



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA
VICE-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**LIBERDADE DE (CON)FORMAÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR:
construção de direito fundamental diante das novas famílias**

André Luiz Albuquerque Gomes da Silva Braga

Fortaleza - Ceará
Março, 2020

ANDRÉ LUIZ ALBUQUERQUE GOMES DA SILVA BRAGA

**LIBERDADE DE (CON)FORMAÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR:
construção de direito fundamental diante das novas famílias**

Defesa da tese de doutoramento perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFOR, como requisito parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Rafael Marcílio Xerez.

Fortaleza - CE
2020

Ficha catalográfica da obra elaborada pelo autor através do programa de geração automática da Biblioteca Central da Universidade de Fortaleza

Braga, André Luiz Albuquerque Gomes da Silva .

Liberdade de (con)formação da entidade familiar: construção de direito fundamental diante das novas famílias. / André Luiz Albuquerque Gomes da Silva Braga. - 2020
344 f.

Tese (Doutorado) - Universidade de Fortaleza. Programa de Direito Constitucional (Dinter Ciesa / Unifor), Fortaleza, 2020.

Orientação: Rafael Marcílio Xerez.

1. Família Pós-Moderna. . 2. Função Social da Família. . 3. Família e Manifestações Artísticas. . 4. Direito Fundamental Decorrente.. 5. Direito à Liberdade.. I. Xerez, Rafael Marcílio. II. Título.

ANDRÉ LUIZ ALBUQUERQUE GOMES DA SILVA BRAGA

**LIBERDADE DE (CON)FORMAÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR:
construção de direito fundamental diante das novas famílias**

BANCA EXAMINADORA

Professor Rafael Marcílio Xerez – (orientador) - Dr.
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Professora Natércia Sampaio Siqueira – D^{ra}.
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Professora Joyceane Bezerra de Menezes – D^{ra}.
Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Professora Rachel Cavalcanti Ramos Machado – D^{ra}.
Universidade Federal do Ceará - UFC

Professor Sidney Guerra Reginaldo – Dr.
Universidade Federal do Ceará – UFC

Tese aprovada em 24 de março de 2020.

AGRADECIMENTOS

Sempre tive a convicção de que qualquer gesto de gratidão deve primeiro ser entregue nas mãos do arquiteto maior de nossas vidas. Por isso agradeço a Deus pelo sopro de vida que anima meu ser e pelas oportunidades de crescimento e aprendizado que Ele me tem ofertado ao longo desta vida.

Necessário agradecer a nosso irmão Jesus, por haver tocado meu coração, levando-me a perceber que a inclusão do outro é tão gratificante quanto o trabalho argumentativo que se deve promover em defesa desse ponto de vista, sobretudo no mundo de provas e expiações em que o sofrimento é remédio necessário.

Nenhum agradecimento estaria completo sem que meus joelhos se dobrassem em ato de ternura, respeito e gratidão, à minha mãe Amazonas e a meu pai Robério. Foram eles que me transferiram os valores morais, éticos e comportamentais, ensinando, desde cedo, o valor do trabalho, da perseverança, da humildade, da esperança, da fé e do amor próprio e incondicional pelo semelhante.

Agradeço à minha esposa Lívia que, guerreira, foi a maior incentivadora para que a realização deste sonho de doutoramento se tornasse realidade, suportando o tempo das ternuras e agruras do estudo e desenvolvimento da tese. Sempre presente com o lenitivo para as preocupações, a palavra renovadora das energias nos momentos de dúvida e desespero, com aconchego constante e incentivador.

O amor que nos reuniu era palpável aos olhos de quem nos avistasse ao longe, pois, como confiamos, decorre de outras vidas, gerou o fruto mais belo que é nosso amado Benjamin. É dele que retiro forças e felicidade a cada instante por cada uma de suas conquistas, em cada sorriso, abraço e ao ouvi-lo balbuciar “papai”. A ele – nosso maior presente – meu beijo eterno.

Homenageio com saudade o meu tio Vino, encantado entre as estrelas quando ainda poderia estar presente conosco, entregando-lhe, também, a felicidade deste momento.

Agradeço também a meus irmãos Joaquim, Vanessa, Lorena e, em especial, à minha irmã Ana Paula, que no exercício da Magistratura busca o encontro da tecnicidade e da razão com a humanidade necessária à tratativa da vida daqueles que buscam no judiciário a solução de seus conflitos.

Reconheço e agradeço às instituições de ensino dedicadas ao preparo de educadores: Unifor e Ciesa, casas de excelência, que investiram no desafio da mais alta qualificação de operadores e doutores em direito no longínquo território amazônico, sob a responsabilidade profissional da professora doutora Gina Vidal Marcílio Pompeu, desbravadora com vigor nordestino, e a professora doutora Solange Almeida que, na coordenação local, participou ativamente desta construção.

Gratidão ao professor doutor Rafael Marcílio Xerez, orientador deste trabalho - o elucidador -, paciente, firme, objetivo e fraterno que, dialogando, aprimorou ideias e sinalizou caminhos.

Agradecimentos aos professores doutores Mairan Gonçalves Maia Júnior, José Filomeno de Moraes Filho, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Luiz Alberto David Araújo, Mônica Mota Tassigny, André Luís Costa-Corrêa, com os quais refleti sobre temas de alta relevância, e em especial às professoras doutoras Natércia Sampaio Siqueira e Ana Carla Pinheiro Freitas, pelas valorosas contribuições quando da qualificação da tese.

Destaco o reconhecimento àqueles que comigo caminharam nesta jornada no ciclo de estudos e que, igualmente, alcançam o cume da escalada. Em especial a Rosa Oliveira de Pontes Braga, esposa do meu pai e companheira dedicada e valorosa nesta empreitada de ciência, tal como tem sido na vida comum, com meus sinceros agradecimentos pela paciência, debates acadêmicos e pela presença constante e enriquecedora.

Agradecimento especial à Meire Damasceno e à Nadja Silva de Almeida, a ser distribuído com todos os colaboradores da Unifor e Ciesa, que se desdobraram para atender bem e com qualidade profissional e fraternalmente.

Agradeço ainda aos Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas Josué Cláudio de Souza Filho e Julio Cabral, com quem trabalhei e tenho atuado, pelo aprendizado contínuo.

Palavras de gratidão a todos os familiares e amigos que emanaram vibrações positivas, que contribuíram para a manutenção da confiança e compreenderam minha ausência para a realização deste trabalho.

RESUMO

Tem-se como objetivo verificar a possibilidade de construção de norma fundamental relativa à liberdade de (con)formação da entidade familiar, a pautar-se, para tanto, em critérios lógico-argumentativos e a embasar-se em direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal de 1988. O referido direito fundamental proposto traduz-se na possibilidade de os indivíduos formatarem sua relação familiar íntima de forma livre e, ainda assim, receberem o reconhecimento e a proteção do Estado nos termos estabelecidos pelo art. 226, *caput*, do texto constitucional vigente, a reconhecer-se que as modalidades de família apontadas na Constituição Federal de 1988 compõem rol meramente exemplificativo, em concordância com parcela da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Entretanto, há muita divergência na seara doutrinária e jurisprudencial relacionada a quais formatos de convivência devem ou não ser reconhecidas juridicamente como entidade familiar. Outrossim, desde que se reconheça a existência de norma fundamental que outorgue a liberdade de (con)formação da entidade familiar, construída com esteio nos princípios da liberdade, igualdade, proteção à vida íntima e com objetivo de salvaguardar a dignidade da pessoa humana, ter-se-á argumento jurídico amplo para a defesa e a promoção de adoção de múltiplos formatos de família, dentre os quais se destacam na presente pesquisa a família multiparental e a coparental. Com o fito de alcançar tal objetivo, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental em livros, revistas especializadas, notícias e legislação nacional e estrangeira, bem como se adotou o método dedutivo na análise das informações obtidas e na construção das conclusões parciais e final apresentadas nesta tese, que está distribuída da maneira seguinte. Na primeira seção, fez-se uma abordagem histórico-antropológica da família, apresentando ainda duas perspectivas de reconhecimento da entidade familiar, uma pautada no critério orgânico-formal e outra em critério funcional da instituição social. Além disso, elencaram-se as funções da família em relação ao meio social e no que diz respeito aos seus membros e, por fim, apresentou-se tentativa conceitual da família, com esteio no critério funcional de delimitação da família. Na segunda seção, demonstrou-se a existência de múltiplas modalidades de família que são objetos do cotidiano social brasileiro em obras artísticas cinematográficas, com o objetivo de demonstrar a ampla repercussão social de tais convivências familiares. Apresentaram-se, ainda, as definições e diferenciações existentes entre as modalidades de família ali tratadas, bem como se analisou a tratativa jurídica que cada uma recebe no direito brasileiro. Na terceira seção, examinou-se a importância dada à entidade familiar pela legislação nas esferas internacional e nacional, ao apontar a influência que os tratados internacionais exercem sobre o direito interno, além da profunda mudança que a promulgação da Constituição Federal de 1988 acarretou à matéria familiar e, ainda, a forma como a legislação infraconstitucional brasileira aborda a matéria, dando ênfase ao Código Civil de 2002 e aos Estatutos da Criança e do Adolescente, do Idoso e da Pessoa com Deficiência. Na quarta seção, apresentaram-se as bases dos direitos fundamentais, as suas formas de projeção no ordenamento jurídico por meio de princípios e regras e a consequência jurídica do reconhecimento da fundamentalidade de dado direito. Outrossim, ao pautar-se na abrangência dos termos “família” e “proteção especial” apresentados no texto constitucional, nos princípios da liberdade, igualdade, inviolabilidade da intimidade e dignidade da pessoa humana, formulou-se argumentação lógico-jurídica com vistas a demonstrar a possibilidade, a necessidade e a atualidade da existência de direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar, cujo âmbito de concretização restou demonstrado na apresentação da otimização dos princípios que embasaram a formulação do direito fundamental sobredito e de outros, como da proteção integral e da convivência familiar, nos casos da construção de família multiparental e coparental.

PALAVRAS-CHAVE: Família Pós-Moderna. Função social da família. Família e manifestações artísticas. Direito fundamental decorrente. Direito à liberdade. Relação familiar e intimidade.

ABSTRACT

This research has the goal to verify if it is possible to present a fundamental right of freedom in family conformation, based in logic argumentative criteria supported by fundamental rights expressly presented in the Federal Constitution of 1988. The mentioned fundamental right has the objective of giving the individuals the possibility of shaping their family relations with freedom and yet receive the recognition and protection that the constitution establish in the head of article 226 of its text, recognizing that the family models expressly presented in the constitutional text are merely exemplificative. The same understanding is presented in Brazilian's doctrine and jurisprudence. Despite that knowledge, much divergence has been seen among juridical doctrine especially regarding to which social communities can be recognized as family. This type of discussion can be stabilize with a fundamental right in which the liberty of shaping the family is granted for all that do not feel included in the constitutional family models. Such a right might be anchored in fundamental rights expressly granted in the constitutional text such as the right of liberty, equality, intimacy and aiming the protection and promotion of the human dignity. Thereby the fundamental right that is proposed in this research has the purpose to be an argumentation asset for those who aim to defend multiple forms of family conformations, especially those treated in this survey which are the multiparental and co-parental family. To attend this objective this survey have used bibliographic research in books, specialized legal journals, published news and national and foreigner legislation, as well as has adopted the deductive method in the analysis of information obtained and in the construction of the partial and final conclusions presented. This thesis is allocated as follow. In the first section an anthropological and historic approach is used to present the way family was built as a social institution and how it has been understood nowadays, for that purpose two different criteria were used to define a group as family, an organic-formal and a functional criterion. In addition, social family functions were pointed in a social and individual perspective. Lastly, a family definition was formulated, using for that the functional criteria. In the second section, the family occurrence in social life is presented in different artistic work's, mainly audiovisual works, to demonstrate the existence and the repercussion of such kind of families in social life. Furthermore, it was presented the definition of each family and the singularities and the differences of each and every one of them, as well as the juridical treatment they receive in Brazilian legal system. In third section the importance of family in national and abroad legislation was analyzed, as well as in international laws, demonstrating the influence that international normative has in domestic law. Other topic that was presented in this section was the profound change that the constitutional text of 1988 has made in the comprehension of the family law and yet the way Brazilian legislation addresses to the family topic, highlighting mostly the Civil Code and the children and teen, elderly and disable person acts. In the fourth section, the aim was to present the basic principles of fundamental rights and demonstrate the possibility of construction of a fundamental right of liberty in conformation of family based in logical argumentation that substantiate itself in the vagueness of the term "family" and "special protection" used in constitutional text. Also demonstrate that the fundamental right showed is anchored in fundamental rights expressly presented in the Federal Constitution of 1988 which are the liberty, the equality, the intimacy and the human dignity. Lastly the concretization of such a fundamental right were showed in multiparental e co-parental family models.

KEYWORDS: Postmodern family. Family'S social role. Family in art. Fundamental right. Right of liberty. Family relations and intimacy.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo verificar la posibilidad de construir la norma fundamental relativa a la libertad de conformación de la entidad familiar, basándose para ello en criterios lógicos-argumentativos y en los derechos fundamentales previstos en la Constitución Federal de 1988. Dicho derecho fundamental se traduce en la posibilidad de los individuos de conformar su relación familiar de forma libre y, aun así, recibir la protección y reconocimiento del Estado según los términos establecidos en el Artículo 226, *caput* del texto constitucional vigente, reconociéndose que las modalidades de familia postuladas en la Constitución Federal de 1988 constituyen meros ejemplos, de acuerdo con una parte de la doctrina de la jurisprudencia brasileña. Mientras tanto, existe mucha divergencia dentro del ámbito de la doctrina y la jurisprudencia que abordan cuáles formatos de convivencia deben o no ser reconocidos jurídicamente como entidad familiar. También, a partir del momento en que se reconozca la existencia de una regla fundamental que otorgue la libertad de constitución de la entidad familiar, construida sobre la base del principio de igualdad, libertad, protección a la vida íntima y con el objetivo de salvaguardar la dignidad de las personas, se tendrá argumento jurídico suficiente para defender y promover la adopción de múltiples formatos de familia, dentro de los cuales se destacan en la presente investigación el modelo de familia multiparental y la coparental. Con el fin de alcanzar tal objetivo, se empleó el método de pesquisa bibliográfica en libros, revistas especializadas, noticias y legislación nacional e internacional, adoptándose el método deductivo en el análisis de las informaciones obtenidas y en la elaboración de las conclusiones parciales y finales presentadas en esta tesis, y que están distribuidas de la forma siguiente. En la primera sección se realizó un abordaje histórico-antropológico de la familia, presentando aún dos perspectivas del reconocimiento de la entidad familiar: una basada en las pautas del criterio orgánico-formal y otra en el criterio funcional de la institución social. Además, se enumeraron las funciones de la familia en función del medio social y a lo que esta dice respecto a sus miembros y, por último, se presentó una alternativa de concepto de familia, apoyándose en el criterio funcional de delimitación familiar. En la segunda sección se demostró la existencia de múltiples modalidades de familia que representan la cotidianidad brasileña en obras artísticas cinematográficas, con el propósito de exponer la amplia repercusión social de dichas convivencias familiares. También se presentaron las definiciones y diferencias existentes entre las modalidades de familia allí tratadas, así como se analizó el tratamiento jurídico que cada una recibe en el derecho brasileño. En la tercera sección se examinó la importancia que la legislación da a la entidad familiar en el contexto nacional e internacional, apuntando a la influencia que los tratados internacionales ejercen sobre el derecho interno, además de los profundos cambios que en materia de familia acarreo la promulgación de la Constitución Federal de 1988 y, aún, la forma en que las leyes de rango inferior a la Constitución Brasileña abordan el tema, con énfasis en el Código Civil de 2002 y a los Estatutos del Niño y el Adolescente y de los Ancianos y Personas Discapacitadas. En la cuarta sección se presentaron las bases de los derechos fundamentales, sus formas de proyección en el ordenamiento jurídico a través de principios y reglas y las consecuencias jurídicas de reconocer lo fundamental que es un derecho determinado. En adición, basándose en el alcance de los términos “familia” y “protección especial” mencionados en el texto constitucional, en los principios de libertad, igualdad e inviolabilidad de la intimidad y la dignidad del ser humano, se formuló un argumento lógico-jurídico buscando demostrar la posibilidad y la necesidad en la actualidad de la existencia del derecho fundamental a la libre conformación de la entidad familiar, cuyo alcance se probó en la presentación de la optimización de los principios en que se basa la formulación del derecho fundamental antes dicho y de otros, como el de la protección integral y de la convivencia familiar, en los casos en que se conforman familias multiparentales y coparentales.

PALABRAS CLAVE: Familia Pos-Moderna. Objeto social de la familia. Familia y las manifestaciones artísticas. Derecho fundamental derivado. Derecho a la libertad. Relación familiar e intimidad.

*I've been reading books of old
The legends and the myths
Aquilles and his gold
Hercules and his gifts
Spiderman's control
And batman with his fists
And clearly I don't see myself upon that list*

*But she said, where'd you wanna go?
How much you wanna risk?
I'm not looking for somebody
With some superhuman gifts
Some superhero
Some fairytale bliss
Just something I can turn to
Somebody I can miss*

I want something just like this...

Coldplay and The Chainsmokers

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 14 |
| 1 FAMÍLIA: SUA NECESSÁRIA DELIMITAÇÃO..... | 28 |
| 1.1 A provável origem da família..... | 28 |
| 1.2 Da definição dos critérios delimitadores da entidade familiar..... | 37 |
| 1.2.1 Do critério orgânico-formal..... | 38 |
| 1.2.2 Do critério funcional para delimitação das relações familiares..... | 46 |
| 1.3 Os critérios utilizados pela legislação brasileira com o fito de delimitar as relações familiares ao longo do tempo..... | 53 |
| 1.4 Históricas funções da família e sua manutenção na pós-modernidade..... | 59 |
| 1.4.1 A família como instrumento de sobrevivência pessoal..... | 60 |
| 1.4.2 A família como sustentáculo social..... | 64 |
| 1.4.3 A família como instrumento de transmissão da cultura..... | 69 |
| 1.5 Funções da entidade familiar voltada aos seus membros..... | 72 |
| 1.5.1 Família como locus de proteção de seus membros..... | 73 |
| 1.5.2 A família como elemento necessário ao desenvolvimento individual..... | 77 |
| 1.6 Tentativa conceitual da família..... | 82 |
| 2 AS “NOVAS” FAMÍLIAS REPRESENTADAS NA ARTE..... | 85 |
| 2.1 A família mosaico: definição e características..... | 88 |
| 2.1.1 A Patchwork family no longa metragem “Eu, Tu, Eles”..... | 91 |
| 2.1.2 Regulamentação jurídica da família mosaico..... | 94 |
| 2.2 A família anaparental: definição e características..... | 95 |
| 2.2.1 A animação “Frozen: Uma aventura congelante” e a família anaparental nela apresentada..... | 99 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 2.2.2 | Regulamentação jurídica da família anaparental..... | 102 |
| 2.3 | A família monoparental: definição, características e números no Brasil..... | 103 |
| 2.3.1 | “Piano no Mori”: a estória de superação de uma família monoparental..... | 107 |
| 2.3.2 | Regulamentação jurídica da família monoparental..... | 108 |
| 2.4 | Multiparentalidade: definição, características e modos de configuração..... | 110 |
| 2.4.1 | A modalidade multiparental na estória de “Game of Thrones”..... | 116 |
| 2.4.2 | Regulamentação jurídica da família multiparental..... | 122 |
| 2.5 | Coparentalidade: definição e características..... | 125 |
| 2.5.1 | Coparentalidade no longa metragem “Unidos pelo Acaso”..... | 131 |
| 2.5.2 | Regulamentação jurídica da família coparental..... | 134 |
| 2.6 | O modelo familiar poliafetivo: definição e características..... | 134 |
| 2.6.1 | A caracterização da relação poliafetiva em “Caramuru: a invenção do Brasil”.... | 136 |
| 2.6.2 | Regulamentação jurídica da família poliafetiva..... | 140 |
| 2.7 | A família paralela: definição e características..... | 142 |
| 2.7.1 | A série televisiva “La Casa de Papel” e a família paralela vivida pelos personagens Mónica Gaztambide e Arturo Román..... | 146 |
| 2.7.2 | Regulamentação jurídica da família paralela..... | 147 |
| 2.8 | Definição e características da família homoafetiva..... | 152 |
| 2.8.1 | A família homoafetiva na obra cinematográfica “Elisa y Marcela”..... | 153 |
| 2.8.2 | Regulamentação jurídica da família homoafetiva..... | 155 |
| 3 | DA IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA E DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR..... | 159 |
| 3.1 | Do direito de constituir família na normativa internacional..... | 159 |
| 3.1.1 | Das normas de direito internacional que tratam da temática da família..... | 160 |
| 3.1.2 | O processo de internalização das normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro..... | 163 |
| 3.1.3 | Da posição hierárquica dos tratados internacionais no direito interno..... | 166 |
| 3.1.4 | Dos efeitos da internalização das normas internacionais na interpretação e aplicação dos preceitos jurídicos relacionados à família..... | 172 |

| | | |
|-----|--|-----|
| 3.2 | Do tratamento destinado à família pela Constituição de 1988..... | 173 |
|-----|--|-----|

| | | |
|---------|--|-----|
| 3.2.1 | A família como base da sociedade e do Estado..... | 174 |
| 3.1.2.1 | Do reconhecimento da família como instrumento de proteção e promoção dos indivíduos que a compõem pelo constituinte brasileiro de 1987..... | 184 |
| 3.3 | A legislação infraconstitucional e a tratativa da temática familiar..... | 192 |
| 3.3.1 | O Código Civil e a composição da entidade familiar..... | 193 |
| 3.3.2 | O Estatuto da Criança e do Adolescente e a expressa necessidade de manutenção/inserção da pessoa em desenvolvimento em entidade familiar | 205 |
| 3.3.3 | O Estatuto do Idoso e a garantia à convivência familiar..... | 214 |
| 3.3.4 | O direito à família entabulado no Estatuto da Pessoa com Deficiência..... | 218 |
| 3.4 | Do direito à família..... | 221 |
| 4 | DO DIREITO FUNDAMENTAL À FAMÍLIA E À LIBERDADE DE (CON)FORMAÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR..... | 224 |
| 4.1 | Dos direitos fundamentais..... | 225 |
| 4.1.1 | Delimitação conceitual..... | 225 |
| 4.1.2 | Normas de direito fundamental..... | 228 |
| 4.1.3 | A projeção das normas de direitos fundamentais no ordenamento jurídico..... | 234 |
| 4.1.3.1 | Regras jurídicas: aplicabilidade e definitividade..... | 234 |
| 4.1.3.2 | Princípios: abstração e maleabilidade..... | 236 |
| 4.1.4 | Das funções e aplicabilidade dos direitos fundamentais..... | 240 |
| 4.2 | O direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar como norma de direito fundamental atribuída..... | 241 |
| 4.2.1 | Da necessária delimitação dos termos “família” e “proteção integral”..... | 243 |
| 4.2.1.1 | O significado de família no texto constitucional..... | 243 |
| 4.2.1.2 | Do significado e do alcance da “proteção integral” outorgada às famílias pela Constituição de 1988..... | 245 |
| 4.2.2 | Fundamentação decorrente da sistematicidade das normas jurídicas..... | 250 |
| 4.2.2.1 | Normas de direito internacional e o bloco de constitucionalidade..... | 250 |
| 4.2.1.2 | As normas constitucionais relacionadas ao direito de família..... | 254 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 4.2.3 | Dos fundamentos principiológicos do direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar..... | 258 |
| 4.2.3.1 | O direito geral de liberdade preconizado pelo texto constitucional.... | 258 |
| 4.2.3.2 | A inviolabilidade da intimidade como aspecto relevante para a liberdade de (con)formação da entidade familiar..... | 264 |
| 4.2.3.3 | A análise do direito à liberdade de (con)formação sob o viés da igualdade..... | 270 |
| 4.2.3.4 | A liberdade de (con)formação da entidade familiar como meio necessário ao atendimento da dignidade da pessoa humana..... | 276 |
| 4.2.4 | Conteúdo do direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar..... | 282 |
| 4.3 | Da concretização do direito fundamental à liberdade da (con)formação da entidade familiar..... | 285 |
| 4.3.1 | O caso da família multiparental..... | 286 |
| 4.3.2 | Da possibilidade jurídica de formação da entidade familiar coparental..... | 292 |
| | CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 300 |
| | REFERÊNCIAS..... | 311 |

INTRODUÇÃO

A ideia de que a espécie humana é talhada para viver em sociedade e que o isolamento é comportamento adotado apenas pelos que estavam em estágio avançado de loucura ou pertenciam às fileiras dos deuses, remonta à era dos filósofos gregos, precisamente de Aristóteles, que defendeu a tese do ser humano gregário, cuja existência somente fazia sentido para si e para o conjunto se inserida no convívio social.

A assertiva milenar continua com sua validade imaculada, a despeito das mudanças sociais e relacionais ocorridas em mais de dois mil anos de sua prolação. Ainda hoje o indivíduo segue vinculado aos meios sociais que o circundam de forma mais concreta e duradoura, em alguns casos mais que em outros, porém, ainda assim, mantém-se como ser gregário, a comprovar essa característica durante longo período de experimentação.

Dentre as comunidades sociais em que o ser humano se vê inserido, tem-se aquela que se considera de maior relevo: a família. Esta instituição social, cuja criação remonta a eras remotas do desenvolvimento humano e a origem não pode ser datada com precisão, gera efeitos em diversos matizes, tanto particulares quanto coletivos e, é preciso pontuar, não deixa de ser objeto de estudos, pesquisas, discursos, manifestações e novas construções sociais.

Desde o direito romano – que se menciona apenas com o escopo de estabelecer marco delimitador temporal desta manifestação –, a família tem sido objeto dos mais variados estudos e manifestações sociais e jurídicas, bem como tem se mostrado assaz importante na coesão estrutural da sociedade, na concessão de poder aos indivíduos, na defesa de interesses coletivos e individuais, na proteção da moral, no regramento comportamental e, acima de tudo, no auxílio ao desenvolvimento das pessoas que a compõem.

Não foi diferente nos períodos que sucederam a sociedade romana, visto que a família continuou como objeto de estudo e de produção de normas no período medieval, na modernidade, assim como na contemporaneidade. Por óbvio que a compreensão de tal instituição modificou-se ao longo dos períodos em que ela se fez presente na vida social, a

prevalecer em alguns momentos a sua vinculação ao poderio do chefe de família, em outros, à igreja, e, ainda, à necessidade de atendimento do interesse público até chegar-se à construção do entendimento de que a família deve atender aos interesses do indivíduo.

Desse modo, pode-se afirmar que a instituição familiar, como compreendida pela sociedade romana, já não se mostra aferível na pós-modernidade em que se vive. Naquele momento histórico, a família estava associada ao poder individual do chefe de família, a servir, portanto, para atender a seus interesses. Assim, a despeito de haver quem defenda que o exercício do poder patriarcal era feito com base numa moral sólida e com o fito de propiciar o crescimento, sobretudo econômico da família, as práticas existentes à época demonstram o contrário.

Isso porque, em razão da poder concedido ao *pater*, os demais membros da relação familiar eram considerados “itens” pertencentes à família e, conseqüentemente, àquele que exercia o comando unilateral daquela sociedade que, em períodos específicos daquela sociedade antiga, tinha o direito de tomar decisões relativas à vida e à morte dos filhos e da esposa ou ainda relacionadas à entrega do filho para pagamento de dívidas por ele contraídas, apenas para citar alguns exemplos.

A entidade familiar no período mencionado, portanto, pode ser entendida como reduto de poder do indivíduo que estava à frente de sua condução, o qual era alçado a tal patamar em razão do direito de sucessão que lhe cabia e com o objetivo de manter acesa a chama da religião familiar e o respeito pelos antepassados. A assunção da posição de gestor da família outorgava ao indivíduo posição social de relevância, pois era o único a manifestar vontade e a responsabilizar-se pela entidade que geria.

Em momento posterior, com a perda de poderes por parte do varão, sobretudo aqueles ligados à religiosidade familiar, tendo em vista a adoção da ideia de Deus único e a incorporação dos princípios cristãos no cotidiano das pessoas, mormente no hemisfério ocidental, a família passou a ser o local de reprodução e de multiplicação da cultura cristã e dos dogmas provenientes da referida religião.

Desse modo, passou a representar verdadeira célula da igreja e, em razão disso, ocupava-se da defesa de valores morais, religiosos e sociais intra e extramuros, a dar ênfase aos reflexos sociais do comportamento humano e à sua compatibilização com as regras pregadas pela doutrina crescente. O casamento, celebrado diante da autoridade religiosa,

passou a ser o único modo de constituição da família com características sacramentais e indissolúveis, a ponto de se poder requerer sua anulação apenas em casos específicos.

O homem, contudo, continuou no papel central de gestão da família, a manter seu poderio em outros setores – econômico e social –, a despeito de ter perdido o papel de sacerdote do lar, atividade essa que fora outorgada aos ministros da igreja de então. A família servia, dessa forma, como instrumento para o atendimento dos interesses sociais que, na maior parte das vezes, se confundia com a vontade da igreja e de seus sacerdotes.

Esse modelo de compreensão da família perdurou durante séculos, com modificações pontuais relativas a quais valores sociais a família deveria atender e quem estabelecia tais diretivas. A igreja fora substituída pela figura do Estado no mister de delimitar e determinar o modo pelo qual as relações familiares deveriam ser formadas e mantidas, sem que com isso fosse transformada a lógica da família matrimonial, patriarcal e patrimonial que persistiu no Brasil até a promulgação da Constituição da República de 1988 e que ainda se mantém em países da América do Sul e do continente europeu.

Até pouco tempo – sob a égide do Código Civil Brasileiro de 1916 –, por exemplo, o Direito prestava-se a estabelecer distinção entre os filhos havidos dentro e fora do casamento, a utilizar-se, para tanto, de adjetivos pejorativos e discriminatórios, bem como outorgava ao homem o papel de liderança da entidade familiar, sem que a esposa pudesse participar da tomada de decisões referentes à família e à gestão do patrimônio familiar – circunstância que foi modificada com a promulgação da Lei n.º 4.121/1962.

Além disso, o Código preconizava a indissolubilidade jurídica do matrimônio, ainda quando as pessoas de fato não tinham mais nenhuma intenção de partilharem suas vidas, o que fazia com que adotassem o desquite como meio de separação no mundo do ser, quando mantinham ligações no plano do dever-ser, o que acarretava repúdio social, sobretudo à mulher e aos filhos havidos daquela relação conjugal – quadro esse parcialmente modificado pela Lei n.º 6.515/1977, que estabeleceu a figura do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro.

Todas essas circunstâncias, entretanto, que pareciam razoáveis no momento em que foram implementadas, passaram a ser objeto de questionamentos, de intervenções e de discussões com o escopo de alcançar-se sua modificação. Isso se deveu, dentre outros motivos, à ampliação do reconhecimento social e laboral da mulher, a quem foi garantido o

direito ao voto, ao emprego – independentemente da autorização do marido –, bem como da necessidade de se promover proteção aos indivíduos que compõem a família, acima da proteção que se destina à própria entidade familiar.

Independentemente dos fatores que ensejaram a orquestração de modificação do entendimento e compreensão da família, que são muitos e de variada origem, o fato é que Estados-Nações ao redor do mundo passaram a apresentar significativas mudanças nas bases jurídicas aplicáveis ao direito das famílias, desde a igualação do homem e da mulher no exercício da gestão familiar, na liberdade que lhes foi outorgada de planejarem a própria família do modo que lhes aprouvesse, passando pelo tratamento equânime entre os filhos – a despeito da origem do vínculo filial –, até o reconhecimento de entidades familiares diversas daquelas obedientes ao padrão secular, construídas sobre os alicerces do matrimônio contraído por homem e mulher, que possibilitava a coabitação e, como consequência, a obtenção de prole decorrente de laços consanguíneos.

Dentre os países que apresentam esse alargamento de compreensão da entidade familiar, é possível destacar, a princípio, a Irlanda, a França, os Estados Unidos da América do Norte, a Itália e o Brasil, os quais, por meios diferentes, promoveram grave mudança na compreensão jurídica da entidade familiar, seja no que diz respeito aos seus meios de formação ou ao reconhecimento de direitos e garantias inerentes à própria entidade familiar e a seus membros, reconsiderados do ponto de vista atual e não mais sob a ótica do modelo secular.

Como exemplo emblemático dessa mudança de mentalidade acerca do novo e do diferente, a Irlanda, pertencente ao Commonwealth, reconheceu, por meio de Emenda Constitucional decorrente de plebiscito popular, o direito de contração de matrimônio às pessoas de mesmo sexo (homoafetivas) a estabelecer, assim, a igualdade matrimonial entre os heteroafetivos e os homoafetivos - *Thirty-fourth Amendment of the Constitution* (Marriage Equality Act - 2015).

A despeito dessas mudanças de concepção acerca da entidade familiar, verifica-se a tentativa de manutenção do padrão secular de sua formação sob diversos argumentos e, como consequência, a inadequabilidade das normas jurídicas vigentes no sentido de garantir a formação e a segurança de modelos familiares diversos do mencionado. É o que ocorre no caso do Brasil, por exemplo, em seara jurisprudencial, doutrinária e legislativa.

Tem-se, desde há muito, discutido acerca da possibilidade de alargamento dos modelos de entidade familiar constitucionalmente estabelecidos, quais sejam, a família matrimonial, convivencial e monoparental, em razão da existência de fato de diversas outras formas de composição dessas entidades que não estão albergadas pela literalidade do texto constitucional e, por conseguinte, não estão previstas na legislação infraconstitucional.

Esse, inclusive, é fato relevante para a discussão familiarista. Em verdade, nenhuma modalidade familiar está explicitamente prevista – com definição e modos de formação – nos textos legislativos em vigência no Brasil. O Código Civil de 2002 trata, apenas, de instituições relacionadas à formação da família, como o casamento, a união estável e a perfilhação, sem fazer expressa menção às formas de família que são aceitas e protegidas pelo direito brasileiro.

De outro lado, o texto constitucional não reduziu a família aos modelos apresentados pelo art. 226, §§ 1.º, 3.º e 4.º, visto que segregou a concepção de família de qualquer modalidade de composição possível, diferente do que se via nos textos constitucionais antecedentes, os quais, deliberadamente, asseveravam que a família constituía-se pela contração do matrimônio. Isso oxigenou os debates acerca da possibilidade de alargamento do conceito de família e, de modo similar, tem ampliado as discussões acerca da possibilidade de reconhecimento legal abrangente da variedade de modelos de convivência social que exercem as mesmas funções em relação aos seus membros que a família matrimonial, por exemplo.

Os argumentos apresentados pela corrente de doutrinadores que defende o reconhecimento abrangente de comunidades sociais como família pautam seus argumentos em diversos princípios constitucionais expressa e implicitamente apresentados pelo constituinte originário à tábula jurídica, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre os indivíduos e instituições – modelos de família – e a liberdade, vista tanto do ponto de vista genérico quanto da possibilidade de planejamento familiar outorgada às pessoas pelo texto constitucional e pela Lei n.º 9.263/1996.

Desse modo, com o fito de contribuir com os debates relacionados à (im)possibilidade de concessão do *status* familiar a diversos modelos de convivência social íntimos que não aqueles elencados expressamente pelo constituinte originário, este trabalho dedicou-se a analisar a possibilidade de construção de norma fundamental que concedesse liberdade à

(con)formação da entidade familiar por aqueles que não se adequem aos modelos constitucionalmente reconhecidos.

A referida norma fundamental decorrente teria como escopo outorgar argumento sólido e pujante à defesa da liberdade de constituição de múltiplos modelos de família juridicamente tutelados pelas normas postas pelo texto constitucional e pela legislação infraconstitucional, a garantir, a todos, o direito de constituir família segundo suas convicções e com o objetivo de possibilitar o exercício pleno da liberdade e da construção da personalidade de cada indivíduo.

Isso porque, como mencionado, a família, hodiernamente, tem como papel principal o auxílio ao indivíduo na construção de seu ser integral e de sua sociabilidade, ou seja, na capacidade que essa pessoa terá de conviver com as diferenças, as dificuldades e a realidade que o meio social apresentará quando chegado o momento de sua inserção nesse corpo de indivíduos que constitui a sociedade.

Em razão disso é que essa temática se mostrou relevante para consubstanciar a presente pesquisa, já que sendo a família o ponto fulcral de desenvolvimento do indivíduo, tanto quanto esta família esteja conformada com as crenças, os sentimentos e a personalidade daqueles que a compõem, melhor será a vinculação existente entre os seus membros, a solidificar os sentimentos de reciprocidade e solidariedade a ela inerentes e, como consequência, garantir o desenvolvimento pleno do papel social mencionado.

Além disso, dado o fato que questões relacionadas à multiparentalidade, coparentalidade e poliafetividade, por exemplo, estão em plena ebulição em manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, o desenvolvimento de pesquisa, tal qual a que se propõe, servirá para contribuir com o debate, ainda que sem a pretensão de resolvê-lo, pois se reconhece que a cientificidade do direito está condicionada à discutibilidade de entendimentos e conceitos e à busca de construir uma pacificação social que se mostre duradoura, mesmo ante as constantes mudanças sociojurídicas, as quais a convivência em sociedade proporciona com a adoção de novos valores, entendimentos e comportamentos.

Com o objetivo de alcançar o intento proposto, a tese embasou-se em pesquisa bibliográfica e documental, na busca de estabelecer diálogo entre autores nacionais e internacionais que tratam da matéria familiar e daquelas correlatas que são elencadas com o fito de proporcionar a construção de análise multidisciplinar do fenômeno da família, da sua

compreensão doutrinária, da sua tratativa legislativa, bem como da forma pela qual se manifesta na prática.

Além disso, buscou-se apresentar normativas internacionais relacionadas à matéria, sobretudo em relação aos tratados que foram internalizados pelo direito brasileiro. Igualmente, apontou-se a forma pela qual legislação alienígena trata a matéria, no intuito de dar ênfase nas constituições e codificações civis de países ocidentais que possuam valores culturais similares àqueles adotados no Brasil, sem, contudo, deixar de apresentar algumas legislações orientais, como as constituições do Japão e da República da China.

Ademais, é importante ressaltar que a análise das informações coletadas nas variadas fontes supramencionadas –, que incluem livros, revistas especializadas, leis¹ e notícias veiculadas em meios oficiais de comunicação que tratassem da matéria familiar –, foram analisadas sob a metodologia indutiva, tendo em vista o objetivo de construção de norma fundamental a que se propôs a presente tese.

O conteúdo abordado fora seccionado com o escopo de auxiliar na apresentação das informações coletadas e conclusões apontadas, bem como com o viés de possibilitar a delimitação dos objetivos específicos da pesquisa desenvolvida. Nesse sentido, a tese está subdividida em quatro seções, conforme se apontará a seguir.

A seção inicial ocupou-se da apresentação da provável gênese da entidade familiar, a apontar os entendimentos religioso e científico relacionados à temática, ao utilizar-se de estudos sociológicos e antropológicos realizados em comunidades primitivas e pautados em pesquisa conjectural, a fim de delimitar a formação da família como instituição social, de modo a verificar seus aspectos e as razões para a sua existência primeva.

Em seguida, foram elencados os critérios que se entende como aqueles responsáveis pela delimitação das relações familiares, o primeiro pautado na relação biológica e formal estabelecida entre os envolvidos em razão da contração de matrimônio e da vinculação sanguínea que rege o parentesco biológico. Quanto a este critério, utilizado de forma alargada pela legislação brasileira, sobretudo o Código Civil vigente – seguindo o esteio do que lhe antecedeu –, entendeu-se ser insuficiente para abarcar a multiplicidade de relações íntimas existentes na sociedade brasileira.

¹ Aqui considerada em seu aspecto genérico, haja vista terem sido consultadas leis formais e atos normativos expedidos por Órgãos de Administração Judiciária e Conselhos de Classe, como é o caso do Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Federal de Medicina, respectivamente.

Isso porque, a despeito de existirem convivências familiares que são formadas pela contração do matrimônio, dele a decorrer o estabelecimento das relações de parentesco em primeiro grau, observa-se no cotidiano social brasileiro a ocorrência de diversos outros relacionamentos que possuem características de continuidade, afetividade e que são formados com o objetivo de constituição de família, mas que não se enquadram no critério sobredito, pois formados em decorrência de vínculos socioafetivos – como no caso da família recomposta em que os padrastos e madrastas assumem o exercício efetivo do papel parental –, ou ainda vínculos conjugais múltiplos – como é o caso das relações poliafetivas –, apenas para citar alguns exemplos.

Por não serem reconhecidas, albergadas e protegidas pelo direito, essas relações íntimas, e verdadeiramente familiares, não recebem do Estado a atenção de que necessitam, sobretudo quando se verifica a ocorrência de violação dos direitos e deveres inerentes à formação da família e em decorrência dela. Isso deixa as instituições familiares e as pessoas que as compõem à margem do direito, simplesmente por não se enquadrarem no suposto modelo familiar genuíno.

Em outra monta, tem-se o critério funcional da entidade familiar, que é analisado sequencialmente na seção sobredito, que leva em consideração, para a formação da família e seu reconhecimento pelo direito, o atendimento da função social da família, que pode ser desdobrada em dois vieses. Primeiro deles voltado à atenção das necessidades do grupo social largamente considerado; o segundo destina-se ao desenvolvimento, amparo e proteção das pessoas que integram o ambiente familiar.

Desenvolvida a temática relacionada aos critérios a serem adotados na composição da entidade familiar, passou-se à análise das funções familiares – ao menos algumas delas –, tanto aquelas que estão vinculadas à manutenção e ao desenvolvimento da sociedade em que a família está inserida, quanto as que estão diretamente vinculadas ao desenvolvimento, promoção e proteção dos indivíduos que as compõem.

Em relação às primeiras, buscou-se demonstrar que elas permanecem a existir como funções essenciais que o meio familiar desempenha em relação à sociedade e que, mesmo com a mudança de paradigma da construção da entidade familiar, seguirá a desempenhar o papel inafastável de manutenção do convívio social pacífico e da transmissão dos valores culturais. A manutenção da transmissão de valores morais e comportamentais, entretanto,

deixa de ter o viés segregador e assegurador do *status quo* e abre espaço à ampliação e à modificação de tais valores, com o fito de que a sociedade se mostre cada vez mais aberta à mudança e à inclusão do outro.

No que diz respeito às funções sociais da família em relação aos seus membros, buscou-se demonstrar que, a despeito das questões básicas relacionadas à manutenção da saúde, da alimentação e da proteção do indivíduo, a família tem a função basilar de garantir o crescimento e o desenvolvimento sadio de seus membros, bem como a manutenção do bem-estar daqueles que se encontrem na fase adulta ou na velhice.

Por fim, a seção em comento ocupou-se de apresentar tentativa conceitual da família, ao levar em consideração as características inerentes à função social da família relacionadas ao desenvolvimento de seus membros, sem olvidar, entretanto, do papel importante que o critério orgânico-formal teve para o desenvolvimento da entidade familiar e para aqueles que adotam os elementos relativos ao mencionado critério, como os responsáveis pela formatação de sua família.

Apresentou-se, desse modo, definição de família que se entende capaz de abarcar os elementos relacionados aos critérios histórico e contemporâneo que buscam delimitar a formação das entidades familiares, com o objetivo de ofertar conceituação abrangente e inclusiva, sem que, para tanto, permita-se o reconhecimento indiscriminado e aleatório de toda e qualquer comunidade de convivência social como se família fosse.

Na sequência do desenvolvimento da presente tese, tem-se o tratamento das novas modalidades familiares, momento em que foram apresentadas as definições outorgadas a cada uma delas por doutrina nacional e estrangeira, bem como foram apontadas as suas características definidoras e, por conseguinte, diferenciadoras das demais modalidades analisadas, e, ainda, estabeleceu-se paralelo entre os modelos familiares reconhecidos pela doutrina familiarista e pela jurisprudência nacional e aquelas apresentadas em manifestações artísticas variadas.

O escopo da segunda seção é, desse modo, demonstrar que as entidades familiares consideradas novidades jurídicas no meio acadêmico e jurisprudencial são, em verdade, a tônica da convivência íntima de diversidade imperscrutável de pessoas, o que fez com que tais circunstâncias da vida cotidiana fossem objeto de observação, análise e reprodução de artistas de diferentes localidades do mundo. Isso demonstra que as circunstâncias convivenciais

ilustradas na arte – tal como demonstrado – não constituem ficção argumentativa, mas estão concretizadas no cotidiano de quem experimenta essas experiências.

As manifestações artísticas escolhidas para a composição desta seção, a despeito da ampla variedade possível de modos pelos quais o artista expõe sua arte e seu sentimento, se perfazem em obras cinematográficas. Optou-se pela singularidade de modalidade de manifestação artística para análise com o fito de demonstrar a gama de obras de arte da mencionada modalidade que se dedicam à tratativa da temática familiar, ainda que indiretamente, bem como com o escopo de retratar a variedade de espécies familiares tratadas pela sétima arte.

Deve-se pontuar, ainda, que dentre as famílias elencadas na segunda seção desta pesquisa, que como afirmado dedica-se à análise dos novos modelos de convivência familiar, listou-se a família monoparental que, como sabido e mencionado, trata-se de modalidade de família consagrada no texto constitucional. A opção pela inclusão da monoparentalidade à listagem sobredita encontra razão em duas circunstâncias distintas: a primeira está relacionada ao fato de a modalidade de família monoparental ser a primeira espécie reconhecida pelo direito que não envolve, necessariamente, a existência de relação conjugal – seja no viés matrimonial ou convivencial – entre dois indivíduos; a segunda razão reside no fato de que a referida modalidade não está elencada de forma expressa no Código Civil de 2002, o que impende à sua tratativa na seara doutrinária e jurisprudencial.

Apresentadas as famílias que divergem parcial ou integralmente do modelo conjugal, passou-se, na terceira seção desta tese, à análise do modo pelo qual a matéria familiar é tratada e a importância que é conferida a tal formato de convivência social, a iniciar-se pelo exame das normas internacionais que tratam da matéria – limitada aos tratados internacionais que foram internalizados pelo direito brasileiro –, haja vista que somente estes podem gerar algum tipo de efeito vinculante na atuação do Estado brasileiro em relação à citada matéria.

Ao mesmo tempo foi utilizado para verificar o meio pelo qual as referidas normas internacionais são formuladas e qual a participação das soberanias signatárias na elaboração dessas normativas. Ademais, analisou-se o processo de internalização dos tratados no direito brasileiro, sobretudo aqueles que tratam de matéria relacionada a direitos humanos, bem como se investigou qual a posição que os referidos tratados, depois de internalizados, assumem no

direito interno e quais efeitos estão propensos a gerar no caso de adoção dos preceitos nele contidos.

Após a tratativa sobredita, a referida tese adentra ao exame da Constituição Federal de 1988 e o tratamento destinado à família, sobretudo no que pertine aos dispositivos que demonstram a importância da entidade familiar para o Estado brasileiro que a reconhece como a base fundante da sociedade e, por conseguinte, do próprio ente estatal.

Feitas as ponderações relacionadas à Constituição, partiu-se para a análise da legislação infraconstitucional, a limitar-se no que se entende como os principais textos normativos atinentes à questão familiar, quais sejam: o Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Essa escolha se deu em razão das características pelas quais as referidas leis tratam a matéria familiar, ainda que indiretamente. A codificação civil vigente, por exemplo, é responsável pelo estabelecimento dos alicerces infraconstitucionais relacionados às famílias. Portanto, ainda que se reconheça que a referida lei tenha tratado a matéria sem a observância adstrita das situações fáticas que ensejam a formação de entidades familiares no país, seu exame se faz imperativo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, além de se tratar de normatização das mais avançadas a abordar a proteção a ser destinada às pessoas em pleno desenvolvimento físico, mental e espiritual, destina dispositivos específicos para questões que atingem direta e profundamente a matéria familiar, dentre os quais é possível elencar, a título exemplificativo, a extinção do poder familiar – que também é tratado pelo CC/02 –, a possibilidade de adoção por pessoas casadas, em processo de divórcio ou divorciadas e por pessoa singularmente considerada –, o que acarreta a extinção do vínculo familiar existente nos três primeiros casos e a formação de relação familiar na última possibilidade apontada – e prescreve ainda a exequibilidade da entrega voluntária – que acarreta, segundo demais prescrições do próprio estatuto, a necessidade de reinserção à família extensa da criança entregue pela mãe, ou ainda, a sua colocação em família substituta por meio dos institutos legalmente previstos.

O Estatuto do Idoso, por sua vez, trata, sobretudo, da necessidade de concessão de amparo e proteção à pessoa em idade avançada por parte de sua família, em primeiro lugar, e também pela sociedade e pelo Estado. A referida lei pontua a importância de manter-se a pessoa idosa no convívio de sua família e comunidade, a fim de que ela possa sentir-se útil e

acolhida, devendo-se, ainda, zelar para que ela não seja objeto de ataque material ou moral de qualquer matiz.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por sua vez, busca concretizar o ideário da igualdade legal e material entre as pessoas sem deficiência e aquelas a quem o estatuto é dirigido, como regra na sociedade, e pontua pela necessidade de se respeitar a liberdade da pessoa com deficiência em casar-se e, além disso, formar a própria família e exercer o direito de decidir sobre o número de filhos, bem como planejar livremente a sua família.

Observa-se, assim, que as legislações escolhidas para compor o referido rol de análise apontam pela necessidade de se garantir às pessoas – sem excluir raça, cor, credo, opção sexual, idade ou deficiência física – o direito de formarem suas relações familiares da maneira que lhes aprouver, a garantir-lhes o pleno alcance de sua felicidade e satisfação pessoal. As referidas construções legislativas analisadas ainda têm o condão de fortalecer a importância que a família possui para o indivíduo, à frente da relevância que a entidade familiar tem para a sociedade.

Pontuados os aspectos retromencionados, que caracterizam o argumento social que propicia a construção do direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar, realizou-se na quarta seção a verificação da possibilidade jurídica de construção de tal direito fundamental. Para tanto, apontaram-se os aspectos basilares do direito fundamental, como a sua definição, o formato pelo qual ele se projeta no ordenamento jurídico, utilizando-se da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy e a apresentada por Ronald Dworkin, bem como se demonstraram as funções e a aplicabilidade das normas de direitos fundamentais.

De posse dos argumentos apresentados pelos referidos autores acerca dos direitos fundamentais, principalmente no que pertine à possibilidade de construção de direito fundamental em decorrência de argumentação lógico-jurídica e ancorada em direitos fundamentais expressamente manifestados pelo texto constitucional, conforme desenvolvido na teoria de Robert Alexy, passou-se a tratar especificamente das razões e dos argumentos jurídicos que possibilitam o desenvolvimento do direito fundamental de liberdade à (con)formação da entidade familiar.

Para tanto, utilizou-se de três modelos argumentativos. O primeiro diz respeito à delimitação e à densificação de termos vagos constantes do texto constitucional. Nesse

talante, delimitaram-se os termos “família” e “proteção especial” elencados no texto constitucional no art. 226, *caput*. Objetivou-se demonstrar que o aparente intento do constituinte originário, ao divisar a ideia de família da modalidade específica de formatação da citada instituição social, preconiza a abertura conceitual do termo, não havendo, assim, como defender a tese de que apenas aqueles modelos elencados nos parágrafos 1.º, 3.º e 4.º do referido dispositivo é que receberiam o *status* familiar, mas a toda e qualquer entidade social em que se observem as características inerentes ao sentido de família, sobretudo no que pertine à sua função social.

Outrossim, estabelecido o argumento de que o termo “família” deve ser considerado de forma abrangente, deve-se reconhecer ao termo “proteção especial”, que lhe segue, a ideia de que o Estado deve promover a proteção da instituição social em duas vertentes. Primeiro deve-se proteger a formação da família, independentemente do modo pelo qual ela se dê, com o fito de que o ideário da dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade sejam devidamente observados pelo Estado. Além disso, a proteção a ser outorgada pelo Estado, antes de ser entregue a entidade familiar singularmente considerada, deve ser endereçada aos indivíduos que compõem as entidades familiares existentes, a fim de que o Estado atue de forma coerente ao sistema jurídico implementado pela Constituição da República de 1988, que se ocupa, precipuamente, em dar atenção e guarida à pessoa humana.

Além do citado argumento relacionado ao preenchimento dos termos vagos constantes no texto constitucional e que têm relação com a matéria familiar, apontou-se pela construção de argumento relativo à coerência sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. É que, tal qual asseverado, a Constituição pôs o indivíduo, a pessoa humana, como ponto central de atenção do Estado e a quem deve ser outorgados os direitos e as garantias necessárias para que a individualidade de cada um seja respeitada e promovida.

Ora, desde que se reconheça essa convergência do ordenamento jurídico à salvaguarda do indivíduo e de seus interesses, não faz sentido que, em contraposição a isto, defenda-se a colocação da instituição, seja ela qual for, inclusive o próprio Estado, à frente da pessoa a quem ele fora criado e predestinado a proteger. Sobretudo quando, além de prescrever internamente a referida postura, o Estado ainda compromete-se, internacionalmente, em garantir às pessoas o direito à família, como fez o Brasil em diversos tratados internacionais,

dentre os quais é possível destacar a Convenção Americana de Direitos Humanos do Homem e do Cidadão².

Outro argumento que fora suscitado com o fito demonstrar a possibilidade e a validade do direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar foi a existência de princípios jurídicos delineados expressamente pelo texto constitucional que se põem como firmes alicerces do direito fundamental defendido. São eles os princípios da liberdade, igualdade, inviolabilidade da intimidade e dignidade da pessoa humana.

Em seguida, expôs-se o conteúdo jurídico do direito fundamental à (con)formidade da entidade familiar, a apontar-se pela existência de tessitura no direito fundamental proposto para a resolução de questões controversas que se verifiquem no plano fático, na busca de garantir a máxima concretização de princípios constitucionais inerentes à relação familiar, que são os princípios da convivência familiar, proteção integral da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, da solidariedade e da afetividade, além daqueles apontados anteriormente como argumento para a construção do direito fundamental sobredito.

Feita a explanação referente ao conteúdo do direito fundamental que se propõe, apresentou-se sua concretização em relação a duas modalidades de família específicas, quais sejam: a multiparentalidade e a coparentalidade, apontando os benefícios da utilização de tal direito fundamental, tanto do ponto de vista argumentativo quanto daquele relacionado à sua função primordial, que é permitir a máxima concretização de outros direitos fundamentais e princípios que com ele não se mostrem colidentes, mas o complementem.

² Que em seu art. 17, 2 assegura ao homem e a mulher o direito de casarem-se e fundarem uma família, estabelecendo-se diferença entre o primeiro e o segundo direito assegurado pelo referido tratado.

1 FAMÍLIA: SUA NECESSÁRIA DELIMITAÇÃO

Sabe-se de toda a dificuldade que permeia a tentativa de definição de instituição tão cara à sociedade e pertencente às individualidades que a constroem e ao grupo social que dela resulta. Isso faz com que a instituição familiar esteja sempre ao alcance dos valores individuais e coletivos que são propagados no meio social, que se modificam com o passar do tempo, das expectativas e das circunstâncias de vida das pessoas.

A despeito disso, entende-se necessário apresentar, senão uma definição de família, ao menos tratar das características delimitadoras de tal entidade, a fim de que se possa compreendê-la de acordo com o tempo em que se vive. Tempo este que, é bom dizer, tem mantido a referida instituição no centro de controvérsias, “modismos”, mudanças de paradigmas e discussões judiciais, acadêmicas e legislativas.

Antes de se adentrar, porém, na apresentação dos limitadores que se consideram fundamentais para a compreensão do que é família e a forma de diferenciá-la das demais instituições sociais e jurídicas criadas pelo homem, faz-se oportuna breve apresentação de sua possível origem.

1.1 A provável origem da família

Apesar da dificuldade clara que se tem para definir o momento exato de surgimento da entidade familiar no orbe terrestre, dois caminhos podem ser apresentados com o fito de responder à mencionada questão. O primeiro deles é o religioso e perpassa pela explicação oferecida pelo texto de Gênesis, livro que compõe o Pentateuco³ da religião hebraica e que, após o surgimento do Cristianismo, foi assimilado pela nova doutrina.

O mencionado livro afirma que após o trabalho de seis dias empreendido por Deus para criar o céu e a terra e tudo que existe entre o solo e o firmamento, o Criador decidiu por bem fazer o homem à sua imagem e semelhança com a argila do solo que compunha a sua criação

³ Conjunto de 05 livros que compõe os escritos religiosos judaicos, chamados naquela religião de Torá.

primeira – o planeta terra - e soprou-lhe nas narinas o hálito da vida⁴. Ao notar que o homem era muito só, decidiu por dar-lhe companhia que lhe correspondesse e, após criar todas as feras do solo e as aves dos céus, sem que dentre elas o homem achasse a sua companheira ideal, Deus fez cair sobre o homem torpor, arrancou-lhe uma das costelas, da qual fez a mulher⁵.

Criada a mulher, e sendo esta aceita pelo homem como sua companheira ideal – assevera o versículo 24 do capítulo 2 –, o homem deixou seu pai e sua mãe e se uniu à sua mulher para se tornar com ela uma só carne. Vê-se, desse modo, nascer – ao menos sob o olhar religioso cristão –, a primeira entidade familiar humana formada pelo homem criado da argila da terra e pela mulher criada de sua costela, aos quais foram outorgados os nomes de Adão e Eva⁶.

Entretanto, é de se notar da leitura dos versículos mencionados que a criação da família não fora datada, sequer ilustrativamente como o foi a criação do céu e da terra e de tudo o mais que há entre essas duas extremidades do globo terrestre, visto que a criação do homem e da mulher e a sua união em uma só carne – como menção ao primeiro “casamento” realizado – aconteceram após os sete dias iniciais da criação do universo.

Isso não mancha, e nem haveria de fazê-lo, a alegoria bíblica que apresentou para o povo hebreu e para o mundo a formação da vida na terra e a consequência do encontro entre espécimes que identifique, um no outro, o seu companheiro/companheira ideal, a estabelecer assim a união que além de representar a união da carne deve ser entendida, também, como a reunião de ideais e de espírito. Outrossim, a falta de delimitação temporal da criação do homem, da mulher, e por consequência da relação familiar, demonstra bem a dificuldade de se estabelecer o marco zero das relações familiares.

⁴ “Então Iahweh Deus modelou o homem com a argila do solo, insuflou em suas narinas um hálito de vida e o homem se tornou um ser vivente” (Cap. 2, Versículo 7). BÍBLIA DE JERUSALÉM. São Paulo: Paulus, 2002, p. 35-36.

⁵ “Não é bom que o homem esteja só, vou fazer uma auxiliar que lhe corresponda. Iahweh Deus modelou então, do solo, todas as feras selvagens e todas as aves dos céus e as conduziu ao homem para ver como ele as chamaria: cada qual devia levar o nome que o homem lhe desse. O homem deu nomes a todos os animais, às aves do céu e a todas as feras selvagens, mas, para o homem, não encontrou a auxiliar que lhe correspondesse. Então Iahweh Deus fez cair um torpor sobre o homem, e ele dormiu. Tomou uma de suas costelas e fez crescer carne em seu lugar. Depois da costela que tirara do homem, Iahweh Deus modelou a mulher e a trouxe ao homem.” (Cap. 2, versículos 18-22 do livro Gênesis). *Ibid.*, 2002, p. 36.

⁶ Então o homem exclamou: “Esta, sim, é osso de meus ossos e carne de minha carne! Ela será chamada mulher, porque foi tirada do homem! Por isso um homem deixa seu pai e sua mãe, se une à sua mulher, e eles se tornam uma só carne”. (Cap. 2, versículos 23-24). *Ibid.*, 2002, p.37.

Em que pese o texto tenha possuído significativa importância para o povo hebreu e possua significação ímpar para os católicos, ele não apresenta elementos científicos capazes de explicar o surgimento da família. Além disso, apresenta versão pautada no aspecto miraculoso decorrente do poder de Deus e oferece o aspecto de segredo que permeia toda a dogmática católica. Longe de se pretender fazer qualquer crítica à crença católica ou ao seu exercício, objetiva-se apenas demonstrar que a explicação oferecida não é suficiente ou razoável para ser objeto de debate, embora se tratar da informação mais disseminada e conhecida do surgimento das relações familiares no Brasil, haja vista o número de pessoas que seguem a doutrina cristã em suas variadas vertentes⁷.

Outro caminho que se pode tomar na busca pela construção de explicação para o surgimento da família, em que pese seja científica, não se mostra tão mais elucidativa que aquela apresentada pela religião. Isso porque, em razão da falta de elementos comprobatórios – visto que o surgimento da família remonta a períodos em que o homem não possuía o dom da escrita e sequer havia desenvolvido a capacidade de comunicar-se por desenhos e símbolos –, a reconstrução histórica do surgimento da família acaba por passar pelo exercício de conjecturação, o que é tido como meio ineficaz e falacioso por diversos antropólogos sociais, conforme se demonstrará.

Entretanto, na falta de meio mais adequado para remontar ao surgimento da entidade familiar, utilizar-se-á das conclusões a que chegaram aqueles que utilizaram o método histórico-dedutivo para tanto e se buscará comprovar tais alegações – ao menos algumas delas –, por meio das verificações obtidas junto às tribos primitivas de variados continentes do orbe terrestre e cujas observações se pautaram no compromisso metodológico.

Com base na história-conjectural, a família teria surgido por volta de vinte e cinco mil anos atrás como consequência da mudança comportamental experimentada por antigas tribos nômades que, em dado momento, entenderam pela manutenção da vida em local determinado e demarcado. Enquanto nômades, as referidas tribos eram compostas por caçadores e coletores que, em razão da constante movimentação comunitária, atuavam como parasitas a consumir todos os insumos de determinada localidade e, após isso, partiam para a próxima com a mesma intenção que os levou à anterior.

⁷ IBGE NOTÍCIAS. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14244-asi-censo-2010-numero-de-catolicos-cai-e-aumenta-o-de-evangelicos-espiritas-e-sem-religiao>. Acesso em: 10 jan. 2020.

Em dado momento, e por razões que não se pode determinar com precisão, tais comunidades decidiram modificar o modo de vida e, ao demoverem-se do constante trânsito, optaram pelo assentamento definitivo. Esse estacionamento em local específico, entretanto, trouxe a necessidade de desenvolvimento de tecnologias que lhes permitissem manterem-se estacionários, o que faz surgir, desse modo, série de novos comportamentos e atuações individuais e coletivas propícias à manutenção da comunidade naquele local escolhido.

As razões mais prováveis que contribuíram para essa mudança de mentalidade foram a necessidade de maior segurança, a escassez nos produtos alimentícios (caça, frutos e frutas) e o constante excesso populacional da tribo.

A imprescindibilidade de maior segurança parece ter decorrido do fato de que, ao multiplicarem-se, as tribos nômades passaram a defrontar-se de forma contínua com outras tribos de caçadores e coletores com as quais disputavam território, a caça e o alimento objeto da colheita⁸. Assim, o encontro de duas tribos acarretava grande perda de trabalhadores para ambas, o que era bastante significativo, uma vez que o número reduzido de pessoas que as compunham era de velhos, trabalhadores⁹ e crianças.

Ante este cenário de guerra iminente e devastadora a cada encontro com outras tribos nômades, algumas delas decidiram escolher local específico para permanência, isso porque, nessa condição, diminuiriam substancialmente o número de encontros com outros membros de tribos distintas e evitariam confrontos e perda de mão de obra que já era escassa, especialmente se levado em consideração o quantitativo máximo de integrantes de uma tribo com tais características, que por si só era reduzido.

Além disso, havia a questão da escassez dos alimentos que precisava ser resolvida, visto que, como nômades, o comportamento de tais tribos era eminentemente parasitário – como mencionado –, de forma a não haver preocupação com o cultivo de alimentos, mas apenas a exploração integral da área na qual temporariamente se assentavam¹⁰.

⁸ O modo de vida nômade, pautado na caça e na coleta perdeu por milhares de anos, sendo a mudança de tal paradigma comportamental recente, conforme aponta Richard E. Leakey quando assevera que “como meio de subsistência, a caça e a coleta persistiram até recentemente na pré-história humana; somente com a adoção da agricultura há uns meros 10 mil anos nossos ancestrais realmente começaram a abandonar uma existência simples à procura de alimentos”. LEAKY, Richard E. **A origem da espécie humana**. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 66.

⁹ A classe dos trabalhadores era composta por coletores e caçadores, o primeiro grupo era composto por pessoas do sexo feminino e o segundo por pessoas do sexo masculino. *Ibid.*, 1997, p. 67-68. Aqui se observa a divisão de trabalho que será objeto de análise pormenorizada em momento futuro.

¹⁰ HOPPE, Hans-Hermann. **Uma breve história do homem: progresso e declínio**. Traduzido por Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM 2018, p. 33.

Desse modo, com o aumento exponencial de tribos – decorrentes, ao que tudo indica, do comportamento sexual existente em cada uma dessas comunidades¹¹ –, mais territórios eram ocupados¹², os insumos naturais esgotados e o trânsito de tribos de caçadores e coletores ficou cada vez mais intenso, o que aumentou a colisão entre elas com o mesmo comportamento parasitário e, por conseguinte, elevou o número de conflitos, principalmente, na disputa pelo alimento¹³ (caça ou frutos).

Por fim, no que diz respeito ao excesso populacional, é importante destacar que, em razão do comportamento grupal, ou seja, em razão do constante trânsito a que eles estavam submetidos, o número de componentes do grupo social deveria ser pequeno, a fim de permitir maior agilidade na locomoção. Assim é que a necessidade premente de manter-se em movimento fez com que tais tribos se utilizassem de métodos de controle populacional bárbaros para os dias atuais, com o abandono de idosos e de doentes, o assassinio de crianças e a divisão das tribos¹⁴, o que, ao fim e ao cabo, causava mais malefícios que benefícios, haja vista que as novas tribos formadas passavam a disputar território e alimento¹⁵.

No intuito de resolver essas três questões graves, quais sejam: falta de segurança, de alimento e o aumento demográfico, o hominídeo de então decidiu por estabelecer-se em único lugar e passar a produzir seu próprio alimento, de modo a abrir mão da mobilidade que a vida nômade lhe proporcionava e a optar pela segurança pessoal e alimentar que o *settlement* lhe

¹¹ A questão do comportamento sexual será tratada mais a frente, fazendo-se necessário neste ponto, entretanto, esclarecer que nas referidas tribos a prática sexual era livre, vivia-se o período conhecido nas ciências sociológicas como da promiscuidade absoluta. Em que pese a existência de tal período não seja unanimidade entre os sociólogos e os antropólogos sociais, sobretudo por pautar-se em situação de fato que não puderam e não podem ser verificadas e analisadas cientificamente, decorrendo do exercício histórico conjectural, nada impede a utilização de tal marco para os fins que a presente pesquisa se propõe. Contrapõem-se à existência desse período de promiscuidade, de forma mais assente tem-se Arnold Van Gennep que assevera de forma peremptória que “a promiscuidade primitiva é uma fantasia”. VAN GENNEP, Arnold. **Os ritos de passagem**: estudo sincrético dos ritos da porta e da solteira, da hospitalidade, da adoção, gravidez e parto, nascimento, infâncias, puberdade, iniciação, coroação, noivado, casamento, funerais, estações, etc. Tradução de Mariano Ferreira. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 123.

¹² Hoppe assevera que a estima-se que cada tribo nômade composta normalmente por 15 a 30 pessoas necessitava de um ambiente territorial de cerca de 1,6 km quadrados para desempenhar de forma satisfatória suas atividades e para sobreviver com certa tranquilidade. Isso se dava, sobretudo, pelo estilo de vida parasitário que as mencionadas tribos tinham, não havia preocupação alguma com produção, mas apenas com consumo dos bens naturais. HOPPE, Hans-Hermann, *op. cit.*, 2018, p. 33.

¹³ HOPPE, Hans-Hermann, *op. cit.*, 2018, p. 36-37.

¹⁴ “[...] as sociedades de caçadores-coletores não são sedentárias, ocupam um território extenso e o desenvolvimento demográfico traduz-se quase automaticamente pela cisão do grupo inicial e a partida de um ou de vários subgrupos rumo a outros horizontes. Vê-se, logo, que numa primeira fase da história humana — a mais longa — o crescimento demográfico leva à separação, ao distanciamento”. LEVY, Pierre. A revolução contemporânea em matéria de comunicação. Tradução Juremir Machado da Silva. **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, n. 9, dez. 1998, semestral, p. 38.

¹⁵ HOPPE, Hans-Hermann, *op. cit.*, 2018, p. 33-34.

propiciava¹⁶. Essa mudança comportamental experimentada pelo ser humano entre 25 e 15 mil anos passados representou a revolução neolítica¹⁷, sendo considerado o primeiro avanço decisivo para a formação da sociedade complexa que hoje se observa.

O referido avanço tecnológico, pontua Yuval Noah Harari, ocorreu em diversas partes do globo de forma independente e simultânea, de forma que não se confirmou, tal qual se considerava anteriormente, a ideia de que havia ocorrido processo de exportação de tecnologia¹⁸. Ademais, afirma o autor que até os dias atuais noventa por cento de todas as calorias consumidas na alimentação humana provêm da plantação de insumos que foram domesticados pelos ancestrais do homem moderno. Não houve, segundo o autor, nos últimos dois mil anos, a domesticação de nenhuma espécie de planta ou animal que tenha modificado o panorama construído na revolução mencionada¹⁹.

Ocorre que a opção pela vida sedentária introduziu outras questões a serem resolvidas, a fim de garantir a vida comunitária contínua e pacífica. A primeira delas dizia respeito à delimitação de espaço de terra próprio e individual para cada componente da tribo, o que tinha como consequência a outorga da responsabilidade pelo trato, manutenção e cultivo da terra, assim como lhe daria o direito de manter-se com aquele espaço territorial frente aos interesses dos demais participantes daquela organização social. Surge, então, a propriedade privada, decorrente do estabelecimento de responsabilidades e gozos, ou, como comumente se diz, deveres e direitos em relação à terra utilizada para a produção do alimento.

¹⁶ Sobre a mudança comportamental do *homo sapiens* Everton Melo da Silva aponta que “a revolução neolítica é a primeira revolução na história. Ela muda radicalmente a vida do homem a partir da produção de alimentos e domesticação de animais, da passagem do nomadismo para o sedentarismo, da criação de novos instrumentos, e na mudança na organização da vida social”. SILVA, Everton Melo da. A gênese sócio-histórica do homem e a revolução neolítica. **Revista de Ciências Humanas ReAGES**, [s.l.], v. 1, n. 2, p. 12-30, ago. 2018. Disponível em: <http://npu.faculdadeages.com.br/index.php/revistadeciencias>. Acesso em: 08 fev. 2020.

¹⁷ “A invenção tecnológica, então, que resolveu (ao menos temporariamente) o problema de um “excesso” populacional constantemente emergente e de uma queda correspondente no padrão de vida médio, foi uma mudança revolucionária em todo o modo de produção. Ela envolveu a mudança de um estilo de vida parasitário para uma vida verdadeiramente produtiva. [...]. Essa alteração no modo de produção humana é geralmente chamado de ‘Revolução Neolítica’ [...]”. HOPPE, Hans-Hermann. **Uma breve história do homem: progresso e declínio**. Traduzido por Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM, 2018, p. 53. Em sentido similar tem-se a manifestação de Yuval Noah Harari, para quem “*about 10,000 years ago, when Sapiens began to devote almost all their time and effort to manipulating the lives of a few animal and plant species. From sunrise to sunset humans sowed seeds, watered plants, plucked weeds from the ground and led sheep to prime pastures. This work, they thought, would provide them with more fruit, grain and meat. It was a revolution in the way humans lived – the Agricultural Revolution*”. HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: a brief history of mankind**. E-Book. New York: Harper Perennial, 2015, p. 108-109.

¹⁸ *Ibid.*, 2015, p. 109.

¹⁹ *Ibid.*, 2015, p.110.

Essa parcela da revolução neolítica, que é chamada por Hans-Hermann Hoppe de revolução tecnológica²⁰, só se fez possível pelo assentamento dos antigos nômades em território certo e delimitado, bem como em decorrência da utilização do plantio como forma de subsistência, ou seja, pelo surgimento da agricultura. Isso porque se entende que antes o homem não teria razão de possuir nada além de seus utensílios de caça e colheita e outros poucos bens pessoais²¹, pois que se mantinham em intenso e contínuo movimento pelos territórios então existentes e esse movimento acentuado era contrário à posse de bens, visto que quanto mais bens o homem possuísse, mais lento seria o seu deslocamento.

Essa realidade muda diametralmente a partir do momento em que, por esforço próprio, ele se utiliza de pedaço de terra para garantir a sua sobrevivência e a de seus dependentes²². Ademais, além do surgimento da agricultura, e em razão dela, com o passar do tempo e em decorrência dos diferentes cultivos possíveis, estabeleceu-se a troca como meio de se adquirir aquilo que não se possuía, a estabelecer-se o comércio e com ele a geração de riquezas. Desse modo, a manutenção da terra onde se realizam os cultivos individuais era imprescindível para o homem do período neolítico, a uma porque a vida nômade – ao que tudo indica – não se compatibilizava mais com seus anseios e necessidades –, a duas porque sem a terra não haveria alimento, sem alimento a subsistência, e sem ela só lhe restaria a morte ou a dependência do resto da tribo –, o que não era bem visto na cultura de então²³.

Entrelaçado com o surgimento da propriedade privada nasceu o segundo elemento decorrente e propulsor da mudança cultural²⁴ e comportamental das tribos nômades que caracterizou a revolução neolítica: a família. Não se trata aqui das relações de parentesco *lato*

²⁰ HOPPE, Hans-Hermann. **Uma breve história do homem**: progresso e declínio. Traduzido por Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM, 2018, p. 54.

²¹ A esse respeito Hoppe assevera que “Somente se uma coisa é analisada dentro de uma conexão causal entre a necessidade humana e esta coisa está sob o controle humano é que se pode dizer que tal entidade foi apropriada – tornou-se um bem – e, assim, é propriedade de alguém”. *Ibid.*, 2018, p. 56.

²² O que segundo Yuval Noah Harari se deu não por vontade própria do hominídeo de então, mas em razão dele ter sido domesticado pelo trigo. Segundo o autor, o *settlement* se deu não pelo exercício da inteligência do homem, mas em razão da necessidade de cuidar das plantações que passou a fazer. HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: a brief history of mankind. E-Book. New York: Harper Perennial, 2015, p. 114 e ss.

²³ A dependência não era bem vista ou desejada em razão da necessidade que cada membro da tribo tinha em contribuir com a prosperidade da tribo e não apenas com a sua própria. Desse modo, ainda que a propriedade tenha surgido com o cultivo da terra, o individualismo ainda não estava completamente impregnado na sociedade primitiva. Todo o relacionamento tribal estava pautado na reciprocidade, e é exatamente este sentimento de reciprocidade que faz com que a família surja como instrumento de pacificação, aliança e prosperidade nesse período, conforme se demonstrará. Ainda no presente capítulo, quando tratar-se da família como forma de manutenção do indivíduo, se dará exemplo do que aqui se alega.

²⁴ Pierre se refere à revolução neolítica da seguinte maneira: “a revolução neolítica, ou seja, a grande mutação técnica, social, cultural, política e demográfica cristalizada na invenção da agricultura, da cidade, do Estado e da escrita”. LEVY, Pierre. **A revolução contemporânea em matéria de comunicação**. Tradução Juremir Machado da Silva. **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, n. 9, dez. 1998. semestral, p. 38.

sensu, pois que elas já existiam antes da mencionada revolução, mas da família nuclear, elementar ou ainda parental²⁵.

Explica-se. O comportamento nômade dos referidos hominídeos fazia com que as pessoas pertencentes ao grupo fossem vistas como instrumento de manutenção do agrupamento. Desse modo todos eram responsáveis pela segurança dos integrantes da tribo, de forma indistinta, a viver numa relação de verdadeiro comunismo pessoal e “patrimonial”. Tudo que possuíam pertencia a todos os membros do grupo e, em contrapartida, todos deveriam cooperar na aquisição dos bens de que necessitavam, sobretudo, do alimento.

Essa mesma lógica comunitária se aplicava às relações sexuais entre os componentes do referido grupo. Havia, portanto, verdadeiro comércio desse tipo entre as pessoas que compunham as tribos nômades e os conglomerados tribais existentes à época²⁶. Por isso mesmo, os filhos de um integrante da tribo eram também filhos de todos os outros.

A intensa atividade sexual dos componentes da tribo, agora assentada, fazia com que o crescimento populacional atingisse patamares não suportáveis pela produção desenvolvida naquela comunidade, o que acarretava o problema da fome, da morte e, acima de tudo, do enfraquecimento da força produtiva. Era preciso frear essa liberdade sexual, a fim de controlar o desenvolvimento demográfico.

Assim é que, além de delimitar o espaço geográfico de responsabilidades e direitos pertencentes aos membros da tribo, por meio da definição das terras pertencentes a cada indivíduo e das atividades a desempenhar, em verdadeira privatização da mão de obra, houve também a privatização da proteção, a administração e sustento das crianças²⁷, a fazer com que

²⁵ SCHNEIDER, David M. **Parentesco americano**: uma exposição cultural. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016, p. 42.

²⁶ A despeito das referidas tribos estarem compostas por número relativamente pequeno de pessoas Leakey destaca que estas células tribais mantinham estreita ligação com outras que habitavam, ainda que temporariamente espaço comum e, desse modo, formavam grupos de até 500 pessoas, conforme se depreende do excerto a seguir: “estes bandos interagem uns com os outros formando uma rede social e política interligada pelos costumes e pela língua. Atingindo tipicamente cerca de quinhentos indivíduos, esta rede formada pelos bandos é conhecida como uma tribo dialetal. Os bandos ocupam acampamentos temporários a partir de onde saem em busca da sua alimentação diária”. LEAKY, Richard E. **A origem da espécie humana**. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 67.

²⁷ “A instituição do casamento, ou pelo menos de alguma obrigação expressa ou implícita de todo homem de sustentar seus próprios filhos, parece ser o resultado natural desses raciocínios de uma comunidade sob as dificuldades que temos admitido”. MALTHUS, Thomas R. **Ensaio sobre a população**. Seleção Economia Política. E-Book. Tais dificuldades apontadas pelo autor dizem respeito ao crescimento demográfico e à necessidade de delimitação da responsabilidade do homem pelos seus descendentes, a fim de manter sustentável a cultura de assentamento.

o antigo lar comum fosse subdividido em vários outros particulares²⁸, de modo similar ao que ocorrera com as terras.

Desse modo, se antes os adultos se responsabilizavam de forma solidária e irrestrita por todas as crianças da tribo, a partir do momento em que houve a delimitação da propriedade privada e o esforço dos trabalhadores passou a se concentrar, em primeiro lugar, na sua subsistência, houve o redirecionamento e a condensação de responsabilidades, em outras palavras a Mãe – que é sempre certa – e o Pai – que é aquele que demonstra justas núpcias – passaram a ser os únicos responsáveis pelos seus descendentes.

A agricultura resolveu o problema das antigas colheitas tribais, a criação e a domesticação de animais substituíram a atividade de caça²⁹ e, mais que isso, propiciou a possibilidade de reforço na segurança das tribos agora sedentárias. É que o estacionamento das tribos, em vez de gerar pacificação, terminou por produzir mais atritos em razão da constante possibilidade de invasão e tomada do território, do plantio, dos animais e da propriedade dos indivíduos³⁰. Nesse aspecto, a domesticação do cachorro foi de grande valia para os primeiros agricultores, uma vez que sua disposição biológica o faz se apegar ao dono, o que auxilia na proteção da pessoa e de seu território³¹.

É possível depreender, portanto, que o surgimento da família foi fator fundamental para a garantia de manutenção do sedentarismo estabelecido na tribo e, ainda mais, pela garantia da sobrevivência dos integrantes de cada entidade familiar elementar devidamente formada. Além disso, a entidade social seria responsável, ainda, pela coesão e pacificação social, conforme será demonstrado pelos exemplos verificados em diversas comunidades primitivas.

Vê-se, portanto, que segundo esse entendimento pautado em fatos histórico-conjecturais, o surgimento da família se deu como resultado de alguns fatores inerentes ao

²⁸ HOPPE, Hans-Herrmann. **Uma breve história do homem**: progresso e declínio. Traduzido por Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM, 2018, p. 70-71.

²⁹ Hans-Herrmann Hoppe afirma, quanto à questão, que os animais era mais valiosos do que as plantas, pois que deles o homem obtinha carne, leite, couro, pele e lã, além de meios de transporte em potencial e força de tração que, usualmente era utilizado na agricultura. *Ibid.*, 2018, p. 64.

³⁰ “*The early farmers were at least as violent as their forager ancestors, if not more so. Farmers had more possessions and needed land for planting. The loss of pasture land to raiding neighbours could mean the difference between subsistence and starvation, so there was much less room for compromise. When a foraging band was hardpressed by a stronger rival, it could usually move on. It was difficult and dangerous, but it was feasible. When a strong enemy threatened an agricultural village, retreat meant giving up fields, houses and granaries. In many cases, this doomed the refugees to starvation. Farmers, therefore, tended to stay put and fight to the bitter end*”. HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: a brief history of mankind. E-Book. New York: Harper Perennial, 2015, p. 114-115.

³¹ HOPPE, Hans-Herrmann, *op. cit.*, 2018, p. 63.

desenvolvimento humano, quais sejam, a adoção de vida sedentária com o assentamento das tribos nômades; o manejo da terra e o cultivo de alimentos bem como a domesticação de animais; a criação da propriedade privada em decorrência da outorga de responsabilidade de proteção e desenvolvimento de pedaço de terra a cada integrante da comunidade; e a individualização da responsabilidade pelos descendentes.

Compreender a origem da formação do vínculo familiar de forma isolada, entretanto, não auxilia no intento a que se destina a presente pesquisa, em razão de que a verificação da existência de direito fundamental direcionado à concessão da liberdade de formação da entidade familiar depende, além da compreensão do porquê da existência desse instituto, da delimitação dos critérios que a diferenciam das demais instituições sociais posteriormente criadas pelo homem. É essa análise que se pretende fazer no item seguinte.

1.2 Da definição dos critérios delimitadores da entidade familiar

Viu-se que a família nuclear surgiu como elemento significativo para a evolução do homem e para a estabilização social, além de servir como esteio para a delimitação da propriedade privada, das responsabilidades parentais, dos direitos sucessórios etc. Entretanto, é cediço que a entidade familiar é modificável, o que se prova pela simples mudança comportamental dos homínídeos, conforme apontada acima.

Por essa razão, faz-se oportuno elencar os critérios que foram utilizados como limite para diferenciar a família das demais entidades sociais natural ou juridicamente criadas pelo homem, entretanto, dado o objetivo da presente pesquisa, focar-se-á nos critérios de delimitação da entidade familiar secularizada, reconhecida como aquela pautada na contração de vínculo matrimônio, e cuja descendência tinha o caráter sanguíneo, e os critérios delimitadores da família na pós-modernidade, a fim de verificar qual dos critérios melhor equaliza as funções exercidas pela família no meio social e em relação aos indivíduos que a compõem.

1.2.1 Do critério orgânico-formal

Com o objetivo de diferenciá-la das demais instituições sociais, as famílias e as relações familiares têm sido analisadas, desde há muito, com base nas suas características orgânicas, entretanto, a forma pela qual tais atributos foram empregados ao longo do desenvolvimento dos estudos do instituto e das normas jurídicas aplicáveis à temática terminou por estabelecer

tais características como as únicas a serem levadas em consideração para a determinação do que é família, o que acarreta o reconhecimento incompleto e equivocado desse instituto familiar.

Isso porque a inafastabilidade dos aspectos orgânicos ou, caso se queira, organizacionais da entidade familiar acaba por colocar a forma de sua constituição à frente de sua função social e pessoal, visto que a família, como será visto, possui como razão precípua de sua existência a manutenção material, psicológica e afetiva dos indivíduos nela inseridos.

Dito isto, e com a pretensão de delimitar o espectro de análise do atributo orgânico da entidade familiar, pode-se afirmar que o referido critério toma como base para delimitar essa entidade e o seu método de formação jurídica dois elementos substancialmente importantes para sua formatação, quais sejam, os elementos biológico e formal.

Por meio do elemento formal, estabelece-se como necessário à formação da entidade familiar a preexistência de matrimônio entre um homem e uma mulher³², havendo, ainda, a necessidade de que a vontade manifestada pelas partes para a contração do matrimônio tenha sido emanada de forma livre sendo posteriormente reconhecida e chancelada pelo Estado. Segundo o referido critério, apenas aqueles que o atendam é que estão aptos a formar um seio familiar e, como consequência, a exercerem entre si, e em relação à prole que deles provier, os direitos e deveres inerentes às relações familiares³³.

O referido critério formal encontrou seu ápice de reconhecimento nos códigos oitocentistas, em decorrência da influência da Igreja Católica que, desde o seu surgimento, buscou implementar uma modificação no comportamento moral do indivíduo e da sociedade,

³² A Constituição de Romênia, mais precisamente em seu art. 48, menciona expressamente que a família é fundada pelo casamento. Em razão disso, Marta-Claudia Cliza e Laura-Cristina Spătaru-Negură apontam que sob o aspecto constitucional “*family is the natural and fundamental group unit of the society. It is a form of social relations between people connected by marriage or kinship, a fundamental social institution found in all societies, even if its particular forms differ substantially from one place to another. In legal terms, family represents the group of persons among whom there are rights and obligations that arise from marriage, kinship, and other relations assimilated to family relationships*”. A despeito de reconhecerem o modo como a matéria é tratada naquele texto constitucional e na legislação civil concernente, as autoras finalizam sua manifestação asseverando o seguinte: “*Above all, family represents the love of the people towards those they choose to be together with and, later, towards their children. Perhaps this is the most important aspect that neither politicians nor the lawmaker should lose sight of*”. CLIZA, Marta-Claudia; NEGURĂ-SPĂTARU, Laura-Cristina. Family – constitutional, legal, social and human perspective. **Romanian Review of Social Sciences**, v. 9, Issue 17, p.3-15, 2019.

³³ De modo similar, ainda que reconhecendo a formatação da entidade familiar pelo vínculo de união estável, Francisco Pereira Coelho e Guilherme Oliveira, de asseveram ser o matrimônio a primeira relação de família, dando a entender sua importância e sobrevalência em relação as demais modalidades de formação da entidade familiar. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. **Curso de direito da família: introdução – direito matrimonial**. 5. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. v.I, p. 32.

a fortalecer os laços matrimoniais e a expurgar os relacionamentos sexuais que não se encontrassem acobertados pelo manto do sacramento em que se tornara o matrimônio. A sexualidade passou a ser vista, portanto, como ato pecaminoso que somente poderia ser praticado na constância do matrimônio e, em razão disso, ensejava a necessidade de observância da castidade³⁴.

Seguindo essa senda, o Código Civil brasileiro de 1916, fortemente influenciado pelo Código Napoleônico de 1804³⁵, trouxe em suas prescrições aspectos que fomentavam, protegiam e promoviam o critério orgânico formal da família, a dar maior relevo ao matrimônio e à linhagem sanguínea dos cônjuges, de modo a garantir que o modelo matrimonial fosse o único modelo de família reconhecido, admitido, protegido e amparado pelo direito brasileiro³⁶. A referida postura de proteção da instituição do matrimônio manteve-se inalterada até a promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme se terá a oportunidade de apresentar.

Além do elemento formal supramencionado, destaca-se, ainda, o critério orgânico de reconhecimento da entidade familiar a existência de elemento sanguíneo (ou biológico) que tem por fim reconhecer como relações familiares aquelas existentes entre pessoas que possuam vínculo biológico uma para com a outra, em relação de descendência direta ou transversa, de modo que só se consideram parentes aqueles que descendem um do outro ou que possuem tronco comum.

Desse modo, a título exemplificativo, é possível asseverar que se duas pessoas heteroafetivas contraem matrimônio entre si e em decorrência dessa relação conjugal obtenham três descendentes, poder-se-ia afirmar, pelos critérios assinalados, que se está diante de entidade familiar. Isso porque entre os cônjuges tem-se o vínculo matrimonial, em relação a estes e os filhos tem-se a relação de parentesco em primeiro grau ascendente – estabelecida, *a priori*, pelos laços sanguíneos existentes. Outrossim, entre os irmãos, tem-se relação de parentesco colateral de segundo grau, em decorrência do liame sanguíneo que enseja a vinculação jurídica entre eles.

³⁴ BROWN, Peter (1989). Antiguidade tardia. In: VEYNE, Paul (org.). **História da vida privada, 1**: do Império Romano ao ano mil. Tradução Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 240.

³⁵ WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. Conferência proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro no dia 04.06.2004. **Revista da Emerj – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 100, 2004.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v.6, p. 32. DIAS, Maria Berenice. **A mulher no código civil**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf. Acesso em: 11 jan. 2019.

Vê-se, portanto, que os mencionados elementos – formal e biológico – não se anulam, mas se complementam a fim de delimitar de forma jurídica o que se caracteriza como relação familiar e o que passa ao largo desse conceito³⁷. Dessa forma, foram utilizados os referidos critérios pela legislação brasileira que trata a temática, conforme se demonstrará adiante. Entretanto, a ciência jurídica e o Direito brasileiro não têm sido os únicos a tratar a família, quase que exclusivamente, com base em tais elementos. A Sociologia e a Antropologia – matérias que estudam diretamente o comportamento social e cultural – também adotaram os elementos supramencionados como pressupostos inafastáveis para o reconhecimento de relações familiares.

Émile Durkheim, por exemplo, ao apresentar o seu curso de sociologia da família em 1892, assevera, peremptoriamente, que a família a ser considerada para as explanações por ele realizadas e que seriam objeto de estudo de seus alunos era a família matrimonial, ou seja, aquela decorrente do casamento válido e eficaz e que permite que as pessoas vivam, de forma moral e correta, a relação familiar e marital³⁸.

De modo similar, A.R. Radcliffe-Brown afirma que a estrutura da qual as relações de parentesco surgem é a família elementar, “que consiste de homem e sua mulher e seu filho ou filhos, vivam eles juntos ou não. O casal sem filhos, no presente caso, não constitui uma família”³⁹. Afirma, ainda, o autor que as relações existentes entre os membros elementares da família – pai, mãe e filhos – são de primeira ordem, e as demais relações parentais, por dependerem de outra família elementar (pai, mãe e filho) e um elemento de ligação (a exemplo do filho que liga a família elementar do pai e a família elementar da mãe), são relações de segunda ordem⁴⁰.

³⁷ “*La familia es la institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación. [...] Esta definición contempla los dos elementos esenciales del núcleo familiar: el biológico y el jurídico.*”. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. La familia: concepto y elementos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 45, p. 194-206, 29 dez. 1949. “*Familia es la unión socialmente aprobada por los vínculos de filiación alianza y consanguinidad, de un hombre, una mujer y sus hijos*”. DÍAZ, Carlos Lopes. **Manual de derecho de familiar y tribunales de familia**. Santiago: LOM, 2005. t.I, p. 17.

³⁸ DURKHEIM, Émile. La famille conjugale. **Revue philosophique**, v.90, p. 9-14, 1921. Disponível em: http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/textes_3/textes_3_2/famille_conjugale.html. Acesso em: 20 jan. 2020.

³⁹ RADCLIFFE-BROWN, A.R. **Estrutura e função na sociedade primitiva**. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 51.

⁴⁰ *Ibid.*, 2013, p. 51.

Essa opção por reconhecer a organização familiar básica⁴¹ pautada no matrimônio e na relação biológica não decorreu do acaso. Em verdade a utilização dos mencionados critérios – e a assunção de sua inafastabilidade – decorre de pelo menos três fatores histórico-culturais, quais sejam, a publicização e a sacralização das relações amorosas e a patrimonialização das relações familiares.

No que diz respeito à necessidade de publicidade das relações amorosas, é possível afirmar, ao acompanhar o entendimento de Arnold Van Gennep⁴², que o casamento é um rito de passagem à vida adulta⁴³ adotado pelos povos primitivos como forma de tornar pública e notória a relação entre duas pessoas – usualmente homem e mulher – que, muito além de unirem-se em matrimônio, acabavam por estabelecer a união das tribos ou sociedades a que pertenciam⁴⁴. Desse modo, o ritual do matrimônio se apresentava como momento de transição que ambas as partes – tribo do noivo e da noiva – utilizavam-se para se aproximar e estabelecer relação de reciprocidade⁴⁵.

Assim, a experimentação pública⁴⁶ das relações entre as famílias a que pertenciam os jovens noivos e as suas tribos, respectivamente –, e que em algumas culturas podia durar até três anos⁴⁷ –, era necessário para afastar a provável belicosidade então reinante entre as partes, a aproximá-las, pouco a pouco, e a demonstrar para as demais famílias e comunidades que a partir daquele momento essas famílias e essas comunidades davam as mãos para caminharem lado a lado e ajudarem-se mutuamente em tempo de guerra e de paz⁴⁸.

⁴¹ Diz-se que esta se perfaz na entidade familiar basilar em virtude de A. R. Radcliffe-Brown e outros autores, reconhecerem a existência de comunidades familiares variadas, dentre as quais destaca o mencionado autor a família doméstica que pode ser composta apenas pelos membros da família elementar ou ainda por estes e mais uma variedade de pessoas que variam de comunidade à comunidade. *Ibid.*, 2013, p. 52.

⁴² VAN GENNEP, Arnold. **Os ritos de passagem**: estudo sincrético dos ritos da porta e da solteira, da hospitalidade, da adoção, gravidez e parto, nascimento, infâncias, puberdade, iniciação, coroação, noivado, casamento, funerais, estações, etc. Trad. de Mariano Ferreira. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 109-110.

⁴³ *Ibid.*, 2013, p.107-108.

⁴⁴ MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime de costume na sociedade selvagem**. Tradução Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p. 34-35.

⁴⁵ A ideia de reciprocidade é constante nas obras de Bronislaw Malinowski. MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime de costume na sociedade selvagem**. Trad. Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p. 34 e ss.) e LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 91 e ss.

⁴⁶ A respeito da vida vivida de forma pública e não intimamente, Phillipe Airès assevera que tal comportamento se deu até o século XVII quando, de forma acanhada, o referido comportamento social começou a modificar-se. AIRÈS, Phillipe. **História social da criança e da família**. Tradução Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p. 273.

⁴⁷ VAN GENNEP, Arnold. **Os ritos de passagem**: estudo sincrético dos ritos da porta e da solteira, da hospitalidade, da adoção, gravidez e parto, nascimento, infâncias, puberdade, iniciação, coroação, noivado, casamento, funerais, estações, etc. Trad. Mariano Ferreira. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 111-112.

⁴⁸ Essa união construída ao longo do período de noivado e casamento era tão sólida em algumas comunidades que mesmo o divórcio ou viuvez posterior com a consequente contração de novo matrimônio pela parte sobrevivente não tinha o condão de desfazer as relações de reciprocidade então estabelecidas. *Ibid.*, 2013, p.

Fustel de Coulanges destaca, a seu turno, a publicidade do casamento na Grécia Antiga, onde o ritual consubstanciava-se em três atos distintos e complementares. O primeiro, praticado na casa do pai da noiva, momento em que este oferece sacrifício e entregava a filha ao homem que a pediu. O segundo ato do matrimônio é transicional entre a casa do pai e a do futuro marido, a tomar lugar na via pública onde eram entoados cânticos sagrados. O terceiro ato era praticado na casa do marido, momento em que o noivo simulava o rapto da esposa e a levava para dentro de seu lar, onde ela só poderia entrar carregada por ele. Dentro do lar e diante do fogo sagrado, os nubentes diziam orações específicas e, após, partiam entre si simples repasto⁴⁹.

O caráter sacramental e a publicidade do matrimônio estão intimamente ligados no mundo antigo. Fustel de Coulanges destaca, nesse sentido, que os casamentos na Roma antiga eram cerimônias demasiadamente importantes⁵⁰, já que, por meio delas, a jovem esposa era iniciada na religião doméstica do futuro esposo, a tornar-se sacerdotisa do fogo sagrado da família que passaria a compor e abandonar, assim, a família da qual proviera⁵¹. O mesmo fogo sagrado que simboliza o lar e os ancestrais do esposo.

Além disso, salta aos olhos o caráter econômico que o casamento e a formação da família possuem desde há muito. Para os povos primitivos analisados por Radcliffe-Brown⁵², a questão econômica está sempre em pauta quando da determinação dos casamentos e nas celebrações a eles referentes. Acerca dessa monetização do casamento e família dele decorrente, Arnold Van Gennep afirma que esse é o resultado da necessidade de compensação pela perda de mão de obra que uma aldeia vai sofrer em proveito de outra⁵³. Assim é que, independentemente de o marido passar a viver na tribo de sua esposa ou esta passar a conviver com a tribo do marido, certo é que uma ou outra comunidade – usualmente a da mulher – perderá força de trabalho e o pagamento de dotes tem o condão de diminuir os danos causados por essa perda.

125-127.

⁴⁹ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys de. **A cidade antiga**. Trad. de Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p.67-69.

⁵⁰ Já que, a despeito de representarem fato social, ensejavam repercussões jurídicas de grande monta na vida daqueles que contraíam núpcias, bem como daqueles que surgiriam de tal relação. MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 159.

⁵¹ ANDROETI NETO, Nello. **Direito civil e romano**: livro I. São Paulo: Rideel, 1973, p. 160.

⁵² RADCLIFFE-BROWN, A.R. **Estrutura e função social na sociedade primitiva**. Trad. de Nathanael C. Caixeiro. 2. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

⁵³ VAN GENNEP, Arnold. **Os ritos de passagem**: estudo sincrético dos ritos da porta e da solteira, da hospitalidade, da adoção, gravidez e parto, nascimento, infâncias, puberdade, iniciação, coroação, noivado, casamento, funerais, estações, etc. Trad. de Mariano Ferreira. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 109.

Mesmo nos casos em que a troca de presentes se dá de forma equânime, ou seja, os valores, as espécies e as quantidades de bens trocados são idênticos, é possível vislumbrar o papel econômico do casamento. Pois que, nestes casos, o princípio da reciprocidade estabelecido não diz respeito apenas à concessão da promessa de auxílio mútuo, mas envolve também a troca de bens, valores e especiarias, a simbolizar que a relação existente entre as tribos, além de social, é também econômica.

Além desse aspecto patrimonial do matrimônio e da família, que é apresentado pelas comunidades primitivas analisadas entre os séculos XIX e XX e que servem ao menos de parâmetro para verificar o comportamento social dos ancestrais acerca das questões relativas à formação da entidade familiar e da relação dessa instituição com a sociedade de então, tanto nos aspectos econômicos quanto culturais, é preciso destacar, do mesmo modo, que a família romana foi aquela que mais influência teve na determinação das relações familiares modernas ocidentais, sobretudo no que concerne à questão econômica, visto que outros aspectos, como o de distribuição desigual de força e o exercício de labores religiosos e de justiça por parte do *pater*, já não se fazem mais presentes na família hodierna.

No que concerne à questão econômica, a influência da família romana se mostra hialina na família ocidental do período medieval, moderno e contemporâneo, isso porque a própria noção de família para os juristas e para a sociedade romana era o conjunto de pessoas, bens e direitos que estavam sob o jugo de um varão. Esse varão, também conhecido como *pater*, exercia sobre o conjunto de pessoas e coisas que estava a ele submetido poder extremado e incontestável⁵⁴, chegando ao ponto de, em determinados momentos da história romana, o *pater* ter o poder de vida e de morte sobre o seu filho⁵⁵ e, em relação à esposa, podia designar-lhe tutor ou, ainda, a contração de segundo matrimônio para depois de sua morte⁵⁶.

Não é exagero asseverar, desse modo, que o *pater* possuía como seu o conjunto de pessoas, bens, valores, títulos e escravos que estava submetido à sua *patria potestas*⁵⁷. Todo esse poder⁵⁸, com a morte do *pater*, era repassado ao seu sucessor que, necessariamente,

⁵⁴ MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 155.

⁵⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 59. No mesmo sentido tem-se Nello Androeti Netto. ANDROETI NETTO, Nello. **Direito civil e romano**: livro I. São Paulo: Rideel, 1973, p. 159.

⁵⁶ *Ibid.*, 1973, p. 160-161.

⁵⁷ CARLETTI, Amilcare. **Curso de direito romano**. São Paulo: Universitária de Direito, 1999, p. 177-178.

⁵⁸ Que se manifestava em três esferas complementares de atuação, conforme aponta Emilssen González de Cancino, quando assevera que “*La triple calidad de padre, sacerdote del culto privado y monarca encargado de la disciplina y conducción del grupo familiar y del patrimonio correspondiente, dotaba al pater familias de múltiples derechos y prerrogativas que le permitían, por ejemplo*

precisava ser descendente daquele – em que pese o estabelecimento da filiação decorresse mais do exercício de vontade do *pater* do que do vínculo biológico propriamente dito⁵⁹. A manutenção dessa ideia de sucessão patrimonial acentuou a já existente vinculação das relações familiares às questões econômicas e patrimoniais, de modo a chegar aos dias atuais – ou pouco antes disso –, a pensar-se na relação familiar apenas a partir do seu pressuposto econômico sucessório.

Alguns autores, portanto, defendem a impossibilidade do estabelecimento de filiação multiparental porque isso resultaria em prejuízo na distribuição futura dos bens aos filhos sanguíneos⁶⁰ do pai ou mãe em relação a quem estabeleceu uma segunda vinculação parental e, *a contrario sensu*, beneficiaria em demasia aquele que teve reconhecida a segunda vinculação parental a si.

Não se pretende adentrar na questão da validade ou não do argumento levantado, mas entende-se necessário demonstrar o viés patrimonial exacerbado que as relações familiares tomaram ao longo do tempo e que são reforçadas pelo referido argumento. Além desse viés econômico, tem-se, ainda, o apelo religioso que circunda a temática do casamento e do estabelecimento de relações familiares. Quanto a esta questão, pode-se asseverar que a família como instituição social que é⁶¹ sempre manteve estreita relação com valores provenientes de outras instituições sociais, como a religião e a moral, por exemplo.

Desse ponto de vista, as questões familiares sempre estiveram entrelaçadas com a ritualística religiosa ou com a mágica, conforme apontado por Fustel de Coulanges⁶². Entretanto, é possível afirmar, também, que a religiosidade vinculada à família hodierna está diretamente ligada à forte influência que o Direito Canônico desempenhou no desenvolvimento dos países ocidentais que, por sua vez, contribuíram na formação do Direito

, *desheredar a un hijo sin expresar la causa del desheredamiento, abando- narlo cuando se le perseguía por un delito, dar muerte a los “partos mons- truosos”⁴ y también a los hijos normales, etc.”*. GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen **Manual de derecho romano**. 6. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 265.

⁵⁹ Isso porque o ato de perfilhação estava associado à questão religiosa, mais do que à descendência sanguínea. FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys de. **A cidade antiga**. Trad. de Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 63.

⁶⁰ O que aproxima a figura mencionada aos filhos legítimos do Código Civil de 1916.

⁶¹ VAN GENNEP, Arnold. **Os ritos de passagem**: estudo sincrético dos ritos da porta e da solteira, da hospitalidade, da adoção, gravidez e parto, nascimento, infâncias, puberdade, iniciação, coroação, noivado, casamento, funerais, estações, etc. Trad. de Mariano Ferreira. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 108.

⁶² FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys de. **A cidade antiga**. Trad. de Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 63.

brasileiro⁶³. Foi a religião católica que prescreveu o casamento como sacramento divino e o estabeleceu como modo único de concretização das relações familiares, visto que qualquer relação amorosa ou paterno-filial sem o consentimento e a participação da Igreja era considerada pecado e contrária ao dogma religioso.

É bem verdade que o Brasil se tornou um país laico ainda em 1891 com a Constituição da República⁶⁴, entretanto, ainda que o Estado tenha assumido a posição de entidade responsável pela realização do matrimônio válido, a lógica da necessidade do casamento para a formação das relações familiares manteve-se intacta, conforme mencionado. Esse cenário só apresentou modificação com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, momento em que o Estado brasileiro passou a reconhecer e a proteger, expressamente, outros dois modelos de família, a monoparental e aquela decorrente da união estável, mas, ainda assim, manteve resquícios do vínculo matrimonial como forma de construção da família, ao afirmar que a conversão da união estável em casamento deveria ser facilitada pelo Estado.

Esse viés histórico da formação cultural do direito brasileiro pelas influências romanas, francesas e italianas acarretou a adoção de tais elementos como delimitadores das relações familiares pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme se verá a seguir.

Outrossim, em que pese existam razões históricas e culturais para que os elementos mencionados sejam levados em consideração para a delimitação das relações familiares, levá-los em conta nos dias atuais como os únicos elementos imprescindíveis para a delimitação e diferenciação das relações da sociedade primeira em que o homem está inserido se mostra um exagero dogmático que, ao contrário de trazer a segurança jurídica almejada, acaba por marginalizar diversos outros modelos de entidades familiares que não se adequam *ipsi literis* ao critério orgânico-formal.

1.2.2 Do critério funcional para delimitação das relações familiares

Em que pese o critério orgânico-formal tenha sido de grande valia para o desenvolvimento da entidade familiar e, por consequência, da sociedade que a circunda e que

⁶³ Manifestando-se sobre a influência do Direito Canônico no Código Civil de 1916, Osvaldo Hamilton Tavares assevera que “o direito de família, impregnado de ética que compõe a lei e o homem, revela-se fortemente influenciado pelo Direito Canônico”, sobretudo o instituto do matrimônio que apresentou a cita influência nas disposições relacionadas aos impedimentos matrimoniais, idade núbil, posse do estado de casado, dentre outros institutos vinculados ao casamento. TAVARES, Osvaldo Hamilton. A influência do direito canônico no código civil brasileiro. **Revista Justitia**, São Paulo, v.47, n.132, p. 49-56, out./dez. 1985. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/zwaz5b.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

⁶⁴ “Art. 72 [...] § 4º A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

dela sorve os integrantes em contínua retroalimentação, cujo binômio família-sociedade se destaca, com o passar do tempo – ainda que esse percurso tenha sido longo –, o modelo familiar orgânico-funcional passou a ser enfraquecido pelas novas formatações de convivência íntima que os indivíduos desenvolveram e que foram, paulatinamente, sendo tratadas pela legislação vigente⁶⁵.

Nesse sentido pode-se citar como exemplos a Lei nº 4.737/42, posteriormente modificada pela Lei nº 883/49, que passou a tratar da possibilidade de reconhecimento voluntário ou forçado do filho havido fora do casamento, a condicionar tal reconhecimento à prática anterior do desquite⁶⁶, no caso da primeira lei, e da dissolução da sociedade conjugal, conforme a segunda.

Além disso, a Lei nº 4.121/62 que garantiu à mulher a possibilidade de colaboração na manutenção da vida familiar, de modo a tirá-la do rol de civilmente incapazes⁶⁷, sem, contudo, garantir igualdade frente ao marido que permaneceu sendo o chefe da família⁶⁸ e quem exercia o pátrio poder. A esposa ficou como sua colaboradora, sendo este poder outorgado integralmente a ela apenas na falta ou incapacidade do marido⁶⁹.

Veja-se que o retrato social da família não se mostrava mais completamente adequado à lógica do critério orgânico-formal anteriormente assinalado, isso porque a dissolução da sociedade conjugal passou a ser tomada como possível e, em certa medida, como praxe social, a gerar problemas de toda ordem, sobretudo às mulheres, que, em grande parte, além de dependentes de seus maridos, mantinham a guarda dos filhos menores e ainda estavam impedidas, socialmente, de manter relações afetivas com outras pessoas.

⁶⁵ RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 239-254, 1 jan. 1993, p. 4.

⁶⁶ Em manifestação contrária à figura do desquite, Nelson Carneiro afirma que a mulher desquitada não pode pertencer a outra relação conjugal legalmente constituída, pois que lhe é vedado o recasamento, além disso, caso se estabeleça a referida relação com outro homem, que não seu marido, os filhos dela são considerado ilegítimos em relação ao companheiro, o que gera grande sofrimento pessoal em razão da repercussão social do fato. Já a mulher divorciada, argumenta, pode casar-se novamente e com isso garantir para si e para seus filhos direitos garantidos apenas à esposa e aos filhos legítimos. CARNEIRO, Nelson. **A luta pelo divórcio: síntese de uma campanha em defesa da família**. São Paulo: Lampião, 1977, p. 25.

⁶⁷ RODRIGUES, Silvio, *op. cit.*, 1993, p. 6.

⁶⁸ FÁVERI, Marlene de. Desquite e divórcio: a polêmica e as repercussões na imprensa. **Caderno Espaço Feminino**, v. 17, n. 01, jan./jul. 2007. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. O papel da mulher na sociedade. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 75, p. 123-134, 1 jan. 1980.

⁶⁹ NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do pátrio poder. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 11, p. 193-209, 1996. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/69746/39292>. Acesso em: 20 jan. 2020.

Outro diploma legal de importância ímpar na modificação do cenário familiar no Brasil foi a Lei nº 6.515/77 – conhecida como Lei do Divórcio. Por meio dele, admitiu-se, juridicamente, a extinção do vínculo matrimonial que, até então, como mencionado, remanesceu entre as pessoas que, a despeito de casadas entre si, já não viviam mais a relação conjugal e, de forma precária, passavam a formar novas relações conjugais e familiares, pois que ao fazê-lo se encontravam sob a tutela do instituto do desquite⁷⁰.

No que diz respeito à abrangência da referida lei, Maria Berenice Dias ressalta que restou clara a intenção do legislador de possibilitar a prática do divórcio àquelas pessoas que estavam separadas de fato há mais de cinco anos, pois que, somente nestes casos, ter-se-ia a figura do divórcio direto⁷¹. No caso das pessoas não separadas de fato, o procedimento se mostrava metucioso, longo e quase desaconselhável.

De todo modo, com a referida lei, o legislador nacional preocupou-se em estabelecer as diretrizes jurídicas dos efeitos da separação civil, como estágio antecedente ao divórcio, na busca de garantir o atendimento dos direitos dos cônjuges, dos filhos, e de permitir a possibilidade de contração de novos relacionamentos amorosos, dada a supressão dos deveres conjugais da coabitação, da fidelidade recíproca, e determinava o termo do regime de bens adotado durante o matrimônio.

Vê-se, desse modo, que o convívio familiar e a posição dos indivíduos na família, bem como o reconhecimento de novas formas de constituição dessa entidade, passaram a retirar o poderio secular da família matrimonializada e biologizada, a fazer com que o critério orgânico-formal cedesse espaço ao critério funcional na delimitação desses entes. Isso não significa que o primeiro critério fora extirpado completamente do ordenamento jurídico, pois, como se terá oportunidade de demonstrar a seguir, ele segue a existir e a produzir efeitos. Entretanto, pode-se afirmar que o critério funcional assumiu, ao lado do primeiro, posição de relevo e importância na formação e na delimitação da família.

Esse sentido de compreensão e de experimentação da convivência familiar relacionada às mudanças de paradigma na formação da referida instituição social denota a assertividade da

⁷⁰ Além do estabelecimento do divórcio, no que diz respeito à filiação, a referida Lei estabeleceu o direito de sucessão em igualdade de condições entre os filhos, independentemente da natureza da filiação. NASCIMENTO, Leticia Queiroz; ROCHA, Maria Vital da. Igualdade entre filhos adotivos e biológicos: diálogos entre o direito romano e o direito brasileiro. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, v. 11, n. 25, set/dez. 2019.

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. **O fim do fim sem fim.** Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/8_-_o_fim_do_fim_sem_fim.pdf. Acesso em: 19 fev. 2019.

fala de Eunice Ribeiro Durham, ao asseverar que a conceituação da família deve afastar-se da lógica comum de naturalização do referido instituto, visto que ele é menos natural – decorrente da natureza – do que cultural⁷² e, por ser criação do homem, é mutável⁷³.

Mas quais seriam os elementos que determinam o critério funcional da família e como ele se manifesta socialmente? A essas questões, assaz importantes para a compreensão da temática, decorre a análise seguinte.

O critério funcional de determinação das entidades familiares está atrelado à verificação do adimplemento, por parte de tal ou qual grupo de pessoas, dos requisitos de funcionalidade da família⁷⁴, ou seja, a delimitação da entidade familiar depende da verificação do atendimento de sua função social e, além disso, da existência do liame da afetividade a entrelaçar os envolvidos. O referido critério envolve, portanto, a verificação de fatores históricos e contemporâneos constituidores da relação familiar, independentemente da forma pela qual a sua construção se dá.

Conforme aponta Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a função social dos institutos jurídicos, em que pese possa ser manifestada pela legislação que a prescreve ou detalha, também pode ser extraída da axiologia do direito posto, em razão de que, conforme acentua o autor, todo instituto criado ou albergado pelo direito deve ter certa função, ou seja, dada destinação social⁷⁵.

Com a família não é diferente. Como instituição social e jurídica que é, ela possui função social relevante e reconhecida pelo direito. O texto constitucional faz prova disso quando outorga à família a proteção estatal, imputa a ela o dever de proteger as pessoas em pleno

⁷² Sobre o aspecto cultural na formação dos vínculos familiares Cynthia Andersen Sarti aponta que “pensar a família como uma realidade que se constitui pelo discurso sobre si própria, internalizado pelos sujeitos, é uma forma de buscar uma definição que não se antecipe à realidade da família, mas que nos permita pensar como a família constrói, ela mesma, sua noção de si, supondo evidentemente que isso se faz em cultura, dentro, portanto, dos parâmetros coletivos do tempo e do espaço em que vivemos, que ordenam as relações de parentesco (entre irmãos, entre pais e filhos e entre marido e mulher). Sabemos que não há realidade humana exterior à cultura, uma vez que os seres humanos se constituem em cultura, portanto, simbolicamente. SARTI, Cynthia Andersen. A família como ordem simbólica. *Rev. Psicol. USP*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 11-28, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642004000200002&lng=e. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁷³ DURHAM, Eunice Ribeiro. Família e reprodução humana. In: FRANCHETTO, B.; CAVALCANTI, M. L. V. C.; HEILBORN, M. L. (org.). *Perspectivas antropológicas da mulher*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983. v. 3, p. 15.

⁷⁴ Aqui entendida como a capacidade da instituição de contribuir com o todo em que está inserida. RADCLIFFE-BROWN, A. R. *Estrutura e função social na sociedade primitiva*. Trad. de Nathanael C. Caixeiro. 2. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2013, p. 164.

⁷⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social da família e jurisprudência brasileira*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/177.pdf. Acesso em: 16 mar. 2019.

desenvolvimento e aquelas em declínio físico sob o manto da solidariedade que deve permear toda e qualquer relação familiar, senão por desejo dos interessados, por determinação jurídica.

Ademais, como núcleo em que o homem inicia a sua convivência social, em relação à família, mais do que em referência aos demais institutos sociais e jurídicos em que o homem se insere ao longo de sua caminhada, é necessária a observância dos fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito instituído pelo texto constitucional de 1988, sobretudo o que diz respeito à dignidade da pessoa humana.

Daí porque a família não deve mais ser compreendida pelo intérprete com base nos critérios individualistas e patrimonialistas de outrora⁷⁶, em que o *pater* proprietário dos bens e da vida das pessoas atuava a seu bel prazer, ou ainda em que o Estado-Igreja impunha às pessoas, por meio da instituição familiar, o modo de vida adequado à perpetuação da paz e da observância dos deveres religiosos⁷⁷.

Ao contrário disso, é imperioso que a família seja vista como instrumento para o desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros⁷⁸, o que faz com que ela seja compreendida como núcleo de desenvolvimento humano e de amparo daqueles que a compõem. Isso não importa em dizer, contudo, que a entidade familiar, ao preocupar-se com a formação de seus membros, não se ocupe da salvaguarda, proteção e promoção dos interesses coletivos, ou seja, não significa que a família adquiriu caráter eminentemente individualista, pois se assim fosse, o argumento apresentado seria contraditório.

O que se deu é que, ao ocupar-se do desenvolvimento de seus membros mais do que do reconhecimento de si própria como instituição, a família fez com que se fortalecessem os laços de afetividade imprescindíveis à sua formação e manutenção⁷⁹. Disso resulta que, ao

⁷⁶ LORO, Tarcísio Justino. A família: sua função social e religiosa. **Revista de Cultura Teológica**, v. 18, n. 69, p. 135-146, jan./mar. 2010, p. 141.

⁷⁷ Nesse sentido, João Baptista Villela asseverou o seguinte: “[...] nossa visão de família hoje está profundamente permeada não por aquilo que ela é, em sua essência, senão por aquilo que o sagrado e o político tentaram e tentam dela fazer. É muito do nosso gosto de juristas distinguir entre o fato e a versão do fato. Pois bem: há o fato da família e há a versão da família. O que chamamos direito de família é, na verdade, direito da versão de família: um construto elaborado sob a filtragem política e sagrada sob que captamos a instituição. VILLELA, João Baptista. **Repensando o direito de família**. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

⁷⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. **Revista de investigações constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 117-139, set./dez. 2016.

⁷⁹ Sobre a imprescindibilidade do afeto nas relações familiares, é salutar citar a manifestação de João Baptista Villela, para quem: “[...] pouco se fala de amor em sede de direito de família, como se este não fosse seu ingrediente fundamental? O amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos. Curiosamente, contudo, enquanto o acordo de vontades constitui a figura central da teoria dos contratos, em torno da qual tudo pivota e tudo se esclarece, parece haver, em direito de família, no

criar ambiente de aceitação, amparo, responsabilidade e liberdade para os seus membros⁸⁰, ela corrobora com o desenvolvimento social, pois que oferta à sociedade pessoas mais preparadas para convívio plural, fraternal e sem preconceitos, capazes de exercer o diálogo e de aceitar diferenças⁸¹.

Desse modo, a função social da família que outrora poderia ser aventada apenas como a manutenção social – decorrente do viés sexual da convivência familiar e da manutenção da cultura –, em razão dos valores que eram e ainda são repassados pela convivência estreita no seio familiar, passou a outorgar ao indivíduo local/ambiente de “amor, sonho, afeto, companheirismo”⁸², fraternidade, caridade e doação pessoal e com vista à efetivação dos direitos fundamentais de seus membros⁸³. Bem por isso Rodrigo da Cunha Pereira afirma ser possível definir família “como uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, desempenhando sua função”⁸⁴, utilizando-se dos ensinamentos de Lacan e Lévi-Strauss para tanto.

É que, se do ponto de vista estritamente legal a família pode ser reconhecida apenas pelo atendimento do critério orgânico-formal anteriormente apresentado, faz-se necessário, de outro ponto, reconhecer a existência de entidade familiar na qual se verifique a atenção e o cuidado do indivíduo de forma contínua e com esteio na afetividade existente entre as partes, ainda que a relação sob análise não se enquadre na base matrimonial-sanguínea por meio da qual se estruturou a ideia de família.

Pode-se ponderar, portanto, pela existência de pelo menos três critérios para a determinação das relações familiares, a utilizar-se como base a sua funcionalidade, quais sejam, os critérios material, estabilidade e afetividade⁸⁵.

mínimo, um bem disfarçado pudor de explicitar a matéria de que ele é feito e sem a qual sua razão de ser não se sustenta e se esboroa”. VILLELA, João Baptista. **Repensando o direito de família**. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

⁸⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social da família e jurisprudência brasileira**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/177.pdf. Acesso em: 16 mar. 2019.

⁸¹ Em sentido similar tem-se a manifestação de PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do direito de família. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 628, p.19-39, fev. 1988.

⁸² VILLELA, João Baptista, *op. cit.*, 1999.

⁸³ FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o direito fundamental à família. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [s.l.], n. 67, p. 151-180, jun. 2016. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1730>. Acesso em: 06 fev. 2020.

⁸⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 30, n. 104/105, out./mar. 2003/2004.

⁸⁵ Para tomar como base a assertiva de. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 341.

O elemento material pressupõe a existência de fato de relacionamento entre duas ou mais pessoas consideradas. Tal relacionamento, é preciso que se diga, para que se constitua relação familiar, deve ser constituído de pessoas que mantenham entre si interações voluntárias, contínuas e públicas de afetividade.

Essa convivência, entretanto, não pressupõe a necessidade de coabitação entre as partes, isso porque, caso se parta desse pressuposto, estar-se-ia a afirmar, consequencialmente, que o pai que deixasse de habitar o mesmo lar que o filho porque se divorciou de sua mãe, ou porque jamais chegou a constituir lar formal com a mãe de seu descendente, não poderia ter reconhecida relação de família com ele. Não pode se ter como verdadeira tal conclusão, sobretudo, ao se levar em conta as tendências atuais de composições familiares com o incremento substancial dos divórcios⁸⁶ nos últimos anos ou com o aumento no número de pessoas solteiras que têm filhos⁸⁷.

Além do elemento material, tem-se ainda aquele relacionado à estabilidade da convivência familiar. Durante longos anos, o vínculo matrimonial foi tido como o liame responsável pela estabilização da família, o que do ponto de vista histórico não se mostra inverídico, visto que o casamento indissolúvel mantinha as pessoas ligadas umas às outras, ainda que contra sua vontade. É bem verdade que, em razão disso, vislumbravam-se situações em que, mesmo casadas, as pessoas deixavam de se querer e de conviver como marido e mulher, mas, ainda assim, mantinham as responsabilidades e os compromissos matrimoniais entre si e em relação aos filhos.

Entretanto, a estabilidade da convivência familiar está menos no liame jurídico que se possa estabelecer entre as pessoas, de modo voluntário – casamento e perfilhação – ou forçado – presunção de paternidade –, e mais na comunhão de vidas que estas pessoas são capazes de criar e manter ao longo de sua convivência que, seja por fatores naturais – morte – ou pelo exercício da vontade – divórcio –, em certo momento chega a seu termo. É, portanto,

⁸⁶ LOSCHI, Marília. Casamentos que terminam em divórcio duram em média 14 anos no país. **IBGE**, 2012. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22866-casamentos-que-terminam-em-divorcio-duram-em-media-14-anos-no-pais>. Acesso em: 05 fev. 2020. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcios aumentaram e casamentos estão durando menos**. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/divorcio/>. Acesso em: 05 fev. 2020.

⁸⁷ VELASCO, Clara. Em 10 anos, Brasil ganha mais de 1 milhão de famílias formadas por mães solteiras. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/em-10-anos-brasil-ganha-mais-de-1-milhao-de-familias-formadas-por-maes-solteiras.ghtml>. Acesso em: 30 jan. 2019. JOÃO NETO. Novos arranjos familiares. **Revista Retratos**, IBGE, dez. 2017, p. 17-19. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/3ee63. Acesso em: 30 jan. 2019.

o sentimento de pertencimento⁸⁸ que faz com que as relações familiares se estabilizem social e juridicamente, já que uma coisa se mostra inafastável da outra.

Esse sentimento, entretanto, não é objetivamente aferível e isso implica na necessidade de analisar a situação fática com a subjetividade que ela requer, o que não significa dizer que a referida apreciação, ou a conclusão a que se chegue, não são seguras, porém são mais trabalhosas de serem formuladas e dependem da apresentação de argumentação lógico-jurídica para sua demonstração, além, é claro, de grupo multidisciplinar composto por integrantes de variados segmentos de estudo do comportamento humano, para que só então se possa delimitar a existência ou não de vínculo familiar naquele caso concreto.

Isso, inclusive, é feito nos casos de adoção, haja vista que o período de convivência acompanhada por equipe multidisciplinar é imprescindível para possibilitar a realização da adoção por aqueles que se mostram como pretendentes à prática do ato⁸⁹. Isso fortalece a ideia de que a convivência entre as pessoas que constituem a entidade familiar é mais importante do que o próprio ato que simboliza a constituição da família ou, no caso da adoção, que tende a aumentar numericamente a família.

Por fim, tem-se o elemento da afetividade, o qual não deve ser compreendido apenas com esteio nos bons sentimentos que naturalmente os membros da família sentem um pelo outro, já que representa o conjunto de laços emocionais dos indivíduos inseridos em dada família e, portanto, comportam sentimentos dos mais variados, desde o amor – já mencionado – até a raiva e o ódio⁹⁰. Entretanto, deve prevalecer a fraternidade entre os membros da família que deflui da paciência e do carinho dos mais velhos e da admiração dos mais novos.

Materialidade, estabilidade e afetividade são, desde esse ponto de vista, os elementos necessários para que a família seja compreendida sob a perspectiva de sua funcionalidade. É imperioso apontar, ainda, que o critério funcional de delimitação da entidade familiar não exclui o formal-biológico, visto que é plenamente possível, e na maioria dos casos é provável,

⁸⁸ André Gonçalves Fernandes parece ter apontado na mesma direção, ainda que possua entendimento de fundo diverso daquele expresso nesta pesquisa, quando se manifesta no seguinte sentido: “ a família é fonte daquilo que nenhuma outra relação humana pode dar. Nesse sentido, a ideia de família é a de uma relação social em que se promove uma concreta circulação de bens interpessoais baseados na doação ou na entrega de si. (Família e sua dimensão personalizante primordial. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares; BASSET, Ursula Cristina *et al.* (coord.). **Família e pessoa: uma questão de princípios**. São Paulo: YK, 2018, p. 109.

⁸⁹ ECA. “Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso.”

⁹⁰ FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o direito fundamental à família. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 151-180, jun. 2016. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1730>. Acesso em: 06 fev. 2020.

que as famílias formadas com base no matrimônio e nas relações consanguíneas preencham os elementos do critério funcional como supramencionado.

O que se alcança, portanto, com a mudança da perspectiva na compreensão da família não é a minoração ou exclusão da sua história e do modo de formatação que dela se desenvolve, mas abranger outras possibilidades de convivência social que não estão contidas no critério formal-biológico e que por isso foram historicamente marginalizados e mantidos fora do grupo seletivo da família⁹¹, porque não se subsumiam à prescrição normativa. Quer-se, assim, democratizá-la e, com isso, fortalecê-la, nunca destruí-la.

1.3 Os critérios utilizados pela legislação brasileira com o fito de delimitar as relações familiares ao longo do tempo

O critério orgânico, que como visto é composto pelos elementos sanguíneo e formal, foi e é utilizado de maneira expressa na legislação brasileira para a determinação das relações familiares, tanto no que concerne aos textos constitucionais quanto no que se refere à legislação infraconstitucional. A título de exemplo, pode-se elencar os textos constitucionais brasileiros de 1937 – Constituição polaca⁹² –, àquele referente à Constituição dos Estados Unidos do Brasil⁹³ (1946), bem como as Constituições de 1967⁹⁴ e a Emenda Constitucional de 1969⁹⁵. Nas referidas constituições, há clara menção de que a família é iniciada pela contração do casamento válido, a ressaltar-se, assim, a importância do elemento formal na composição da entidade familiar.

O texto da Constituição Cidadã⁹⁶ (1988), de modo similar, fez menção ao matrimônio como modo possível de construção da entidade familiar, mas apesar disso elencou outras duas possibilidades de formação da família: a união estável e a monoparentalidade, de modo a estabelecer, portanto, a dissociação entre a ideia de matrimônio e de família. Posição

⁹¹ FERNANDES, André Gonçalves. Família e sua dimensão personalizante primordial. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares; BASSET, Ursula Cristina *et al.* (coord.). **Família e pessoa: uma questão de princípios**. São Paulo: YK, 2018, p. 107.

⁹² Da Família. “Art. 124: A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.”

⁹³ “Art. 163: A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado”.

⁹⁴ “Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.”

⁹⁵ “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.”

⁹⁶ “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”.

similar, inclusive, foi adotada por outros países sul-americanos, tal qual se vê na Constituição peruana de 1993⁹⁷.

Além dos textos constitucionais brasileiros, também é possível verificar a sobrelevação dos mencionados critérios nos códigos civis de 1916 e de 2002. No primeiro compêndio de normas civis (1916), os elementos sanguíneo⁹⁸ e formal⁹⁹ compunham a espinha dorsal das relações familiares, inclusive com expressa menção a tratamentos desiguais entre filhos legítimos e ilegítimos¹⁰⁰. Pela própria nomenclatura utilizada pelo legislador para designar as modalidades de filiação, observa-se a importância que se dava aos referidos elementos.

Cabe destacar, inclusive, que a referida passagem do texto legal apresenta de forma cabal que o aspecto formal possuía maior relevo e importância, mesmo à frente dos demais critérios utilizados para o reconhecimento das relações familiares. Em outras palavras, é possível dizer que o casamento era o único instituto jurídico capaz de estabelecer relações familiares aptas a serem reconhecidas como morais e juridicamente adequadas, tanto do ponto de vista direto quanto indireto, isso porque a contração do matrimônio formava a família e o filho havido sob o albergue do matrimônio era o único considerado como legítimo para o direito de então.

O Código Civil ora vigente (2002) faz previsões muito similares àquelas contidas na norma que lhe antecedeu na tratativa da temática da família¹⁰¹. Também se verifica, neste caso,

⁹⁷ Conforme aponta Columba del Carpio Rodríguez ao afirmar que “[...] *el nuevo texto constitucional ya no sólo protege a la familia matrimonial, sino a toda clase de familias, como por ejemplo las provenientes de las uniones de hecho, a las monoparentales y a las reconstituídas*”. RODRÍGUEZ, Columba del Carpio. *Princípios del derecho de familia en la constitución peruana*. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares; BASSET, Ursula Cristina *et al.* (coord.). **Família e pessoa: uma questão de princípios**. São Paulo: YK, 2018, p. 273.

⁹⁸ “Art. 332. O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consangüinidade, ou adoção. [...] Art. 337. São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa fé.”

⁹⁹ “Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos.”

¹⁰⁰ Silvio Rodrigues, sobre a questão, afirma o seguinte: “Em matéria de filiação, embora o C.C. trate com menos rigor o filho natural, o faz com grande perversidade em relação ao espúrio, ao proclamar em seu art. 358 que os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos. Ora, como é sabido, o reconhecimento espontâneo ou forçado é que estabelece o parentesco entre o filho ilegítimo e seus pretensos progenitores. Se a lei proíbe o reconhecimento, esse parentesco não se constitui; desse modo e segundo a legislação de 1916, o filho adúltero, por não poder ser reconhecido, não herda de seu progenitor adúltero, não tem direito a alimentos, não está sob o pátrio poder, não tem direito a usar o apelido do pai, enfim, é um estranho em relação ao homem que o engendrou. Repito: o bastardo espúrio é pouco mais que um pária. Inescondível, portanto, a discriminação contra a família nascida fora do casamento”. RODRÍGUEZ, Columba del Carpio. *Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos*. **Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 239-254, 1 jan. 1993.

¹⁰¹ Isso porque o Código Civil promulgado em 2002 teve origem em projeto cuja tramitação iniciou em 1969 e, portanto, continha em si carga moral de época anterior à sua vigência. É bem verdade que o longo processo de tramitação fez modificações decisivas no texto, contudo, algumas disposições cuja atualização se faria necessária foram mantidas. PINHEIRO, Luiz Cláudio. **A história do novo código civil**. Câmara dos

maior atenção aos critérios formal¹⁰² e sanguíneo. Isso é facilmente observável pelo fato de o início da tratativa da questão familiar ser pela apresentação do matrimônio, bem como pela quantidade de dispositivos que tratam do casamento e da filiação biológica.

Ponto fundamental de avanço da codificação civil diz respeito ao reconhecimento da igualdade entre a filiação sanguínea, civil ou aquela decorrente de outra origem¹⁰³, visto que o Código Civil de 2002 não fez previsões que diferenciassem de forma direta e expressa as relações familiares albergadas pelo matrimônio e aquelas decorrentes de relações concubinas¹⁰⁴.

Faz-se importante ressaltar, ainda, que os códigos civis brasileiros não são os únicos que ainda se utilizam predominantemente dos elementos sanguíneo e formal no reconhecimento das relações familiares. Dentre os demais países sul-americanos, por exemplo, destacam-se o Código Civil do Uruguai, que faz de forma expressa previsão diferenciadora entre as filiações¹⁰⁵ decorrentes da consanguinidade ou de outra origem, dando prevalência àquelas; o Código Civil chileno que, de modo similar, diferencia os filhos como “filhos matrimoniais”,

Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/24906-historia-do-novo-codigo-civil/>. Acesso em: 05 fev. 2020.

¹⁰² “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. [...] Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;”

¹⁰³ “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

¹⁰⁴ Faz referência aqui ao concubinato puro, decorrente do estabelecimento de relação amorosa e sexual por pessoas que não contraíram matrimônio. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 17. A legislação utiliza-se do verbete para tratar da relação de convivência contínua entre duas pessoas quando uma delas possui impedimentos matrimoniais (art. 1.727 do CC/02), ou seja, trata de relação adúltera, o que é equivocado, desde que se reconheça válida a definição anteriormente assinalada.

¹⁰⁵ “*De los hijos legítimos 213. Se considerarán legítimos únicamente los hijos que procedan de matrimonio civil y los legitimados adoptivamente. De la legitimación de los hijos naturales 227. Son hijos naturales los nacidos de padres que, en el acto de la concepción, no estaban unidos por matrimonio. [...] 231. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio gozan de los mismos derechos que si hubieran nacido en el matrimonio.*”

“filhos não matrimoniais” e “filhos adotivos”¹⁰⁶; a codificação peruana¹⁰⁷ – na qual a filiação é diferenciada sem a utilização do adjetivo pejorativo “legítimo”, mas, ainda assim, estabelece clara distinção entre os filhos havidos dentro e fora do matrimônio, a determinar, inclusive, que o filho “extramatrimonial” somente pode ser reconhecido por ação judicial; o Código Civil argentino¹⁰⁸, no qual os filhos matrimoniais, extramatrimoniais e adotivos têm os mesmos direitos, mas, ainda assim, se estabelece o discrimine entre as formas de filiação; e a codificação civil colombiana¹⁰⁹, que denominou os filhos de legítimos, legitimados e ilegítimos, realidade que foi sutilmente alterada pela Lei nº 1.060/2006.

No que pertine às definições apresentadas por juristas clássicos brasileiros acerca do fenômeno familiar, observa-se a predominância dos mencionados critérios nas conceituações

¹⁰⁶ “Art. 179. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva. Art. 180. La filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo. Es también filiación matrimonial la del hijo cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas por los medios que este Código establece, o bien se determinen por reconocimiento realizado por ambos padres en el acto del matrimonio o durante su vigencia, en la forma prescrita por el artículo 187. Esta filiación matrimonial aprovechará, en su caso, a la posteridad del hijo fallecido. En los demás casos, la filiación es no matrimonial.”

¹⁰⁷ “Hijo extramatrimonial Artículo 386°.- Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio. Artículo 387°.- Medios probatorios en filiación extramatrimonial¹⁶³ El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.”

¹⁰⁸ “Art. 240. La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este código”.

¹⁰⁹ **DE LOS HIJOS LEGITIMOS CONCEBIDOS EN MATRIMONIO** [...] ARTICULO 213. PRESUNCION DE LEGITIMIDAD. Modificado por el art. 1, Ley 1060 de 2006. El nuevo texto es el siguiente: El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad. Texto original ARTICULO 213. El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo. **DE LOS HIJOS LEGITIMADOS** ARTICULO 236. HIJOS LEGITIMOS. Son también hijos legítimos los concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que van a expresarse. ARTICULO 237. LEGITIMACION DE DERECHO. Modificado art. 22, Ley 1 de 1976. El nuevo texto es el siguiente: El matrimonio posterior legitima ipso jure a los hijos concebidos antes y nacidos en él. El marido, con todo, podrá reclamar contra la legitimidad del hijo que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si prueba que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la madre, durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepción según las reglas legales.”

clássicas de San Thiago Dantas¹¹⁰, Caio Mário da Silva Pereira¹¹¹, bem como nas definições de Maria Helena Diniz¹¹² e Washington de Barros Monteiro¹¹³, por exemplo.

As questões que se levantam frente ao uso desses elementos são as seguintes: a formação familiar depende necessariamente da contração do matrimônio e das relações biológicas para existir de fato? A existir no campo fático sem o adimplemento dos requisitos elementares estabelecidos pelo critério orgânico, pode esta família deixar de ser reconhecida juridicamente?

Aqueles que se utilizam apenas dos elementos formal e biológico para definição da família e dar-lhe o reconhecimento e a tutela jurídica devida partem do equivocado pressuposto de que estes são os únicos elementos ou caracteres que devem ser levados em consideração para a definição dessas relações e, por conseguinte, da entidade familiar.

Outrossim, a realidade fática verificável é diametralmente oposta ao adimplemento invariável e inafastável dos pressupostos sobreditos. Apenas para mencionar alguns exemplos, existem entidades familiares formadas por um dos ascendentes e sua prole – sem que haja necessariamente a contração de matrimônio anterior –, além disso, existem famílias formadas por pessoas que já foram casadas e possuem filhos com seus ex-cônjuges ou companheiras e unem-se todos no seio de novo ambiente familiar. Há ainda aquelas famílias compostas por casais ou pares que não possuem o interesse e a vontade de atrelarem a si outras pessoas na

¹¹⁰ Nas palavras do autor, “pode-se dizer que a família tem a sua formação natural no par andrógino. É a união sexual entre o homem e a mulher que leva à constituição da família, pouco importando que esta união seja perraante ou passageira, que se faça com uma ou com muitas mulheres, com um ou com muitos homens. A união sexual é o fundamento da constituição do grupo familiar, grupo esse que, logo a seguir, se integra com novos elementos procriados por essa união, de modo que o grupo sexual primitivo e os filhos que dele resultam constituem a família na sua estrutura mais simples, naquilo que ela tem de mais fundamental”. DANTAS, San Thiago. **Direitos de família e das sucessões**. 2. ed. revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 04.

¹¹¹ “Ao conceituar a “família”, destaque-se a diversificação. Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta--se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família** – revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. V, p. 24.

¹¹² “Na significação restrita é a família o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole, e entidade familiar a comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, §3º e 4º da Constituição Federal [...]”. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 25.

¹¹³ “Num sentido restrito, o vocábulo [família] abrange tão somente o casal e a prole. Num sentido mais largo, cinge o vocábulo a todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cujo alcance é ora mais dilatado, ora mais circunscrito, segundo o critério de cada legislação. E, em sentido mais amplo, surgem os elos socioafetivos, ao lado dos vínculos de sangue, como determinantes da existência de relação familiar”. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.2, p. 17.

condição de descendentes, seja pelo método sexual ou pela inseminação artificial, ou que não possuem o interesse de contrair matrimônio entre si.

Existe, ainda, a possibilidade de famílias formadas por dois irmãos sem a existência da figura paterna ou materna a exercer sobre eles o poder familiar, bem como se verifica possíveis relações familiares de fato em que duas pessoas se associam, apenas e exclusivamente, com o intuito de exercerem a paternidade e a maternidade de outrem, sem jamais e em tempo algum relacionarem-se amorosamente¹¹⁴.

Vê-se que a diversidade familiar é inata à própria existência da instituição, situação esta que Radcliffe-Brown havia verificado quando da realização de suas pesquisas antropológicas em diversas partes do mundo e com diferentes tipos de comunidades primitivas. Para o referido autor, um sistema de parentesco tribal é formado por grupos sociais definidos que se chama família doméstica, em que se verifica a existência de coabitação e o exercício de serviços domésticos coletivos, cujas entidades sociais, continua o autor, se apresentam em variedade de formas, tamanho e modo de vida comum¹¹⁵.

Essa multiplicidade de relações familiares foi observada, também, por outros autores da Antropologia Social em relação às sociedades primitivas que conheceram e compararam seu modo de vida. Dentre os autores que fizeram a mesma constatação que Radcliffe-Brown, destaca-se Bronislaw Malinowski, para quem se apresenta como fato incontestado que a família não é a mesma em todas as sociedades humanas e sequer possui a mesma constituição numa mesma sociedade¹¹⁶.

Dessa forma, a variedade de modelos familiares que se observa no Brasil não se apresenta como novidade histórica ou cultural, mas decorre da própria lógica da convivência humana que se adapta ao tempo e ao espaço, bem como às necessidades existentes em dado momento¹¹⁷. As possibilidades de formações familiares acima descritas se apresentam como

¹¹⁴ Fala-se aqui da família coparental que será mais bem detalhada nas segunda e quarta seções do presente estudo.

¹¹⁵ RADCLIFF-BROWN, A.R. **Estrutura e função social na sociedade primitiva**. Trad. de Nathanael C. Caixeiro. 2. ed. Petrópolis: Rio de Janeiro: Vozes, 2013, p. 52.

¹¹⁶ MALINOWSKI, Bronislaw. **Sexo e repressão na sociedade selvagem**. Trad. de Francisco M. Guimarães. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 16.

¹¹⁷ Sobre a multiplicidade de formas de convívio familiar Eunice Ribeiro Durham assevera o seguinte: “qualquer recenseamento de população em nossa sociedade revelará necessariamente que, na composição das unidades domésticas, as exceções [à família nuclear] podem ser quase tão numerosas quanto os casos que obedecem ao modelo de família vigente. Essas exceções podem ser de muitos tipos. [...] Temos também os casos em que o grupo familiar é menor que a família nuclear: casais sem filhos, por exemplo, irmãos solteiros sem pais. Mas o caso mais comum de família assim incompleta é formado pelas famílias matrifocais, isto é, aquelas formadas basicamente por mães e filhos nas quais a presença de um cônjuge tende a ser temporária e instável.

algumas daquelas que existem de fato – ainda que não se possa delimitar a sua quantidade em números – e, em razão de suas ocorrências, afastam o paradigma familiar construído com base única e exclusivamente nos elementos formal e biológico.

É preciso, portanto, ir além dos elementos mencionados e procurar analisar e compreender a família sob outros aspectos, sob pena de que se tenha cisão total entre a entidade familiar tutelada pelo direito e aquela que se verifica na realidade fática. Isso porque os elementos formal e biológico não são capazes de englobar todas as modalidades de família que surgem ao longo das décadas e que encontram alicerce nas mais variadas questões sociais, desde o reconhecimento de direitos femininos, intra e extramuros da organização familiar, passam pelo estabelecimento do divórcio direto e alcançam a disseminação das relações homoafetivas e multiafetivas em território brasileiro.

Para ir além, faz-se necessário e oportuno retomar, ainda que brevemente, a discussão sobre a função da família na sociedade para que se verifique a possibilidade de construir entendimento, definição de família pautada em seu aspecto funcional, a destacar os elementos da instrumentalidade das relações familiares para o indivíduo e a sociedade e a observar a família como o *locus* de desenvolvimento do indivíduo, cujo objetivo é prepará-lo para a convivência no grupo social alargado.

1.4 Históricas funções da família e sua manutenção na pós-modernidade

Como visto em momento pretérito, a família surgiu com funções delimitadas, dentre as quais se pode destacar, como a mais importante, o estabelecimento de responsabilidade individualizada dos mais velhos em relação aos mais novos que deles provieram, a quem cabia os deveres de sustento, de proteção e do desenvolvimento dos conhecimentos necessários para a manutenção das atividades laborais recém-implementadas.

Desse modo, entende-se necessário apresentar algumas das funções sociais que a entidade familiar desempenhou ao longo do seu desenvolvimento, seguida da análise acerca da permanência ou não de tais funções e a forma como elas se caracterizam na pós-modernidade, na busca de demonstrar que as funções da família antiga mantiveram-se e se mantêm presentes nas comunidades familiares atuais, ainda que estas não atendam ao critério orgânico-formal de sua composição, bem como demonstrar que a elas juntaram-se outras

DURHAM, Eunice Ribeiro. Família e casamento. **Anais do III Encontro Nacional de Estudos Populacionais**. Disponível em: <http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/214>. Acesso em: 20 jan. 2020.

funções que, hodiernamente, mostram-se tão relevantes quanto às historicamente reconhecidas.

1.4.1 A família como instrumento de sobrevivência pessoal

Pode-se destacar como primeiro elemento do caráter funcional da família a sua essencialidade para a manutenção da vida dos seus membros. Análise histórico-antropológica demonstra essa afirmação de forma mais contundente. Conforme observado por Bronislaw Malinowski¹¹⁸ e Claude Lévi-Strauss¹¹⁹, a divisão do trabalho social – que Durkheim aponta ser mais bem demonstrada nas sociedades complexas – parece ter existido desde o início da convivência social humana. Os mencionados autores verificaram a ocorrência de fato que comprova tal assertiva, em comunidades indígenas existentes no Brasil.

Na oportunidade de visitação e convivência com os índios hotentote, fora verificada a existência de homem adulto que não possuía esposa e, como consequência, não tinha para si uma rede para dormir ou sequer local delimitado para descanso dentro da Oca central¹²⁰. Ademais, como era solitário, comia apenas o produto de sua caça, já que a ausência de esposa determinava também a inexistência de cultivo de alimentos agrícolas próprios. Como não havia produção pessoal, o objeto de análise também não tinha direito à produção de produtos agrícolas cultivado por suas irmãs, mãe, ou outras mulheres da tribo, salvo nas oportunidades em que elas, por caridade, doavam alimento.

Além da questão alimentar e da falta de espaço na Oca comum, este homem também não tinha o direito de participar das atividades tribais de forma contínua como os outros membros da tribo. Isso porque, ao que tudo indica, sua existência não era convertida em contribuição ativa à tribo a que pertencia e, desse modo, sua atuação era praticamente anulada, já que não havia, de sua parte, o exercício do direito/dever de reciprocidade¹²¹, que é a base de relacionamento tribal não só de grupo indígena brasileiro, mas das comunidades primitivas de modo geral¹²².

¹¹⁸ MALINOWSKI, Bronislaw. **Sexo e repressão na sociedade selvagem**. Trad. de Francisco M. Guimarães. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

¹¹⁹ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

¹²⁰ *Ibid.*, 2012, p. 77-78.

¹²¹ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

¹²² *Ibid.*, 2012.

Percebe-se, no caso exposto, que a formação da família é de fundamental importância para a manutenção do indivíduo, seja por que ele não pode desenvolver todas as atividades necessárias para sua subsistência – em razão de falta de conhecimento ou inabilidade para a prática de atos pertencentes prioritariamente às mulheres, sobretudo a agricultura –, seja porque a não contratação de matrimônio representava a ausência de contribuição para a pacificação social daquela comunidade e que acarretava, como reprimenda social, o alijamento quase que integral do indivíduo à convivência no seio da tribo, fazendo-o depender da boa vontade de suas parentes, como irmãs, cunhadas, entre outras.

Desse modo, e com base na experiência relatada pelos antropólogos sociais retromencionados, pode-se afirmar que a formação da família elementar teve para o ser humano primitivo a função precípua instrumental de mantê-lo vivo após a revolução neolítica. O homem dependia da mulher para o plantio, e esta, por outro lado, dependia do homem para a caça. Aquele dependia de sua esposa para o cuidado com os descendentes, e esta, em contrapartida, dependia do homem para a proteção. Ao exercer funções delimitadas, os membros da família criavam certo ciclo de solidariedade que era, posteriormente, excedido para os outros membros da comunidade.

É possível afirmar, também, que o aspecto organizacional da família, no que pertine à manutenção de vida de seus membros, era de extrema importância para as comunidades primitivas¹²³. Explica-se. Se homens e mulheres desempenhavam papéis diferentes, ao unirem-se por meio do matrimônio compunham uma sociedade elementar completa, pois que as atividades de um somavam-se às atividades realizadas pelo outro, conforme apontado por Durkheim em sua teoria da divisão do trabalho social.

Em que pese Durkheim entendesse que a divisão do trabalho social não existia nas comunidades humanas primeiras¹²⁴, da forma como concebida e aplicada nas sociedades modernas – tendo em vista que nas sociedades primitivas não havia consideráveis distinções

¹²³ Isso, entretanto, é preciso que se diga, não afasta a necessidade aventada na subseção anterior no sentido de proceder à análise das relações familiares sob a ótica de sua funcionalidade. Não se pretende excluir a lógica organizacional da família, posto que as relações sociais, todas elas, se organizam de algum modo. O que se pretende é demonstrar que o modelo organizações secular não é o único possível social e juridicamente.

¹²⁴ Ainda sobre esse aspecto, é preciso destacar que Durkheim, tal qual fizera Radcliffe-Brown, em momento posterior, se mostrou contrário à possibilidade de construção de um raciocínio científico acerca formação da família baseado em conjecturas, por entenderem que não existem dados cientificamente testados ou que possam ser submetidos à metodologia científica para sua fiel verificação. A contrário senso, o argumento do autor se mostra contraposto ao seu entendimento acerca da igualdade entre homem e mulher os aspectos físicos, intelectuais e psíquicos. Isso porque, não se existem dados que permitam afirmar-se, peremptoriamente, que houve um tempo em que os humanoides eram iguais nos aspectos mencionados e, por consequência, a divisão social não existiu.

físicas, psíquicas e intelectuais entre homens e mulheres –, o exemplo supramencionado demonstra o oposto, ou seja, coloca a divisão social do trabalho como baliza que permite a manutenção da vida do indivíduo.

Acerca do aspecto suscitado, é preciso que se diga, ainda, que a divisão das atividades morais e sociais parece decorrer da necessidade humana e do costume que se desenvolve em razão do atendimento a tais necessidades, assim é que a propensão da mulher para as artes e o belo, como a tendência do homem para a caça e para a guerra são meramente causais. Ora, ao se assumir a teoria de Durkheim como verdadeira, no aspecto de igualdade entre homens e mulheres primitivos, o fato de os homens terem desenvolvido suas habilidades para coisas diferentes daquelas das mulheres não fora premeditado, mas construído unicamente pela repetição e, portanto, poderia ter se dado de modo inverso.

De outro lado, se levar em consideração a teoria da promiscuidade – ainda que se admita não haverem elementos científicos concretos que possibilitem asseverar a sua existência em dado momento da sociedade –, a vinculação estrita entre mãe e filho¹²⁵ – decorrente do nascimento e dos laços relacionais que os ligam – nas sociedades primitivas permitiu que o homem saísse da tribo para desenvolver os trabalhos externos enquanto reteve as mulheres na tribo, a fim de que os seus descendentes recebessem os cuidados devidos.

A segunda possibilidade, além de mais provável, representa resposta mais segura para demonstrar os motivos que fizeram com que os sexos se desenvolvessem melhor para atividades diversas e, além disso, explica as razões pelas quais, hodiernamente, as atividades entre os sexos têm se aproximado novamente, conforme se pretende demonstrar em momento oportuno.

Faz-se imperioso pontuar que, em que pese a situação instrumental da família na manutenção dos indivíduos a ela pertencentes parecer não ter espaço hodiernamente, o que se verifica de fato, em verdade, é o oposto. Não se pretende defender a divisão estanque do trabalho social e das atividades realizadas por homens e mulheres, pois que é notório que os papéis desempenhados pelos sexos são cada vez mais próximos e similares, com algumas exceções.

¹²⁵ Tal circunstância foi verificada e acentuada por MALINOWSKI, Bronislaw. **Sexo e repressão na sociedade selvagem**. Trad. de Francisco M. Guimarães. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 24.

Entretanto, ainda hoje se verifica na camada mais populosa da sociedade, sobretudo de países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, que a união de esforços se faz necessária para a manutenção dos requisitos mínimos materiais de subsistência do agrupamento familiar.

Explica-se. Ao se levar em consideração a distribuição de riqueza desigual, é preciso que um grupo de pessoas – a família – tenha todos, ou a maioria dos seus membros, a exercer labor assalariado a fim de permitir que os membros daquele grupo familiar tenham o mínimo de alimento, de produto de higiene, de material escolar etc. para sua manutenção e pleno desenvolvimento¹²⁶. Em outras palavras, o instituto social a que se designa família continua sendo imprescindível para a sobrevivência dos indivíduos que a compõem, mesmo sem que se verifique, concretamente, a divisão social do trabalho de outrora.

É possível dar exemplo em números para que a questão se comprove. O salário mínimo vigente no país é de R\$ 1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais)¹²⁷, e em que pese o referido salário básico seja devido pelo serviço individual prestado por alguém, ele é destinado à subsistência da pessoa e da família de quem o recebe, ou seja, mesmo havendo esse esforço individual, a distribuição da renda é coletivizada.

A última pesquisa sobre o valor da cesta básica realizada pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE demonstrou que o conjunto de itens essenciais para a manutenção da vida humana de família composta por quatro pessoas com o mínimo de dignidade circula ao redor de R\$ 4.347,61 (quatro mil, trezentos e quarenta e sete reais e sessenta e um centavos)¹²⁸. Disso resulta que dada entidade familiar com quatro integrantes, mãe e três filhos, por exemplo, depende da mão de obra assalariada de todos os componentes para garantir a subsistência do grupo familiar, ao se partir do pressuposto de que cada um receberia um salário mínimo vigente.

¹²⁶ Tal entendimento fora expressamente apresentado pelo legislador ordinário quando da formulação da Lei n.º 10.836/2004, em que o vocábulo família fora definido como “a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco ou de afinidade, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e que se mantém pela contribuição de seus membros”. BRASIL. **Lei n.º 10.836/2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.836.htm. Acesso em: 15 fev. 2019.

¹²⁷ Conforme estabeleceu a Medida Provisória n.º 919/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv919.htm#art2. Acesso em: 30 jan. 2020.

¹²⁸ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html#2019>. Acesso em: 12 dez. 2019.

Além desse aspecto financeiro que se assemelha, observadas as devidas proporções, à questão da sobrevivência tida nas tribos primitivas anteriormente delineadas, tem-se, ainda, o fato facilmente observável da necessidade de amparo e proteção que os recém-nascidos e as crianças precisam para se manterem limpas, saudáveis e, em último caso, vivas. Esse aspecto será mais bem analisado quando se tratar da família como *locus* propício à proteção de seus componentes.

Antes disso, entretanto, faz-se importante persistir na análise da família com base na sua função instrumental, e se pretende fazê-lo ao assinalar os elementos sociais verificados nas comunidades primitivas que permitem verificar que a família, além de imprescindível para a manutenção da vida do indivíduo no ontem e no hoje, é também fundamental para a sustentação da própria ideia de sociedade.

1.4.2 A família como sustentáculo social

Viu-se que a família, como sociedade primeira em que o homem está inserido, teve a função primordial de permitir a manutenção da vida dos indivíduos que a compõem, sobretudo depois que a sociedade antes “integralmente comunista”¹²⁹ passou a desenvolver-se de modo a delimitar as propriedades individuais. Mas esse não foi o único aspecto em relação ao qual a família demonstrou ser instrumento vital, visto que o grupamento familiar também se mostrou, e ainda se mostra, responsável pela manutenção da comunidade inteira a que está vinculada.

Destacou-se, anteriormente, que o assentamento das sociedades nômades permitiu que houvesse o aumento populacional do grupo, tendo em vista que já não se mostrava mais necessário manter-se em movimento. Disso decorreu a necessidade constante de aumento do território ocupado, pois que cada grupo familiar precisaria possuir espaço de terra suficiente para produzir o alimento a ser consumido pelos grupamentos familiares e pela comunidade de modo geral ou que seria objeto de escambo com outros grupos elementares ou sociais.

O aumento geográfico de tais comunidades fez com que os conflitos, que tinham como objeto propagador a caça ou os bens colhíveis, passassem a ter outro objeto propulsor: a propriedade e a produção dela proveniente. Assim, aquelas tribos que passaram a adotar o comportamento sedentário começaram a se preocupar com questões relacionadas à proteção

¹²⁹ Quer-se com isso dizer que a característica comunista integrava atuação social das comunidades nômades tanto nos aspectos patrimoniais, com exceções já ressaltadas, como no aspecto de relação interpessoal, conforme já delimitado anteriormente.

frente a outras tribos, nômades ou não, de seus territórios e sua produção, a fim de que não houvesse perda de mão de obra, de bens ou de território.

No intuito de evitar tais ocorrências e aproximar as tribos vizinhas, passou-se a adotar os casamentos intertribais como uma das formas de integração e pacificação das tribos. Tal metodologia permitiu que houvesse maior pacificação social entre as tribos circunvizinhas, além de aumentar o poderio armado e produtivo das comunidades que, por meio do matrimônio dos seus membros, tornavam-se tribos irmãs. Diversos exemplos dessas práticas foram verificados em diferentes localidades, dentre as quais se podem destacar países africanos, a Austrália – à época das descobertas antropológicas ainda dividida entre oriental, meridional e ocidental –, a China e o Brasil, dentre outros povos que se utilizavam do mecanismo mencionado para a pacificação das comunidades que viviam em mesmo território.

Em palestra sobre “Parentesco por Brincadeira”, Radcliffe-Brown¹³⁰ ressaltou que a contração de matrimônio por pessoas de tribos distintas permitia que os parentes de um e de outro cônjuge vivessem a animosidade naturalmente existente entre eles por meio de brincadeiras degradantes que eram praticadas reciprocamente e que deviam ser suportadas por ambos os lados. Tais “brincadeiras”, segundo pontua o mencionado autor, chegavam ao extremo de ataques físicos e verbais, os quais somente podiam ser respondidos por meio de outra forma jocosa de tratamento.

Desse modo, em que pese o casamento tenha significativa importância para a pacificação social de então, pode-se afirmar que a relação matrimonial era apenas a porta de entrada para a construção de relações familiares mais sólidas entre os integrantes de cada uma das tribos que dispuseram de integrante para a formação do casal. A aproximação gerada entre as tribos era tão concreta e extensa que nem mesmo o divórcio dos cônjuges, em muitos casos verificados, era capaz de dissolver a relação de reciprocidade estabelecida.

Desse modo, é possível asseverar que a manutenção da sociedade tribal está diretamente vinculada à existência das relações familiares decorrentes das trocas de membros tribais ocasionadas pelo matrimônio e dos laços de reciprocidade formados entre seus integrantes em razão do relacionamento por eles experienciado em decorrência do casamento. Não se pretende asseverar que esse foi o único método de coesão relacional entre as tribos, haja vista

¹³⁰ RADCLIFFE-BROWN. **Estrutura e função social na sociedade primitiva**. Trad. de Nathanael C. Caixeiro. 2. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2013, p. 85 e ss.

ser provável que o comércio, as relações religiosas e a guerra tenham sido também de grande valia para a formação do vínculo de reciprocidade estabelecido entre elas.

Em que pese a existência de outros elementos responsáveis pela concretização do estado de sociedade e da coesão convivencial que nele se desenvolveu e se verifica até hoje, a família parece mesmo ter sido o primeiro e o mais importante desses elementos. Sobre a importância da família na formação do ambiente social, Bronislaw Malinowski assevera que a noção de sociabilidade no homem decorreu dos laços familiares por ele estabelecidos de forma pretérita à conformação social¹³¹, a mostrar-se assim contrário à ideia de que a noção de família tenha decorrido, para o homem, de forma direta do comportamento social de seu ancestral simiesco.

O autor afasta-se do argumento relativo à transmissão da noção de sociabilidade dos símios que vieram antes dos homens em razão de reconhecer neles apenas os instintos que impulsionam o animal à ação, enquanto no homem se verifica a fusão do instinto ao sentimento¹³², ainda que rudimentar, e a atuação dele no convívio social passa a se dar de modo diferente ao que se verifica em seu ancestral símio, visto que há no homem, desse modo, a possibilidade de escolha.

Faz-se importante mencionar, mais uma vez, que o casamento não era o único modo de estabelecimento de relações de parentesco nas sociedades primitivas, em que pese o vínculo decorrente de outro meio que não o casamento não seja designado como relação familiar propriamente dita¹³³. Exemplo disso é fornecido por Radcliffe-Brown, que verificou em comunidade australiana a existência de ritual em que os membros de tribos distintas firmavam sua relação de parentesco e, por conseguinte, estabeleciam o vínculo de reciprocidade inerente a tais relações – tal como se tem nas relações familiares e nas relações intertribais decorrentes do casamento – pela simples troca de seus cordões umbilicais. Assim estabeleciam ligação moral contínua, ainda que jamais voltassem a se ver novamente¹³⁴.

De retorno ao argumento da família como sustentáculo da sociedade, é possível afirmar que, se nas comunidades primitivas a instituição tinha a precípua função de pacificação social direta, decorrente da união de diferentes tribos em derredor do matrimônio de seus membros a

¹³¹ MALINOWSKI, Bronislaw. **Sexo e repressão na sociedade selvagem**. Trad. de Francisco M. Guimarães. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 122-126.

¹³² *Ibid.*, 2013.

¹³³ Nesse caso porque a análise da relação de parentesco fora feita por Radcliffe-Brown que entende a relação familiar como aquela formada pelos sujeitos elementares (Mãe, Pai e Filhos) designando todas as outras relações como relações de parentesco *lato senso*, conforme pontuado em momento pretérito.

¹³⁴ RADCLIFFE-BROWN. **Estrutura e função social na sociedade primitiva**. Trad. de Nathanael C. Caixeiro. 2. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2013, p. 95.

ocasionar o alargamento e o fortalecimento das comunidades em razão do matrimônio realizado, como consequência propiciava às comunidades afetadas maiores possibilidades de manutenção de sua existência.

Além disso, a formação de casais permitia que se multiplicassem, ao menos potencialmente, o número de membros de determinada comunidade tribal, já que por meio do casamento estabelecia-se a procriação de novos indivíduos e o aumento do quantitativo de pessoas em determinada comunidade fazia aumentar também suas chances de progredir, já que aumentava o número de trabalhadores, guerreiros etc.

Hodiernamente, a família segue como base de sustentação da sociedade e do Estado, só que com outro viés. Se a pacificação social não depende diretamente da contração do matrimônio e da formação de entidades familiares, indiretamente a forma pela qual a família influencia e auxilia na formação de seus membros é assaz importante para a construção de uma sociedade pacífica, plural e acolhedora das diferenças.

A importância da família se faz, portanto, na socialização do indivíduo¹³⁵. Isso decorreu do processo gradual de personalização da família, não no sentido de concessão de personalidade jurídica à entidade familiar, mas no sentido de que esta passou a se deslocar de sua posição meramente social para ocupar lugar de intimidade e exercício da individualidade pelo ser humano¹³⁶.

Sobre o conceito de socialização, Jerusa Vieira Gomes assevera tratar-se de processo por meio do qual se transforma o ser biológico em ser social típico¹³⁷, bem como aponta para a primordial participação da família em tal processo, pois que é esse grupo de pessoas que realizará a inserção do indivíduo no meio social e transmitirá as estruturas básicas da personalidade e da identidade¹³⁸, o que só foi possível pela referida transposição da família do meio social para o seio da individualidade comunitária, o que aproximou seus integrantes e fez com que os laços, sobretudo de afeto, existentes entre eles, se fortalecessem.

¹³⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Novas modalidades de família na pós-modernidade. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

¹³⁶ AIREZ, Phellipe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p. 273.

¹³⁷ GOMES, Jerusa Vieira. Família e socialização. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 3, n. 1-2, p. 93-105, 1 jan. 1992, p. 96.

¹³⁸ GOMES, Jerusa Vieira. Família e socialização. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 3, n. 1-2, p. 93-105, 1 jan. 1992, p. 96. No mesmo sentido tem-se SARTI, Cynthia Andersen. A família como ordem simbólica. **Psicol. USP**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 11-28, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-656420040. Acesso em: 11 mar. 2019.

Desse modo, a família auxilia na sustentação social, que significa a manutenção da vida em sociedade, ao contribuir na formação do indivíduo que atuará no ambiente diversificado, líquido e a cada dia mais transformado de convivência social. Isso porque a simples multiplicação da espécie sem a concessão aos novos integrantes das capacidades necessárias para desenvolverem suas habilidades sociais, não tem o condão de manter a convivência social, mas de criar espécie de anarquia que a destruirá.

De modo similar, a mera valorização do conceito formal de família e dos objetivos econômicos que a fundaram há longínquos milhares de anos não se mostra mais suficiente para manter a sociedade em pleno desenvolvimento. Progresso este que está cada vez mais atrelado à atenção que se dá ao indivíduo, conforme referido neste capítulo e que será apresentado de forma mais sólida nos capítulos seguintes da presente pesquisa.

Esse importante trabalho¹³⁹ da sociedade familiar de preparação do indivíduo para o convívio social é, portanto, a contribuição da referida entidade ao meio social e, por isso mesmo, perfaz-se em uma das suas – e talvez a mais importante – função social da família na pós-modernidade. Isso porque a defesa do indivíduo, a educação formal das pessoas – sobretudo de crianças¹⁴⁰ –, a religiosidade e outras características que pertenceram prioritariamente à família hoje são desenvolvidas por outras entidades, como o Estado e a Igreja, respectivamente no que diz respeito às funções supramencionadas.

É notável, portanto, a importância que os núcleos familiares exercem na sustentação da vida comunitária, visto que é da família que o indivíduo sorve seus exemplos comportamentais e apreende o modo de convivência com as demais pessoas que estão ao seu redor¹⁴¹, pois que a família é a primeira responsável pela transmissão de valores culturais, conforme se demonstrará no item seguinte.

¹³⁹ RAMOS, Danielle Marques dos; NASCIMENTO, Virgílio Gomes do. A família como instituição moderna. **Fractal, Rev. Psicol.**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 461-472, dez. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-02922008000200012&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 fev. 2020.

¹⁴⁰ AIRÈS, Phellipe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p. 229.

¹⁴¹ BAPTISTA, Makilim Nunes; CARDOSO, Hugo Ferrari *et al.* Intergeracionalidade familiar. In: BAPTISTA, Makilim Nunes; TEODORO, Maycon L. M. (coord.). **Psicologia de família: teoria, avaliação e intervenção**. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 16-17.

1.4.3 A família como instrumento de transmissão da cultura

Viu-se que, seja por meio do estabelecimento dos vínculos familiares ou pela prática de outra ritualística determinada, os grupos tribais e os vários nichos sociais de uma mesma tribo associam-se de forma perene. Essas relações têm como pano de fundo a ideia de reciprocidade tratada anteriormente na presente pesquisa, ou seja, as pessoas pertencentes à mesma tribo ou a tribos distintas associam-se de forma quase inquebrantável com o objetivo claro de criar ou fortalecer as relações de reciprocidade, por ventura, existentes, e com isso adquirir as benesses de tal relacionamento – algumas mencionadas anteriormente.

Pode-se afirmar, portanto, que a reciprocidade é a base das relações sociais nos vários segmentos possíveis, desde as relações parentais até as intertribais, a consubstanciar-se em fator determinante da cultura de diversos povos primitivos e, exatamente por isso, é que a família tinha como objetivo e função propagar e disseminar o comportamento que conduz à reciprocidade e que dela provém, de modo a fazer desse valor o sustentáculo das relações sociais e da família o seu baluarte principal.

Tomam-se as relações primitivas e a reciprocidade como exemplo da função familiar de manutenção, difusão e, em certos momentos, transformação da cultura porque, ante uma sociedade simples, o reconhecimento dos principais valores e a forma pela qual esses valores são transmitidos para as demais gerações apresentam-se menos complexos em razão do menor ruído que outros fatores, valores e comportamentos podem causar àquele que se pretende analisar.

É oportuno lembrar, entretanto, que o comportamento dos indivíduos em sociedades primitivas até o processo de internalização das relações familiares – anteriormente citado – tinha o cunho e o objetivo de atender aos preceitos sociais acima dos interesses individuais daqueles que compunham o seio familiar. A entidade social de que se fala era, portanto, considerada em si mesma, restando aos seus integrantes o papel de meros elementos formadores, não havendo destaque para o indivíduo, mas apenas à família, à tribo, à sociedade e ao Estado, ou seja, apenas às coletividades. O ser humano era, desse modo, considerado meio e não fim em si mesmo.

Outrossim, tanto no primeiro momento quanto no seguinte, as relações familiares foram e são responsáveis pela transmissão de valores, frustrações, expectativas, comportamentos e capacidades de resolução de problemas. Isso se dá por meio da dinâmica intergeracional que

se caracteriza pela transmissão informal de padrões de comportamentos que são assimilados e reproduzidos geração após geração dentro de certa comunidade familiar¹⁴² e que geram o sentido de coesão de tal grupamento¹⁴³.

Oportuno pontuar, quanto à temática da transmissibilidade intergeracional de comportamentos, que não há vinculação expressa à necessidade de relação biológica entre as pessoas que participam deste processo contínuo¹⁴⁴, havendo apenas a necessidade de convivência com aqueles que estão em posição de transmissão das informações comportamentais e os receptores de tais formas de agir¹⁴⁵.

Conforme menciona Cynthia Andersen Sarti, ancorada na produção acadêmica de Lévi-Strauss, parentesco e família são coisas distintas. O primeiro é estrutura formal que se estabelece pelo liame biológico e em decorrência da contração do matrimônio. O segundo, entretanto, representa grupo social concreto, palpável, que tem sua construção decorrente da aliança formada entre grupos parentais – do ponto de vista antropológico – em decorrência do sentimento de fraternidade que se construía através da troca de mulheres entre grupos¹⁴⁶. Nos dias atuais, a mencionada fraternidade pode se traduzir na solidariedade familiar e na afetividade que permeia as relações familiares, com as características apontadas anteriormente.

O intercâmbio responsável pela culturalização do indivíduo pressupõe a constante troca de informações entre ele e o grupo familiar e, do mesmo modo, depende das interações desta célula social com a sociedade genericamente considerada. Assim, cada um dos indivíduos

¹⁴²BAPTISTA, Makilim Nunes *et al.* Intergeracionalidade familiar. *In*: BAPTISTA, Makilim Nunes; TEODORO, Maycoln L. M. (org.). **Psicologia de família: teoria, avaliação e intervenção**. Porto Alegre: Artmed, 2012. p. 16-26, p. 17-18.

¹⁴³ A transmissão intergeracional permite continuar a identidade de uma família através de um legado estruturante de rituais e mitos, por exemplo. O processo de transmissão é importante para o universo grupal, porque é uma função de base na construção de uma identidade grupal, assim como permeia a construção da subjetividade dos membros do grupo. LISBOA, Aline Vilhena; FERES-CARNEIRO, Terezinha; JABLONSKI, Bernardo. Transmissão intergeracional da cultura: um estudo sobre uma família mineira. **Psicol. estud.**, Maringá, v. 12, n. 1, p. 51-59, abr. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-7372200700. Acesso em: 11 fev. 2020.

¹⁴⁴ FINAMORI, Sabrina. Cuidado e consanguinidade na atribuição de responsabilidades intergeracionais. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 18, p. 243-263, dez. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-335220150103-3352201. Acesso em: 10 fev. 2020.

¹⁴⁵ Em sentido contrário ao que se expõe, Vera Sílvia Raad Bussab defende entendimento relacionado à necessidade de vinculação biológica na formação do sentimento familiar e na transmissão de valores. BUSSAB, Vera Sílvia Raad. A família humana vista da perspectiva etológica: natureza ou cultura? **Interação em Psicologia**, Curitiba, v. 4, dez. 2000. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/psicologia/article/view/3322/2666>. Acesso em: 11 fev. 2020.

¹⁴⁶ SARTI, Cynthia Andersen. Contribuições da antropologia para o estudo da família. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 3, n. 1-2, p. 69-76, 1 jan. 1992.

influencia os outros e a família, tanto quanto esta é influenciada por outros agrupamentos familiares e pelo conjunto social como todo¹⁴⁷.

Desse modo, a importância dada à família¹⁴⁸ no processo de culturalização do indivíduo promana do sentimento que envolve os membros da entidade familiar em torno do ideário comum de pertencimento, de identidade e de solidariedade que os aproxima, de forma tal que é possível construir ambiente de aprendizado emocional e social ímpar¹⁴⁹.

Isso não significa dizer, entretanto, que o sentimento de coesão familiar não permite o surgimento de elementos divergentes dos valores e entendimentos sedimentados naquele seio convivencial, quer dizer apenas que, mesmo ante a verificação e manutenção de modelos comportamentais divergentes, mantém-se a coesão familiar¹⁵⁰, pois que essa não depende do processo de culturalização, mas o inverso.

A despeito da existência do referido intercâmbio entre pessoas e entidades familiares, do ponto de vista intrafamiliar parece correto afirmar que a influência cultural dos pais, e depois da família¹⁵¹, prevalece sobre as possíveis influências de comportamento que a criança pode causar em relação aos seus ascendentes e à comunidade familiar a que pertence. É que aqueles se mostram física e emocionalmente formados, enquanto o recém-nascido ou a criança se apresenta à família como página em branco, pronta para a absorção do conhecimento necessário para viver¹⁵².

¹⁴⁷LISBOA, Aline Vilhena; FERES-CARNEIRO, Terezinha; JABLONSKI, Bernardo. Transmissão intergeracional da cultura: um estudo sobre uma família mineira. **Psicol. estud.**, Maringá, v. 12, n. 1, p. 51-59, abr. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722007000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 fev. 2020.

¹⁴⁸ Sobre a importância da família na transmissão de valores culturais Jaques Lacan assevera que “Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a preservação dos ritos, e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio lhe são disputadas por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua justamente chamada materna. Por isso ela preside aos processos fundamentais do desenvolvimento psíquico, a esta organização das emoções segundo tipos condicionados pelo ambiente, que é a base dos sentimentos segundo SHAND; duma maneira mais lata, ela transmite estruturas de comportamento e de representação cujo jogo ultrapassa os limites da consciência”. SHAND, Alexander. **Complexos familiares na formação do indivíduo**: ensaio de análise de uma função em psicologia. Trad. Marco Antonio Coutinho Jorge. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 9.

¹⁴⁹ RAMOS, Natália. Relações e solidariedade intergeracionais na família. **Revista Portuguesa de Pedagogia**, ano 39, n.1, p.195-216, 2005.

¹⁵⁰LISBOA, Aline Vilhena; FERES-CARNEIRO, Terezinha; JABLONSKI, Bernardo. Transmissão intergeracional da cultura: um estudo sobre uma família mineira. **Psicol. estud.**, Maringá, v. 12, n. 1, p. 51-59, abr. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722007000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 fev. 2020.

¹⁵¹ WINNICOTT, Donald W. **A família e o desenvolvimento individual**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 130-131.

¹⁵² *Ibid.*, 2011, p. 21.

A família é, desse modo, o ponto medial entre o indivíduo e a sociedade¹⁵³, entre o privado e o público, ou ainda entre a individualidade humana e a multiplicidade social e a forma como o grupo familiar conduz a construção da pessoa humana que será integrada ao convívio social gradativa e definitivamente é de fundamental importância para a manutenção ou modificação de valores e comportamentos sociais.

1.5 Funções da entidade familiar voltada aos seus membros

Após tratar da instrumentalidade da família nos aspectos relativos à manutenção dos indivíduos que compõem o grupo familiar, à sustentação das relações sociais e à transmissão da cultura, faz-se necessário apresentar outro viés da família no seu aspecto funcional, qual seja, a ambiência familiar como necessária para a proteção e o desenvolvimento dos seus membros, sobretudo no que diz respeito àqueles que ainda se encontram em fase de desenvolvimento pujante, como as crianças e os adolescentes.

É no sentido de ambiente que se assevera a família como *locus* de desenvolvimento e proteção dos indivíduos e, não propriamente, como o local delimitado geograficamente. Isso porque, como instituição e ideia social que é, a família não pode ser designada como lugar específico que possua endereço próprio, como a casa ou o local em que se exerce um labor qualquer, pois que lhe faltam as características materiais para tanto.

Desse modo, a família como “lugar” deve ser compreendida como a ambiência que as relações familiares produzem para os seus membros, que se diferencia dos demais ambientes em que o ser humano posteriormente será inserido, como o trabalho, grupo de amigos ou de pesquisas científicas, clube de leitura ou o ambiente da internet, sobretudo no que pertine às redes sociais, temática tão em voga no século XXI.

1.5.1 Família como locus de proteção de seus membros

Como ambiente social primeiro em que se convive e se aprende, a família tem o dever fundamental de proteger o indivíduo que, *de per se*, não pode fazê-lo, seja porque ainda não possui o discernimento, a habilidade ou a força necessária para tanto, ou ainda porque, em razão de algum tipo de deficiência ou pela própria idade, jamais desenvolveu a capacidade de defender-se sozinho ou a perdeu pelo passar do tempo.

¹⁵³ ANDRADE, Susanne Anjos *et al.* Ambiente familiar e desenvolvimento cognitivo infantil: uma abordagem epidemiológica. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 39, n. 4, p. 606-611, ago. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102005000400014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 fev. 2020.

A referida proteção que a entidade familiar fornece aos seus membros tem dois aspectos que se consideram relevantes de nota. O primeiro deles diz respeito à proteção física e psíquica, propriamente dita, que está relacionada à atuação da família no sentido de evitar que a pessoa em desenvolvimento ou em decadência física e psicológica seja objeto de atos, atitudes, comportamentos e manifestações que atinjam frontalmente o seu físico e a sua psique, a gerar danos materiais e morais.

O segundo aspecto da lógica de proteção da família em relação aos seus membros diz respeito à construção de ambiência sadia para o pleno desenrolar do quotidiano da vida, ou seja, está relacionado à ideia de segurança, de sentir-se bem, acolhido, com o objetivo de possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um dos indivíduos, sobretudo das crianças, de forma sadia, a fim de que as experiências vividas no ambiente familiar sejam reproduzidas eficazmente no meio social a que todos pertencem ou pertencerão.

No que diz respeito à proteção da família em relação a seus membros materialmente considerada, é oportuno apontar que ela não possui as mesmas características daquela exercida, por exemplo, pelos símios em relação às suas companheiras e aos seus filhotes¹⁵⁴ – em que pese o ideário de proteção seja proveniente, ao que tudo indica, do instinto de preservação pessoal e da espécie que é inato a todo e qualquer ser vivente. A razão para a diferença mencionada é que os perigos a que as pessoas, sobretudo as mais frágeis (crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência – PcD), são objeto nos dias atuais são muito diferentes da simples manutenção da vida corpórea em razão do ataque de predador – como ocorre, regularmente, com os animais não domesticados.

Nos tempos de modernidade líquida¹⁵⁵ em que se vive, e em razão da facilidade de estabelecimento de múltiplas relações virtuais proporcionadas pela internet, a integridade moral, psíquica e espiritual das pessoas deve ser protegida tanto ou mais que os ataques propriamente físicos que elas podem sofrer, e a barreira de proteção contra todas essas possibilidades de aviltamento das pessoas, sobretudo no período de desenvolvimento inicial, é do grupo familiar¹⁵⁶.

¹⁵⁴ MALINOWSKI, Bronislaw. **Sexo e repressão na sociedade selvagem**. Trad. de Francisco M. Guimarães. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p.127 e ss.

¹⁵⁵ Para fazer referência à ideia de fluidez do convívio social apresentado por BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

¹⁵⁶ Malgrado deva-se salientar que em razão da derrocada de valores e da intensa reprodução não querida ou circunstancial, a família, em alguns casos, apresenta-se mais regularmente como o predador social do que como a barreira que deveria ser.

Essa responsabilidade da instituição familiar que, como dito, é em primeiro lugar decorrente do instinto de sobrevivência, tem a ele somado o fator sentimento – que somente é verificável na raça humana – e que nas relações familiares assume a característica de amor eros – conforme pontuado por C. S. Lewis¹⁵⁷, e será mais bem delineado na quarta seção deste estudo. Isso porque o sentimento em relação à família e a seus membros diferencia-se dos demais sentimentos que o indivíduo nutre em relação às pessoas que não fazem parte de seu convívio familiar.

Conforme apontado anteriormente, essa diferença de sentimento se deve, pelo menos, a dois fatores, quais sejam, a convivência e a ideia de reciprocidade (solidariedade) estabelecidas entre seus membros. Sendo assim, o homem está mais propenso a dedicar-se à proteção de seu filho e sua esposa, não somente porque o instinto o ordena fazê-lo, mas porque ele assim escolhe em razão do sentimento que, em regra, nutre por aqueles indivíduos que convivem com ele de forma contínua e duradoura.

Entretanto, em que pese esse seja o comportamento esperado – o da proteção dos mais fracos pelo mais forte –, ainda há situações em que a força é usada para subjugar, maltratar, desfazer, distorcer e, assim, comprometer o pleno desenvolvimento das pessoas, mormente em seu estado de sedimentação de atitudes, comportamentos, entendimentos e desejos – que se perfaz na infância e na adolescência.

Além do aspecto material da proteção fornecida pela família a seus membros, tem-se, ainda, como mencionado, a existência do sentimento de proteção decorrente da construção de ambiência de acolhimento por parte da família, o que fortalece os vínculos afetivos e a sensação de pertencimento das crianças em relação à entidade familiar e aos membros individualmente considerados¹⁵⁸.

Em razão de ambos os aspectos é que, ao longo dos anos de desenvolvimento da sociedade, a ideia de proteção à criança e ao adolescente foi sendo aprimorada¹⁵⁹ ou, ao menos, a cobrança pelas demais instituições sociais e jurídicas foi sendo desenvolvida, a

¹⁵⁷ LEWIS, C. S. **Os quatro amores**. Trad. Estevan Kirschner. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2017, p. 125.

¹⁵⁸ WINNICOTT, Donald W. **A família e o desenvolvimento individual**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.71.

¹⁵⁹ VERBICARO, Dennis; BOAVENTURA Igor Davi da Silva; RIBEIRO, Cristiane Figueiredo Terezo. A proteção integral e o melhor interesse da criança no contexto das relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 122, p. 89-111, mar./abr. 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017039>. Acesso em: 05 jan. 2020.

ponto de a questão transformar-se em norma de direito internacional¹⁶⁰ com força vinculante em todos os países signatários dos instrumentos internacionais que tratam da temática de proteção da criança e do adolescente¹⁶¹, bem como norma constitucional em diversos países, inclusive no Brasil, em que se inseriu o ideário de proteção integral da criança, do adolescente e do jovem no art. 227¹⁶² da Constituição da República de 1988.

Assim, o comportamento natural passou a ter o viés de dever jurídico estabelecido à família. A outorga desse dever à família decorre de pelo menos três fatores que são complementares. O primeiro deles diz respeito ao fato de a família ser o ambiente primário em que a pessoa em desenvolvimento está inserida, isso dá à instituição familiar o poder e o dever de modular o desenvolvimento desse indivíduo, a permitir que o seu crescimento se dê de forma salutar e que o sentido de segurança nele se desenvolva de forma concreta e eficaz.

A segunda razão para a família ser o local de proteção do indivíduo, conforme asseverado anteriormente, diz respeito ao período de convivência que a criança ou o adolescente possui com as pessoas que compõem sua entidade familiar que, em que pese seja variável, acaba sendo maior do que o período de convivência com os demais nichos sociais a que ele pertencerá durante sua vida, já que, conforme asseverado por Claude Lévi-Strauss¹⁶³, a família humana, diferente das relações animais, não acaba, mas se mostra perene durante toda a vida do indivíduo.

A última razão determinante da família como o *locus* de proteção de seus componentes, entendido de modo individualizado, é o próprio sentimento de reciprocidade, de solidariedade, de afeto e de confiança que se estabelecem entre os componentes da família que se desenvolve como resultado do período de convivência, de cuidados e doação que os familiares, sobretudo os ascendentes, tem em relação ao menor e, noutro giro, em relação aos idosos, que apresentam as vulnerabilidades naturais do avanço da idade.

¹⁶⁰ Dentre os quais tem-se a Convenção Sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 77.710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

¹⁶¹ A quem fora concedido o *status* de sujeito de direitos, o que também fora reconhecido em âmbito nacional por meio da Constituição Federal de 1988. SANTOS, Danielle Maria Espezim dos; VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral e o enfrentamento de vulnerabilidades infantoadolescentes. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 10, n. 02, p. 109-157, 2018.

¹⁶² O referido dispositivo do texto constitucional será analisado de forma pormenorizada no quarto capítulo da presente pesquisa.

¹⁶³ LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

Observe-se, entretanto, que, no que concerne à proteção integral da criança, do adolescente, do jovem¹⁶⁴ e do idoso, a família não é a única entidade social ou jurídica a quem é outorgado o dever de exercer o *múnus* público mencionado. A comunidade em que tais pessoas estão inseridas e o próprio Estado tem o dever de atuar, por meio direto e indireto, na salvaguarda dos direitos fundamentais das pessoas em pleno desenvolvimento ou com idade avançada, de modo a formar uma rede excludente de proteção. Excludente porque se inicia na família e, na sua ausência, passa à comunidade, e, na impossibilidade desta, é diferida ao Estado – sendo este a última *ratio* de proteção do indivíduo que ainda não completou a maioridade.

Todo esse movimento social nas esferas internacional e intranacional demonstra a importância que o menor ganhou nas últimas décadas, sobretudo após o fim da II Guerra Mundial, que deixou órfãos espalhados por todo o globo, mas, sobretudo, no continente Europeu. Depreende-se, assim, que a criança e o adolescente passaram ao centro das discussões no que diz respeito ao protecionismo e ao intervencionismo do Estado na família, o que contribuiu, conforme assevera Phellipe Airès¹⁶⁵, na transformação da lógica de construção, manutenção e modificação das relações familiares.

A título de exemplo do que se afirma, pode-se destacar a possibilidade do pai ou da mãe perderem o poder familiar – que engloba, além da tomada de decisões acerca da vida do filho, o poder-dever de tê-lo sob sua guarda – em razão de maus-tratos, abandono ainda que temporário ou aplicação excessivo de castigos que aviltem sobremaneira o menor, tanto no seu sentido orgânico quanto psicológico. É possível asseverar, portanto, que no Brasil a manutenção da paternidade depende do contínuo exercício responsável dos misteres inerentes ao *múnus* público que ela representa.

Mas a instituição familiar encontra no seu viés protetivo apenas uma das suas características primordiais, pois que é nela também que o indivíduo percebe os valores que comporão o seu comportamento moral e ético no futuro próximo e que permitirão que ele se adeque à vida em sociedade, ou seja, dela alijado em razão da sua incapacidade de convivência social.

¹⁶⁴ Figura incluída no rol de proteção previsto no art. 227 do texto constitucional por meio da Emenda Constitucional n.º 65/2010 e que tem as normatizações a ela referentes formuladas pela Lei n.º 12.852/2013.

¹⁶⁵ AIRÈS, Phellipe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

1.5.2 *A família como elemento necessário ao desenvolvimento individual*

Vê-se que a família possui papel fundamental no desenvolvimento dos seus membros, sobretudo aqueles que se encontram na fase primordial do desenvolvimento físico, psíquico e espiritual. Acerca dessa ideia da fase infantil tratar-se do momento principal do desenvolvimento existencial dos seres humanos, Phellipe Airès assevera que essa lógica foi criada em razão do movimento de centralização da figura infantil no contexto familiar e, por conseguinte, da sociedade¹⁶⁶.

Tal centralização teria decorrido de alguns aspectos que são suscitados por Phelipe Airès, dentre os quais se entende merecerem destaque os seguintes: a separação do mundo da criança e do espaço do adulto¹⁶⁷ e o movimento de reconhecimento da criança como ser humano como os adultos, ou seja, com vida e alma imortais próprias.

Conforme pontua o citado autor, até o século XIII, os espaços infantil e adulto pareciam imiscuídos um ao outro, não sendo possível diferenciar os ambientes estritamente infantis daqueles destinados aos adultos, razão pela qual não se fazia possível estabelecer linha limítrofe entre os estágios de desenvolvimento.

Ademais, no que pertine ao reconhecimento da criança como ser humano, Airès aponta que, a partir do século XVII, passou-se a observar a produção de pinturas em que as crianças representadas apareciam sem a presença dos genitores, a denotar a premissa de igual humanidade entre crianças e adultos, já que, até então, acreditava-se, em larga escala, que a criança não era um ser humano completo do ponto de vista material¹⁶⁸, mas ainda estava em formação¹⁶⁹.

Desse modo, o reconhecimento da infância como estágio importante para a vida humana e, sobretudo, para a formação do ser humano adulto do futuro só passou a ter importância após o século XVII. Até esse momento, a criança era tida como ser humano sem alma e cuja vida ainda não havia iniciado, como se ela estivesse no limbo entre o mundo de onde veio e

¹⁶⁶ AIRÈS, Phellipe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

¹⁶⁷ *Ibid.*, 1986, p. 56.

¹⁶⁸ AIRÈS, Phellipe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p. 58-59, 61 e 65.

¹⁶⁹ Daí porque Phellipe Airès afirmar que a morte de uma criança era vista, segundo o entendimento atual, com frieza, pois que para os adultos de então a insignificância do período da infância fazia com que aquele ser humano que estava naquele estágio de vida absorvesse a insignificância do momento em que vivia e por isso se tornava socialmente desnecessário, comparado muitas vezes a um empecilho para os pais que o haviam gerado.

aquele em que se encontrava. Isso se deveu ao fato de a infância, até o século XIII, ter sido compreendida apenas como período de transição para a vida adulta, que se iniciava, diga-se, muito antes do que se prescreve hodiernamente.

Entretanto, a despeito de a infância ser reconhecida nos dias atuais como fase de relevo para o desenvolvimento pessoal no que pertine às questões de moralidade, psique, comportamentais e de socialização, é certo que os seres humanos não se desenvolvem apenas nesse período de vida. Desse modo, a considerar que a vida em comunidade proporciona extensos e numerosos momentos de troca e aprendizado, de modificação de entendimento e comportamentos e evolução do sentimento de pertencimento¹⁷⁰ ao grupo em que se convive ou em relação do qual se pretende participar, é possível asseverar que a vida humana é constante aprendizado, desenvolvimento, mudança e balizamento de ideias, atitudes, vontades e comportamentos.

Entretanto, parece indiscutível o fato de que a família é o momento inicial e crucial da formação do indivíduo, sendo o contexto primeiro de integração, aprendizado e desenvolvimento pessoal e social em que ele se vê inserido¹⁷¹, bem como que a convivência com essas pessoas que compõem o grupo de convívio inicial e, conforme dito anteriormente, duradouro do indivíduo, influi fundamentalmente na formação das características, habilidades, conhecimentos que esse indivíduo terá ao longo de sua vida.

A título de exemplo do que se argumenta, pode-se destacar o estudo realizado por Beatrice Blyth Whiting e John W. M. Whiting¹⁷², ao analisarem e compararem os comportamentos de famílias inglesas com as entidades familiares da comunidade Gusii de Nyansongo, no Quênia. Verificou-se, na oportunidade, que enquanto as crianças inglesas iam à escola, brincavam no quintal de casa e conviviam com outras crianças de mesma idade, os

¹⁷⁰ Pertencer a um conjunto de pessoas, que constituem uma família, por meio de vínculos complexos e profundos, realiza a pessoa como pai ou mãe, como esposo ou esposa, como filho ou filha, como irmão ou neto ou avô, como homem e como mulher. PETRINI, João Carlos. **Notas para uma antropologia da família**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/120.pdf. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁷¹ Poder-se-ia dizer que em algumas situações específicas, como no caso de crianças que são abandonadas em orfanatos pelos seus genitores, não há a inclusão nesse grupo familiar, entretanto, conforme se tentou demonstrar e ainda se verá a motivação do presente capítulo é definir o grupo familiar de modo diferente daquilo que vem sendo propagado pelas ciências sociais aplicadas, buscando tornar esse grupo mais abrangente e inclusivo. Caso se alcance o intento, será possível asseverar que mesmo a criança abandonada pelos seus pais em um orfanato e que convive apenas com outras crianças e funcionários do estabelecimento em que reside possui vínculos familiares, senão com aqueles que o abandonaram – afastando, neste ponto os fatores biológicos –, com aqueles que convivem com ele diariamente e que, direta e indiretamente estão fazendo parte da formação do indivíduo que ele será no futuro.

¹⁷² WHITING, Beatrice Blyth; WHITING, John W. M. **Children of six cultures: a psycho-cultural analysis**. E-book. Harvard University Press, 1975.

filhos da comunidade queniana mencionada desde muito novos participavam das atividades de manutenção do lar, sobretudo no que diz respeito ao cuidado e à atenção com os irmãos mais novos, uma vez que os pais e as mães precisavam sair para desenvolver suas atividades que garantiam o alimento e o sustento do grupo familiar.

Como consequência da diferença de comportamento dos filhos e da atribuição de responsabilidades outorgadas a eles pelos pais americanos e quenianos, verificou-se a ocorrência de discrepâncias relevantes quanto às atitudes das crianças. Enquanto as crianças gusii tinham maior capacidade de resolução de conflitos e maior senso de reponsabilidade e de reciprocidade, e buscavam participar efetivamente da manutenção do lar, as crianças inglesas mostravam maior dependência para com os pais, inabilidade para resolver conflitos e representavam verdadeira drenagem dos ganhos familiares, em razão de sua não contribuição na formação e manutenção da economia familiar.

Em resumo, ao mesmo tempo em que as crianças gusii – que haviam sido chamadas à responsabilidade muito cedo e viam seus pais e mães trabalharem arduamente para a manutenção do lar – desenvolviam comportamento que os autores denominaram de “educacional-responsável”, as crianças inglesas que viam os pais em casa durante mais tempo e que não tinham responsabilidades outras senão brincarem e ir à escola, desenvolviam comportamento denominado pelos autores de “dependente-dominador”. Por outro lado, as crianças gusii se mostraram mais autoritárias e violentas.

É verificável, portanto, que a forma pela qual a família convive com a criança e atribui a ela determinadas funções ou lhe permite ter certos comportamentos, estimula a formação de características psíquicas que criarão raízes e passarão a pertencer ao comportamento cotidiano daquele indivíduo, e será, muito provavelmente, transferido para a próxima geração. É isso, ao menos, que os estudos relacionados à intergeracionalidade buscam demonstrar, conforme demonstrado.

Segundo esta teoria, os comportamentos adotados pelo indivíduo são passados pela convivência contínua e duradoura com a sua família, tendo em vista a tendência de reprodução que a criança possui e que a imersão em tal ou qual meio proporciona. Entretanto, o ciclo de reprodução e transposição do comportamento não se encerra em uma única geração, mas se expande e prossegue nas gerações seguintes¹⁷³. Daí a importância destacada no sentido

¹⁷³ BAPTISTA, Makilim N. *et al.* Intergeracionalidade familiar. In: BAPTISTA, M. N.; TEODORO, Maycoln L. M. (org.). **Psicologia de família: teoria, avaliação e intervenção**. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 16-17.

de que o meio familiar seja local de apoio e desenvolvimento sadio da criança e do adolescente, onde o indivíduo encontre suporte e auxílio, carinho e zelo, de boas práticas e comportamentos favoráveis ao desenvolvimento moral do indivíduo em formação.

Assim é que, em que pese a família tenha perdido nos últimos séculos – pelo menos a partir do século XV – várias de suas funções, sobretudo aquelas que dizem respeito à educação formal das crianças, adolescentes e jovens, ela ainda se perfaz em *locus* da construção da personalidade das crianças e da estabilização do indivíduo adulto¹⁷⁴. Sobretudo, a ambiência familiar é assaz importante ao desenvolvimento da criança, isso porque, conforme asseverado anteriormente, o ser em desenvolvimento tem a tendência de replicar comportamentos e, além disso, embora nem sempre demonstre, é afetado de forma diferente e mais vertiginosa pelos comportamentos que verifica em seus familiares.

É preciso compreender, portanto, que a criança, por ser extremamente influenciável, precisa de ambiência relacional sadia, compreensiva, que dê suporte, atenção, carinho e que permita que a convivência pacífica seja a tônica da relação familiar, caso contrário os efeitos de atitudes e comportamentos agressivos ou que gerem problemas no ambiente familiar podem provocar diversos processos psíquicos na criança que repercutem em seu desempenho escolar, comportamento social e atitude intrafamiliar¹⁷⁵. É preciso que haja, portanto, acolhimento, para que o sentimento de pertencimento¹⁷⁶ se desenvolva na criança e lhe permita ter segurança suficiente para evoluir bem, segundo critérios psicológicos e sociais.

O ambiente familiar é, portanto, o mais propício ao pleno desenvolvimento do menor. Constatação no mesmo sentido decorreu de pesquisa realizada em abrigo de crianças no Estado do Ceará, em que se verificou que, a despeito de terem apresentado índice de crescimento satisfatório para os padrões impostos pelo Ministério da Saúde, as crianças abrigadas apresentavam atrasos no desenvolvimento social e psíquico, sendo apontada a linguagem como o fator em que mais se verificou o *déficit* mencionado¹⁷⁷. Por outro lado, no

¹⁷⁴ PARSONS, Talcot *apud* SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Tradução de Clarice Ejlers Peixoto. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 43.

¹⁷⁵ SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Tradução de Clarice Ejlers Peixoto. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

¹⁷⁶ SANCHEZ, Fátia Abad. A família na visão sistêmica. In: BAPTISTA, M. N.; TEODORO, Maycoln L. M. (org.). **Psicologia de família: teoria, avaliação e intervenção**. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 38-39.

¹⁷⁷ Segundo os pesquisadores: “percebe-se que a capacidade de interagir com o meio externo, de comunicar-se e de realizar tarefas que exigem raciocínio, que competem ao domínio social, estão prejudicadas nas crianças abrigadas, o que implica na necessidade de maior atenção nesses aspectos, que são fundamentais para o seu desenvolvimento. O contrário ocorreu na pesquisa realizada nas três creches da cidade de São Paulo que não apresentou déficits na socialização, pois as crianças viviam em família. CHAVES, Caroline Magna P. *et al.* Avaliação do crescimento e desenvolvimento de crianças institucionalizadas. **Rev. bras. enferm.**, Brasília, v.

que se relaciona ao ganho de peso e estatura das crianças, no mesmo estudo, não fora verificado déficit significativo¹⁷⁸.

Vê-se, pela pesquisa supramencionada, que os atos mecânicos referentes à nutrição, à hidratação e ao conseqüente desenvolvimento físico das crianças avaliadas não sofreram tanto impacto com a sua institucionalização como o desenvolvimento psíquico e social, do que também se observa a importância da entidade familiar no desenvolvimento da criança, conforme se tentou demonstrar.

Deve-se destacar, por fim, que todas essas questões suscitadas no presente item remetem à ideia de convivência familiar, ou seja, o desenvolvimento da criança e do adolescente, independentemente do destino que ele trace – seja para o bom ou o mau desenvolvimento – dependem da quantidade de tempo e desvelo que os pais e familiares direcionam à pessoa em formação. Assim, seja pela falta ou pelo excesso, a convivência no seio familiar faz a diferença na formação do indivíduo.

Assim é que se entende necessário desenvolver-se definição de família que reconheça e promova os aspectos familiares que se fundamentam nos critérios orgânico-formal e funcional da entidade familiar, a fim de que se utilize de definição abrangente e inclusiva. Uma conceituação tal qual a que se propõe a seguir tem o viés, portanto, de possibilitar a manutenção dos valores biológico e formal, secularmente reconhecidos, bem como elevar o critério funcional da família ao patamar de primariedade na formação dos vínculos sob análise.

1.6 Tentativa conceitual da família

Por todo o exposto nos itens antecedentes e no intento de levar em consideração os aspectos funcionais da entidade familiar, tanto no sentido da sua relação com o indivíduo como de sua interação com o meio social ampliado – visto que a família se perfaz em instituição social intermediadora dessas duas esferas –, parece razoável supor que a definição de família tal qual a legislação tem apresentado no direito brasileiro e sul-americano, em vez de trazer objetividade, clareza e facilidade na atuação de juristas e na compreensão do instituto, acaba por criar vácuo entre o que se prescreve na lei e aquilo que se observa no

66, n. 5, p. 668-674, out. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-716720130005000. Acesso em: 12 fev. 2020.

¹⁷⁸ CHAVES, Caroline Magna Pessoa *et al.* Avaliação do crescimento e desenvolvimento de crianças institucionalizadas. **Rev. bras. enferm.**, Brasília, v. 66, n. 5, p. 668-674, out. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-716720130005000. Acesso em: 12 fev. 2020.

mundo dos fatos, onde o direito deveria atuar no sentido de pacificar e desenvolver as relações sociais.

A referida discrepância poderia e deveria ser resolvida por meio da estipulação de outros critérios para a formulação da definição das relações familiares que abarcassem a multiplicidade de possibilidades que as relações sociais e o exercício da vontade do indivíduo podem criar nessa esfera que é tão mais privada que pública, a despeito da crescente toada intervencionista que o Estado articulou para si e que, ao fim e ao cabo, se bem utilizada, tem mais a garantir às relações familiares do que a maculá-las.

Desse modo, em razão da necessidade de formulação de definição que se mostre abrangente e inclusiva, entende-se possível compreender a família como o grupo de pessoas que fazem a escolha de conviverem entre si física e virtualmente, de forma contínua e duradoura, a nutrir umas nas outras os sentimentos de reciprocidade, afeto e amor, e a atuar no sentido de amparar cada um de seus membros, de modo a auxiliá-los no seu desenvolvimento físico, psíquico e espiritual, bem como ao se assistir mutuamente, independentemente de estarem ligadas por vínculos sanguíneos, civis ou socioafetivos.

Ofertada a definição sobredita, algumas ponderações se mostram necessárias. Em primeiro lugar, em que pese se entenda que a família pode ser composta por duas pessoas – e em alguns casos, apenas uma pessoa – parece natural que a consequência lógica da união entre pessoas seja aumentar a comunhão formada, independentemente do meio pelo qual isso ocorra. Desse modo, há certa tendência no sentido de que o exercício de agregação tenha maior vulto no meio social do que o de isolamento, razão pela qual, invariavelmente, grupo de pessoas poderá ser formado.

Além disso, no que pertine à formulação da escolha de se manterem unidos, deve-se observar que, além da possibilidade de contração de núpcias que depende do exercício da vontade por meio de manifestação inequívoca perante o Estado-juiz, a formação da relação paterno-filial depende do mesmo exercício de vontade, já que a biologia *de per si* oferta ao filho apenas genitor e genitora, mas o papel de pai e mãe é fruto da escolha cotidiana de cada genitor. É possível afirmar, portanto, que nem todo pai é genitor e nem todo genitor é pai, conforme se buscará demonstrar em outro momento da presente pesquisa.

Disso não resulta, entretanto, que aquele indivíduo que ocupa apenas a cadeira de genitor, ao abrir mão do exercício da paternidade, não deva ter reconhecida para si as

obrigações de contribuição para a construção de circunstâncias materiais básicas ao pleno desenvolvimento físico de seu filho biológico.

Bem por isso, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar questão que lhe fora posta por meio do Recurso Extraordinário n.º 898060/SC¹⁷⁹, reconheceu a possibilidade de existência concomitante entre a filiação biológica e a socioafetiva, a ressaltar, em relação à primeira, a necessidade de observância das obrigações inerentes à paternidade biológica e que se encontram escoimadas no princípio da paternidade responsável.

As condições básicas de alimentação, higiene e educação – para citar três relevantes aspectos da obrigação alimentar – são importantes para a garantia de sobrevivência do indivíduo, mas somente a escolha pelo desempenho do papel da paternidade e da maternidade leva, invariavelmente, à convivência entre as pessoas que optaram por exercer tais papéis, que são importantes no desenvolvimento sadio da criança e na formação dos valores que comporão a sua personalidade e lhe permitirão estar mais ou menos preparada para o convívio social futuro.

Por fim, é preciso destacar, ainda uma vez, que o amparo e a assistência são as forças motoras das relações familiares, isso porque não se pode determinar o grau de sentimento que dada pessoa tem pela outra, salvo pelo exercício voluntário e cotidiano de doação e desvelo que alguém pode ter por outrem, que, diga-se, independe de qualquer vínculo biológico, mas decorre da construção cultural que se opta por realizar e valorizar.

É com base nessa definição e nas explicações acima elencadas que as demais análises da presente pesquisa se desenvolverão, a fim de demonstrar que o exercício da liberdade na formação de vínculos familiares, independentemente de suas características formais e biológicas, não só é compatível com o texto constitucional vigente como se perfaz de observância obrigatória para a formação de uma sociedade justa, igualitária, inclusiva, democrática, pluralista e sem preconceitos, na qual haja harmonia social, ordem e progresso, tal qual aquela vislumbrada pelo constituinte originário ao formular o texto da Constituição Cidadã.

¹⁷⁹ O julgado será analisado no segundo e quarto capítulos da presente pesquisa.

2 AS “NOVAS” FAMÍLIAS REPRESENTADAS NA ARTE

Viu-se até aqui que a família concebida com esteio no matrimônio, na supremacia masculina e na necessária e, diga-se, inafastável dualidade sexual de seus componentes, cedeu lugar à família pautada na afetividade, na aceitação da diferença, na democracia entre seus componentes, bem como entre as suas múltiplas formas de apresentação. Exatamente por isso é que o conceito de família apresentado na primeira seção do presente trabalho pauta-se em valores como liberdade, igualdade e fraternidade, cuja aplicabilidade deve se dar dentro e fora do ambiente familiar.

Essa tem sido apresentada como a nova família, ou a nova moldura em que as entidades familiares vêm se concretizando e em relação à qual o direito pode e deve adequar-se para que seja efetivamente cumprida a promessa de proteção à entidade familiar feita pelo constituinte originário que, ao assinalar tal obrigação estatal, não apontou que modalidade de família deveria receber a proteção da coletividade que o ente estatal representa, do que se depreende que onde haja um conjunto de pessoas que se denomine família, ali também deverá estar o Estado a protegê-la.

Essa nova cercadura da entidade familiar que, antes de delimitá-la, a liberta das presilhas de valores secularizados como a matrimonialização, a patriarcalização e a patrimonialização, somente se fez possível em razão da substituição gradativa dos mencionados valores por outros que suscitem o maior exercício da liberdade individual – ainda que em detrimento de suposta estabilidade¹⁸⁰ – e da busca pela satisfação pessoal que, longe de representar efêmera como o gozo temporário de determinadas sensações, deve representar a perenidade dos sentimentos.

Essa modificação social do modo como se enxerga a família e se busca a sua formação, manutenção e de como ela encontra o seu “fim” vem sendo explorada em diversas obras artísticas ao longo dos tempos, mas, sobretudo, nas últimas décadas. Em razão disso é que a

¹⁸⁰ Aqui entendida como segurança apontada por Zygmunt Bauman e Thomas Leoncini em sua obra “Nascidos em Tempos Líquidos”. BAUMAN, Zygmunt; LEONCINI, Thomas. **Nascidos em tempos líquidos: transformações no terceiro milênio**. Trad. Joana Angélica D’Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

presente seção se mostra necessária para apresentar que as discussões e as análises relativas ao campo do direito das famílias e da formação das entidades familiares não podem se resumir à análise fria do direito, que resulte do exercício comparativo entre o ser e o dever-ser, mas, ao contrário, deve decorrer do constructo resultante entre a verdade social e fática e as possibilidades que o conjunto de normas tendentes a dirigir a sociedade oferece à conformação de tais realidades sociais.

Com o intuito de demonstrar concreta e objetivamente a assertiva traçada anteriormente, é que se elencarão, na presente seção, obras artísticas que denotem a existência de relações sociais análogas àquelas compreendidas pelo Direito de Família brasileiro como formatos de entidades familiares que estejam pautados nos princípios acima delineados e, sobretudo, no ideário da afetividade.

Deve-se destacar ainda que a escolha do tipo de manifestação artística a ser apresentada com o escopo de exemplificar a existência e elencar a estratificação das modalidades familiares presentes no contexto social brasileiro, se deu em razão da potencialidade de atingimento de massas que a modalidade de manifestação artística possui. Por isso, dentre as inúmeras possibilidades – literatura, escultura, pintura etc. –, a análise da repercussão das relações familiares na arte se dará por meio das artes audiovisuais, mais precisamente pelas obras cinematográficas de várias espécies.

Como asseverado, ao se levar em consideração que as manifestações artísticas audiovisuais – sobretudo o cinema – têm o condão de atingir altíssimo número de espectadores, razão pela qual Mônica Almeida Kornis¹⁸¹ afirma que o cinema é uma arte voltada para as massas, bem como em razão da maior facilidade na interpretação das informações contidas nas películas artísticas de tal gênero, entende-se que tais manifestações possuem o condão de disseminar de forma mais clara e abrangente as situações de fato que ensejam o reconhecimento das modalidades de família diferentes daquela decorrente do matrimônio e, além disso, permitem maior difusão dos novos valores que envolvem tais relações.

É preciso pontuar ainda que não se pretende na presente seção discutir se foi atribuída às manifestações artísticas a tarefa de reproduzir os fatos sociais que são considerados pela

¹⁸¹ KORNIS, Mônica Almeida. História e cinema: um debate metodológico. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 237-250, jul. 1992. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/1940>. Acesso em: 02 fev. 2020.

sociedade ou pelos autores relevantes ou ainda se é a vida que, influenciada pela arte, acaba por adotar posturas e padrões ressignificados pelas manifestações artísticas. Em suma, não se tem o objetivo de desvendar se a arte imita a vida ou a vida influenciada pela arte modifica-se.

O objetivo é pura e simplesmente demonstrar que determinadas questões sociais são apresentadas de forma corriqueira nas artes de modo geral, sobretudo naquelas que, tal qual o cinema, possuem veiculação em massa. Dentre as questões sociais mencionadas, têm-se as relações familiares que, seja pelo apelo que possuem ou pela influência que tais circunstâncias exercem sobre aqueles que produzem manifestações artísticas de vários matizes, foram e são objeto de diversas espécies de manifestações da arte.

A demonstração sobredita não encontra escopo em si mesma, mas se apresenta como meio necessário e fundamental à demonstração de que determinados comportamentos sociais não só existem, mas estão espalhados de tal monta no cotidiano social que acabam por encontrar eco no espírito individual e social, seja pela repulsa que ocasionam ou pela dor que a exclusão orientada pela repulsa causa aos que vivem tais circunstâncias e os que são solidários a eles.

Havendo coro contrário ou a favor de tais circunstâncias sociais, o fato é que elas existem no mundo dos fatos e, por isso mesmo, aqueles que a integram possuem o direito de exercer a sua liberdade que, diga-se, é valor caro e princípio social e jurídico que fundamenta todo o ordenamento jurídico posto.

Outrossim, se a escolha da espécie de manifestação artística buscou se fundamentar em critérios objetivos de análise, a opção pelas próprias obras a serem elencadas se deu de forma subjetiva. Isso porque a arte é uma experiência estética que pode ser compreendida “como o conjunto de emoções e ideias satisfatórias, produzidas na mente do indivíduo, pela contemplação de certo objeto”¹⁸², e, por isso mesmo, a repercussão de determinada obra artística varia de acordo com o espectador ou o público que a contempla.

Desse modo, a escolha das obras a serem alinhavadas passou pelo percurso de contemplação e de análise sobredito e, ao fim, teve o condão de demonstrar para o pesquisador que suas essências possibilitam demonstrar aquilo que as questões familiares que paulatinamente vêm sendo reconhecidas pelo ordenamento jurídico estão espalhadas pela

¹⁸² XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização dos direitos fundamentais**: teoria, método, fato e arte. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 220.

sociedade a ponto de reverberarem nas manifestações artísticas audiovisuais de diferentes tempos, estilos, formas e fabricados para diferentes públicos.

Assim é que serão elencados filmes, animações e séries televisivas que de forma direta ou indireta apresentam situações do cotidiano que inspiram discussões jurídicas acerca das relações familiares e dos direitos subjetivos delas decorrentes¹⁸³ e, por isso mesmo, se apresentam como forma de analisar a realidade social refletida nas manifestações artísticas da espécie citada.

2.1 A família mosaico: definição e características

Segundo definição apresentada no Dicionário de Língua Portuguesa Houaiss¹⁸⁴, mosaico é a obra feita pela justaposição de pequenas peças coloridas cimentadas numa superfície, a formar um desenho ou uma imagem; similar é a indicação conceitual apresentada por Rodrigo da Cunha Pereira¹⁸⁵. Esse é o retrato da família mosaico – também conhecida como família recomposta ou reconstituída –, já que esse núcleo íntimo de convivência é formado por pessoas com filhos que após saírem de relacionamento matrimonial/convivencial passam a relacionar-se com outras pessoas que também provêm de relacionamento amoroso pretérito e trazem consigo os frutos daquela relação e que juntas, usualmente, concebem filhos próprios.

Nesse mesmo sentido Cecilia Grosman e Irene Martínez Alcorta¹⁸⁶ afirmam que a *familia ensamblada* – entidade similar à família mosaico do direito brasileiro – “*es la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa*”. Desse modo é que se vê a formação de verdadeiro mosaico relacional em que existem elementos que possuem origem biológica diversa, sendo nesse contexto diferentes uns dos outros, mas que juntos e em comunhão formam nova entidade familiar entre si, a estabelecer novos vínculos afetivos e biológicos com a complexidade atinente às relações sociais hodiernas¹⁸⁷.

¹⁸³ XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização dos direitos fundamentais: teoria, método, fato e arte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 236.

¹⁸⁴ HOUAISS, Antônio. **Minidicionário Houaiss de língua portuguesa**. 4. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 532.

¹⁸⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 306.

¹⁸⁶ GROSMAN, Cecilia P.; ALCORTA, Irene Martínez. **Familias ensambladas, nuevas uniones después del divorcio**. Buenos Aires: Universidad, 2000, p. 35.

¹⁸⁷ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 38; FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil: direito de família**. Caxias do Sul: Educs, 2015, p. 24.

A despeito da falta de previsão expressa na Constituição de 1988 que, como visto, entabulou as modalidades familiares matrimoniais, convivenciais e as monoparentais de forma clara e hialina em seu texto, é imperioso reconhecer que a família mosaico decorre exatamente da reformulação de relações anteriores e contração de novos vínculos matrimoniais e convivenciais que, diferente do modelo clássico de família matrimonializada, tem a peculiaridade de ser o segundo ou terceiro vínculo jurídico-afetivo formado pelas partes envolvidas¹⁸⁸, daí porque o histórico dos demais relacionamentos, que se expressa sobretudo por meio dos filhos havidos nas pretéritas relações, diferencia esta daquela família secular.

A referida diferença, à primeira vista, e sob análise meramente literal dos termos constitucionais, faria com que a melhor razão cedesse ao conformismo da manutenção dos conceitos pré-estabelecidos, entretanto, uma análise detida dos termos constitucionais que tratam das relações familiares e dos direitos individuais leva à oposta interpretação: a de que a família como entidade sociojurídica não deve ser mais importante que os indivíduos que a compõem, mas, ao contrário, deve servir mesmo para permitir o seu pleno e satisfatório desenvolvimento pessoal como núcleo em torno do qual as pessoas unem-se e assim se mantêm por questões afetivas e com o intuito de compartilhamento e crescimento mútuos¹⁸⁹ e em que o exercício da vontade individual se eleva acima do intervencionismo estatal.

No que pertine à nomenclatura com que essa modalidade de família vem sendo tratada na doutrina brasileira, entende-se necessário aparte próprio. Isso porque se utiliza de forma corriqueira os termos “reconstituída” ou “recomposta” para designar o estado de família sob análise, entretanto, entende-se que tais termos não são os mais adequados à tratativa do tema.

Os verbos reconstituir¹⁹⁰ e recompor¹⁹¹ trazem ambos, em suas acepções possíveis, a ideia de retorno ao *status quo ante* e a utilização de tais vocábulos dá a entender, portanto, que a família mosaico é aquela em que há o resgate da situação anteriormente vivida pelas partes e

¹⁸⁸ Apresentando entendimento similar, Maria Goreth Macedo Valadares assevera que a configuração de famílias monoparentais antecede o surgimento de famílias mosaico, exatamente porque se apresenta como figura de transição entre a relação conjugal/convivencial existente anteriormente entre os pais do menor que, em razão da sua dissolução e após certo tempo, passam a configurar nova relação amorosa com pessoa que, é possível, também seja proveniente de relacionamento conjugal ou convivencial que não deu certo com ou sem filhos. VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Os meus, os seus e os nossos**: as famílias mosaico e seus efeitos jurídicos. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/597/Os+meus%2C+os+seus+e+os+nossos%3A+As+fam%C3%ADlias+mosaico+e+seus+efeitos+jur%C3%ADdicos>. Acesso em: 23 jul. 2019.

¹⁸⁹ SZYMANSKI, Heloisa. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança. **Revista Serviço Social e Sociedade**, n.71, [s.d.], p. 10-11.

¹⁹⁰ 1. Formar(-se), constituir(-se) de novo; [...] 3. lembrar, recriar. HOUAISS, Antônio. **Minidicionário Houaiss de língua portuguesa**. 4 ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 66.

¹⁹¹ 1. Devolver a ou recuperar o formato anterior; restaurar. *Ibid.*, 2010, p. 661.

que possui as características fidedignas da entidade familiar. Em outras palavras, só se recompõe aquilo que perdeu sua forma original e, de mesmo modo, só se reconstitui aquilo que teve sua constituição alterada do formato original.

Disso, pode-se depreender que a família deve alojar-se, necessariamente, no espaço matrimonial/convivencial, como se estas circunstâncias fossem aquelas de onde emanam as verdadeiras relações familiares e, uma vez desconstituída essa realidade fático-jurídica, a contração de nova união entre pais e mães solteiros, e com filhos, ensejaria o retorno ao estado de partida da relação familiar, a concretizar assim a sua reconstituição/recomposição.

Entretanto, o texto constitucional de 1988 foi claro ao separar, de forma proposital ao que tudo indica – a entidade familiar dos institutos do matrimônio e da união estável¹⁹², já que é somente após garantir proteção à família que o constituinte adentrou na enumeração exemplificativa¹⁹³ das entidades familiares albergadas pela proteção estatal concedida em sede constitucional. Assim é que qualquer vinculação necessária e inquebrantável que se busque fazer entre a entidade familiar e o modo secular de formação de tal entidade é contrário ao texto constitucional.

Em razão disso é que se entende mais adequada a utilização do termo “família mosaico” – em referência ao termo *patchwork family* americano –, pois que a mencionada designação demonstra de forma mais clara e objetiva o desenho inter-relacional que a referida modalidade familiar possui, sem criar vinculação, ainda que indireta, à figura do matrimônio ou da união estável como molduras necessárias para a formação da entidade familiar.

¹⁹²Conforme demonstrado por Álvaro Villaça de Azevedo, conforme excerto abaixo colacionado: “[...] a subcomissão de família, do menor e do idoso, em seu anteprojeto, de 25 de maio de 1987, sendo seu presidente o Deputado-constituente Nelson Aguiar, chegou a admitir, no § 1º do art. 1º, que ‘o casamento civil é a forma própria de constituição da família’, em completa discriminação do casamento religioso e da união estável. e isso como se o estado pudesse assim privilegiar, no texto constitucional, dizendo ao povo como constituir sua família! No art. 297 do substitutivo do Senador constituinte Bernardo Cabral, embora sem distinguir entre os institutos, assenta-se, melhor que, ‘a família, constituída pelo casamento ou por união estável, tem proteção do estado, que se estenderá à entidade familiar formada por qualquer um dos pais ou responsável legal e seus dependentes, consanguíneos ou não’. Também nele não se menciona o casamento religioso. Finalmente, malgrado os inconvenientes mostrados e a análise crítica, adiante, o certo é que a Constituição Federal vigente, de 5 de outubro de 1988, trouxe várias inovações ao Direito de Família brasileiro, entre as quais, pelo § 3º de seu art. 226, o reconhecimento do concubinato puro, não adulterino nem incestuoso, como forma de constituição de família, como instituto, portanto, do Direito de Família. Houve por bem, ainda, o legislador constituinte substituir a palavra concubinato pela expressão união estável, para inaugurar nova era de compreensão aos conviventes, respeitando seus direitos e sua sociedade de fato, que sempre existiu, antes do Decreto n. 181, de 1890, sob forma de casamento de fato ou presumido. Tenha-se presente, ainda, que a Constituição de 1988, mencionando em seu caput que a família é a ‘base da sociedade’, tendo ‘especial proteção do estado’, nada mais necessitava o art. 226 de dizer no tocante à formação familiar, podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição da família”. AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 28-29.

¹⁹³ *Ibid.*, 2019, p. 32.

2.1.1 *A Patchwork family no longa metragem “Eu, Tu, Eles”*

A produção cinematográfica brasileira intitulada “Eu, Tu, Eles”¹⁹⁴ relata a estória de Darlene – interpretada por Regina Casé – e das relações amorosas e afetivas por ela estabelecidas ao longo de sua vida, com destaque primeiro para a gravidez ocorrida antes do casamento e o abandono do pai biológico da criança – ao que é possível aferir do enredo – seguido do retorno para casa de sua mãe no dia em que ela estava sendo velada por amigos e familiares.

Em segundo momento da trama, Darlene casa-se com Ozias – interpretado por Lima Duarte – e passa a residir, com seu filho, no lar conjugal e a contribuir com o sustento da casa, pois que Darlene trabalha colhendo cana de açúcar. Passado algum tempo, Zezinho – primo de Ozias, que é interpretado por Stênio Garcia – passa a viver na casa com o primo e sua esposa, com quem passa a relacionar-se sexual e afetivamente e com quem tem um filho.

Ozias, que demonstra conhecer os acontecimentos que se passam sob seu teto, mantém-se silente e, desse modo, aquiesce quanto à relação de Darlene e Zezinho. Outro tempo passado e Ciro – interpretado por Luiz Carlos Vasconcelos – passa a residir no lar de Darlene, com quem iniciou relacionamento amoroso, de forma concomitante aos que já mantinha com Ozias e Zezinho, e teve um filho.

Outro ponto de relevo, e que merece o devido destaque, é o fato de Ozias ter, voluntariamente, registrado todos os filhos de Darlene, ao incluir o seu nome no espaço destinado à paternidade, a assumir, desse modo, ao menos juridicamente, a posição paterna em relação a todas as crianças da casa.

As circunstâncias familiares retratadas na produção cinematográfica em destaque basearam-se na história de vida de Maria Marlene Silva Sabóia, nascida no interior do Ceará na cidade de Jaguaribe Mirim, onde viveu por dezessete anos com seus três “maridos”, com quem teve sete filhos, conforme divulgado na época do lançamento do longa metragem¹⁹⁵ que, além de sucesso de bilheteria, foi bastante elogiado pela crítica nacional e internacional e chegou a representar o Brasil na Premiação do Oscar na categoria “Melhor Filme Estrangeiro”.

¹⁹⁴ WADDINGTON, Andrucha. *Eu, Tu, Eles*. Conspiração Filmes e Columbia Tristar Filmes do Brasil, 2000. 104 min.

¹⁹⁵ BARTOLOMEI, Marcelo. “**Eu Tu Eles**” é inspirado em história real de mulher e 3 maridos. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u3799.shtml>. Acesso em: 29 jul. 2019.

Acerca da análise da referida obra nos meios jurídicos, faz-se oportuno ressaltar que usualmente os estudiosos dela se utilizam com o fito de demonstrar a existência ou a caracterização da entidade familiar poliafetiva que se mostra estabelecida entre as personagens de Darlene, Ozias, Zezinho e Ciro¹⁹⁶. Entretanto, antes mesmo da formação da relação poliafetiva, outra modalidade de relação familiar ressalta aos olhos, qual seja, a família mosaico, e é este modelo de família apresentado de forma rápida e sucinta que se pretende analisar, na busca de trazer novo olhar sobre a obra cinematográfica que se mostra rica em detalhes da convivência familiar no Brasil.

Destacou-se anteriormente que o primeiro desafio de Darlene foi engravidar sem ter ao seu lado marido que a auxiliasse nas tarefas ligadas à parentalidade, já que fora abandonada pelo pai de seu primeiro filho no dia em que este se casaria com ela. Após o nascimento de seu descendente, Darlene volta para o sítio onde sua mãe morava, no qual passa a residir, mesmo após o falecimento de sua mãe.

Tempos depois, Darlene reencontra Ozias, conhecido de infância, que a pede em casamento. Aceita a união conjugal, e Darlene com seu filho passam a residir na casa de Ozias. É nesse momento na cronologia da estória descrita no filme que se quer focar no presente item, já que o casamento de Darlene com Ozias caracteriza a formação do mosaico familiar vivida por ela e seu filho.

Foi demonstrado anteriormente que a família mosaico é aquela formada por pessoas que, saídas de um relacionamento marital/convivencial anterior e normalmente, mas não necessariamente, com filhos oriundos dessa primeira relação, contraem nova união entre si, a estabelecer, assim, um lar com seus novos cônjuges/companheiros e seus respectivos descendentes¹⁹⁷. Entretanto, é preciso destacar que a construção de tais entidades familiares não pode restar estereotipada.

¹⁹⁶Dentre os autores que fizeram tal menção destacam-se PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União poliafetiva – **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. 07 jan. 2016. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-poliafetiva-dicionario-de-direito-de-familia-e-sucessoes/>. Acesso em: 20 jul. 2019 e XEREZ, Rafael Marcílio; ROCHA, Katarina Karol Brazil de Melo. Análise jurídica da poliafetividade a partir do filme “Eu tu eles”. **ANAMORPHOSIS** - Revista Internacional de Direito e Literatura, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 149-171, jun. 2019. Disponível em: <http://seer.rdl.org.br/index.php/anamps/article/view/465>. Acesso em: 02 fev. 2020.

¹⁹⁷MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na contemporaneidade - aspectos jusfilosóficos. **Revista Trama Interdisciplinar**, v. 3, n. 1, p. 218-234, 2012. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/tint/article/view/5017>. Acesso em: 29 jul. 2019.

Desse modo, é possível verificar a formação de entidades familiares mosaico quando uma mãe solteira, que possui filho(s) de relacionamento anterior, se casa com outra pessoa que não possui filho(s) de suas relações anteriores, tal qual o verificado entre Darlene e Ozias na obra sob análise. Isso é possível em vista da lógica fundante da relação familiar em destaque que está contida na própria nomenclatura a ela outorgada e que fora anteriormente apresentada.

Assim, repisa-se, que a família mosaico é aquela formada por pessoas provenientes de outros relacionamentos e cuja união tanto na esfera marital quanto na esfera paterno-filial é sedimentada no cimento que só a afetividade pode concretizar. Nesse contexto, é imperioso reconhecer que Darlene e seu filho provindo de relacionamento amoroso anterior, ao se unirem a Ozias – ela pelo matrimônio e seu filho pela relação paterno-filial socioafetiva, que posteriormente é convertida em espécie de adoção à brasileira – formam certo molde familiar de peças distintas que se complementam e formam quadro comum. Essa a essência do mosaicismo aplicado às famílias.

Nesse mesmo sentido, Dimas Messias de Carvalho¹⁹⁸ assevera que o mosaico familiar pode ser formado por pessoas provindas de um relacionamento anterior de onde vieram com seus respectivos descendentes – independentemente da origem da filiação estabelecida –, ou ainda sem descendentes, de modo a criar verdadeiro vínculo de afetividade e solidariedade entre pessoas distintas mas com propósitos comuns.

Desse modo, a situação fática exposta no filme enquadra-se no molde da família mosaico apresentado, já que o fato de Ozias não ter filho de relação anterior não é capaz de deturpar o quadro de mosaicismo da família inicialmente formada por ele e Darlene, sendo suficiente para tal caracterização o fato de Darlene ter iniciado seu relacionamento com Ozias possuindo filho de relação amorosa anterior, na qual, como dito, foi abandonada pelo seu parceiro.

2.1.2 Regulamentação jurídica da família mosaico

A referida modalidade familiar não encontra menção expressa no texto constitucional, como já se teve a oportunidade de apontar, tampouco no Código Civil de 2002, entretanto, dada a lógica de ampliação das modalidades familiares outorgada pelo art. 226 do texto

¹⁹⁸ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 66-67.

constitucional que não vinculou a família a nenhuma modalidade específica, tem-se defendido, em sede doutrinária, a possibilidade de construção de laços familiares tais quais os descritos acima.

E desde que se reconheça a existência dos elementos funcionais da relação familiar em tais relações que, conforme asseverado, se evidenciam pela existência de manifestações de afetividade entre as partes que compõem a convivência social nuclear, onde encontram amparo, proteção e apoio para o livre desenvolvimento de suas personalidades e habilidades e onde se verifica a observância do critério estrutural – conforme delineado no primeiro capítulo do presente estudo –, haja vista serem usualmente construídas com a formação de novos relacionamentos conjugais com terceira pessoa em que uma das partes ou ambas trazem consigo o fruto filial do relacionamento passado, não há como não reconhecer a configuração da entidade familiar que tal convivência é.

O referido reconhecimento torna imprescindível a aplicação da regra estabelecida no art. 226 da CF/88 no sentido de que o Estado atue com o escopo de proteger e promover a referida entidade familiar, a zelar, sobretudo, pela atenção aos direitos de cada um dos indivíduos que a constituem.

O Projeto de Lei n.º 470/2013¹⁹⁹, que trata do Estatuto das Famílias²⁰⁰, prevê em seu art. 70 e seguintes a regulamentação, ainda que acanhada, da entidade familiar recomposta, sem, contudo, conceituá-la. Menciona o projeto de lei, dentre outras coisas, que o enteado e o padrasto ou madrasta vinculam-se pelos laços parentais de afinidade – no que não inova em relação ao CC/02 –, bem como pontua que o enteado pode requerer alimentos ao padrasto ou a madrasta de forma complementar aos alimentos, por ventura, devidos ao pai ou à mãe do menor.

Por fim, dentre as disposições constantes no referido PL, tem-se a possibilidade de o enteado acrescentar o nome do padrasto ou da madrasta. Entretanto, nesse aspecto, entende-se que o PL mostra-se desatualizado, já que a possibilidade de estabelecimento da multiparentalidade em decorrência da contração de novo matrimônio pelo pai ou pela mãe do menor e da convivência com o padrasto ou a madrasta, desde que caracterizada a posse do

¹⁹⁹ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n.º 470/2013**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4590857&ts=1571775504963&disposition=inline>. Acesso em: 26 jul. 2019.

²⁰⁰ O referido Projeto de Lei teve sua tramitação encerrada em razão do fim da legislatura em que foi proposto.

estado de filho, já permitiria tal inclusão que se daria em razão do reconhecimento do estado de filiação entre madrasta ou padrasto e enteado.

2.2 A família anaparental: definição e características

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, a família anaparental é aquela que se encontra privada de familiares que possuam entre si vínculos de ascendência ou descendência²⁰¹. Em outras palavras, a família anaparental é formada por pessoas que possuem relação de parentesco colateral de mesmo grau em relação ao seu tronco comum ou de grau próximo sem que exista entre elas relação direta de ascendência ou descendência²⁰².

A anaparentalidade tem como fato fundante de sua caracterização a ausência das figuras paternas e/ou maternas – a depender de estar-se diante de família hétero ou homoafetiva –, desse modo a sua configuração resulta, usualmente, da cessação da vida dos pais daqueles que, em razão deste fato, passam a constituir uma família anaparental. Pode-se afirmar, portanto, que a anaparentalidade se apresenta configurável, com maior facilidade, entre parentes colaterais de segundo grau ou, dito de outro modo, irmãos, sejam eles germanos ou unilaterais, desde que em relação a eles não existam figuras dos ascendentes em primeiro grau²⁰³.

Desse modo é que se for levada em consideração a referida noção, Anna e Elsa – personagens do filme “Frozen: uma aventura congelante” –, que possuem grau de parentesco igual em relação aos seus ascendentes, porque são irmãs²⁰⁴, é verificável que o núcleo familiar por elas integrado se trata de família anaparental, como aquela definida pelo citado autor.

Há quem compreenda ainda, como o faz Dimas Messias de Carvalho²⁰⁵, que a família anaparental pode configurar-se também quando se verifica a relação entre tios e sobrinhos, isso porque o referido autor entende que a anaparentalidade resta configurada sempre que não

²⁰¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 291.

²⁰² Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, entretanto, apresenta conceito ampliativo da possibilidade de formação da entidade anaparental, asseverando tratar-se de “relação familiar baseada na *affectio* e na convivência mútua, entre pessoas que apresentem grau de parentesco”. Veja-se, portanto, que segundo a autora, não há a delimitação do grau de parentesco para a caracterização da entidade familiar sob análise. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na contemporaneidade - aspectos jusfilosóficos. **Revista Trama Interdisciplinar**, v. 3, n. 1, 29 nov. 2012.

²⁰³ Trata-se, portanto, da família sem pais, como assevera BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: princípios operacionais**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia-principais-e-operacionais.cont>. Acesso em: 29 jul. 2019.

²⁰⁴ Possuindo entre si relação de parentesco de segundo grau colateral e em relação aos seus ascendentes relação de parentesco em primeiro grau em linha reta descendente.

²⁰⁵ CARVALHO, Dimas M. de **Direito das famílias**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 65.

existir a figura paterna ou materna e, no caso aventado, o tio não se caracterizaria como pai ou a tia como mãe.

Em que pese se concorde que a ausência das figuras parentais é suficiente para caracterizar a família anaparental, deve-se reconhecer que com a possibilidade de estabelecimento de relações paterno-materno-filiais com esteio na socioafetividade e, ao se levar em conta ainda que a referida modalidade de filiação deve ser considerada, em todos os seus aspectos, igual àquela decorrente da consanguinidade²⁰⁶, entende-se que a configuração da anaparentalidade na convivência entre tios e sobrinhos pode não ser tão simples quanto possa parecer.

Isso porque a referida verificação deverá limitar-se àquelas relações em que não sejam adimplidos os requisitos que possibilitem a verificação da posse do estado de filho, quais sejam, o *tractatus*, o *nomen* e a fama, pois que no caso de estarem preenchidos os conteúdos dos mencionados elementos, ter-se-á, em verdade, a configuração da filiação socioafetiva em decorrência da existência da posse do estado de filho²⁰⁷.

A título de exemplo de convivência entre tios e sobrinho que, por não haver o preenchimento dos requisitos necessários para a configuração da paternidade socioafetiva, pode ser reconhecida a relação anaparental nos termos propostos por Dimas Messias de Carvalho, é aquela apresentada na estória de Lyam Frank Baum²⁰⁸, “*The Wonderful Wizard of Oz*”²⁰⁹, já que no mencionado escrito a personagem principal Dorothy vive com seus tios Henry e Em, antes de ser levada para Oz, e durante todo o tempo em que reside no mundo do maravilhoso mágico sempre faz menção a seus responsáveis pelos *nomens* tio e tia, não havendo outros elementos no texto que permitam reconhecer que se estabeleceu entre eles uma relação paterno-filial socioafetiva.

Há quem defenda também a possibilidade de estabelecimento de família anaparental entre pessoas que não possuem entre si qualquer vínculo de parentesco, tal qual o fazem Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf²¹⁰ e, em que pese

²⁰⁶ Conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento do Recurso Extraordinário n. 898060/SC, que será estudado em momento oportuno.

²⁰⁷ Em sentido similar tem-se a manifestação de PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 303.

²⁰⁸ BAUM, Lyam Frank. **The wizard of Oz: the first five novels**. New York: Barnes & Noble, 2014.

²⁰⁹ O Maravilhoso Mágico de Oz. (Tradução Livre).

²¹⁰ MALUF Carlos Alberto Dabus; MALUF Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39-40.

no primeiro momento a assertiva por eles emanada possa parecer ousada e até equivocada, entende-se que há razão em sua manifestação.

Se for levado em conta o entendimento de família esposado por San Thiago Dantas²¹¹, por meio do qual o referenciado autor afirma que a ideia de família está contida no sentimento de pertencimento que as pessoas desenvolvem entre si e em relação ao núcleo familiar que compõem e, considerando ainda que duas pessoas que não possuem grau de parentesco biológico entre si podem, no exercício de sua liberdade de escolha, decidirem viver juntas formando assim, deliberada e reconhecidamente, núcleo de convivência interpessoal em que se verifiquem aspectos de solidariedade e auxílios mútuos, é plenamente possível reconhecer que estas pessoas formaram para si uma unidade familiar anaparental.

Acerca da possibilidade acima delineada, é preciso fazer uma reflexão comparativa entre o instituto da anaparentalidade, nos termos propostos acima, e o matrimônio, a fim de que se busque demonstrar a razoabilidade da afirmação delineada.

O casamento é o contrato por meio do qual dois “estranhos”²¹² decidem associar-se para formar comunidade familiar entre si e entre os descendentes que da relação matrimonial por eles formada advirão – caso optem por ter filhos. Observe-se que no que concerne ao casamento, basta a manifestação de vontade decorrente do livre exercício da liberdade dos contraentes – observadas as questões atinentes aos impedimentos e suspensões matrimoniais – para que, de pronto, aquela relação seja considerada entidade familiar.

De modo, razoavelmente similar – pois que não há a firmatura de contrato – duas pessoas “estranhas” decidem conviver com *status* familiar, com todos os direitos e deveres decorrentes do referido estado de coisas, sem o interesse de manterem entre si relação sexual mas com a intenção de auxiliarem mútua e continuamente sem a determinação de poder de ascendência entre elas, formando assim relação análoga àquela apontada como família anaparental²¹³.

²¹¹ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Direito de família e das sucessões**. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

²¹² Ao menos do ponto de vista de relação parental e apenas em regra, haja vista não haver qualquer vedação para o casamento entre primos e o casamento entre tios e sobrinhos ter sido facilitada após a promulgação do Decreto n.º 3200/1941, desde que demonstrado a baixa possibilidade de problemas de saúde com a prole. Sobre o assunto, recomenda-se a leitura de GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - Direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v.6, p. 70-74.

²¹³ FACHIN, Luiz Edson. Vínculo parental parabiológico e irmandade socioafetiva. **Soluções práticas**, São Paulo, v. 2, p. 159-182, jan. 2012. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=>. Acesso em: 31 jan. 2020.

Observe-se que os motivos que ensejam as duas manifestações de vontade e o escopo que ambas buscam alcançar são os mesmos. O que as diferencia é o fato de a primeira constituir espécie de contrato civil e a outra recair e depender apenas do exercício de vontade daqueles que se comprometem com o objetivo por eles traçados. A primeira é amplamente protegida e promovida pelo estado, a segunda causa estranheza na seara jurídica e, no mais das vezes, não lhe é reconhecida a característica de entidade familiar.

Além dos meios de composição já apresentados – *mortis causa* –, é possível destacar outros dois modos de formação da família anaparental que decorrem do abandono, da destituição do poder familiar e da entrega voluntária.

O abandono se dá quando a criança é deixada pelos genitores com intuito definitivo, sem a intenção de retornar para exercer sobre a criança os seus direitos e deveres inerentes ao poder familiar. Vê-se, portanto, que o abandono é ato voluntário praticado pelos genitores que não encontra respaldo jurídico e que enseja, no mais das vezes, a institucionalização do menor abandonado, salvo nos casos em que se consegue inserir a criança ou o adolescente no convívio da família extensa, em atenção ao que prescreve o Estatuto da Criança e do Adolescente²¹⁴.

A destituição do poder familiar, por outro lado, toma lugar por decisão judicial²¹⁵ exarada com o fito de proteger os interesses e a integridade física e mental do menor, sempre que a atuação paterna ou materna se mostrar contrária à sua saúde e ao desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes, ao apresentar-se em clara afronta aos deveres de proteção, cuidado

²¹⁴ “Art. 19-A [...] § 3º A busca à família extensa, conforme definida nos termos do parágrafo único do art. 25 desta Lei, respeitará o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período. § 4º Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional.”

²¹⁵ “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.”

e educação estabelecidos aos pais²¹⁶. Na destituição, o ato que enseja a quebra do vínculo entre pais e filho(s) não é voluntário, apesar de decorrer de atos que ensejam tal medida extremada.

Por fim, tem-se a figura da entrega voluntária que se caracteriza pela demonstração de desinteresse da mãe de manter consigo nascituro ou filho recém-nascido, sem que seja possível outorgar a guarda ao pai da criança – pela manifestação expressa de vontade contrária do genitor ou pela impossibilidade de estabelecimento de contato com ele – e desde que não seja possível entregar a criança ao convívio e à criação por membro de sua família extensa. Neste caso, trata-se de ato voluntário que possui legitimação jurídica, pois que encontra esteio em recente legislação promulgada em que se concedeu às parturientes tal possibilidade (Lei nº 13.509/2017).

Nestes três casos, vê-se que a despeito de não existir a ocorrência do fato morte em relação aos genitores do menor, no plano fático deixa de existir o exercício do poder familiar sobre o menor, em consequência da inexistência de figura paterna ou materna no exercício de tal função. Daí porque se entende ser possível a configuração da anaparentalidade em tais casos.

2.2.1 *A animação “Frozen: Uma aventura congelante” e a família anaparental nela apresentada*

Como primeira animação a ser elencada no presente item da pesquisa, tem-se o filme produzido pelo estúdio Walt Disney Animation, intitulado no Brasil de “Frozen: uma aventura congelante”²¹⁷, que se baseia no conto de Hans Christian Andersen “A Rainha da Neve”, publicado pela primeira vez em 1844. Em que pese a animação não reproduza totalmente o conto mencionado, apresenta sua essência e as principais características da estória.

A produção cinematográfica conta a estória de duas irmãs – Elsa e Anna – e de seus pais, o Rei e a Rainha de Arendelle. As irmãs perdem seus pais em um naufrágio de navio e, como consequência disto, passam a residir sozinhas em seu castelo no Reino de Arendelle. A

²¹⁶ “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.”

²¹⁷ BUCK, Chris; LEE, Jennifer. **Frozen: uma aventura congelante**. (Frozen) EUA: Walt Disney Pictures, 2013, 108 min.

animação não deixa claro se, durante o período em que as irmãs eram menores de idade, algum tutor administrou o Reino, seus bens e os interesses das próprias irmãs, pois que há um corte temporal entre o naufrágio dos pais de Anna e Elza e a coroação da irmã mais velha – Elsa – como Rainha do referido Reino.

No dia da coroação de Elsa, Anna decide casar-se com Hans, o que irrita sua irmã, já que ela mal havia conhecido o rapaz. Diante da insistência de Anna, Elsa perde o controle e acaba por exteriorizar seus poderes mágicos, o que faz com que as pessoas, com medo, a tomem por bruxa, e ela foge. O filme segue com Anna tentando achar Elsa e, após encontrá-la, tentando convencê-la de que ela é uma boa pessoa e de que só ela pode reverter o inverno contínuo que abala o Reino de Arendelle.

Na tentativa de Anna em convencer Elsa a salvar o Reino e a si mesma, esta se irrita novamente e, ao perder o controle de seus poderes, acerta o coração da irmã com uma rajada de gelo, o que faz com que Anna precise da ajuda dos Trolls, que a informam que somente um ato de amor verdadeiro pode salvar um coração congelado.

Anna, ao acreditar que o ato de amor verdadeiro poderia materializar-se com o beijo de seu amado (Hans), decide voltar ao Castelo que havia ficado sob sua responsabilidade, a fim de que o beijo caloroso e amoroso de Hans a salvasse de congelar. Entretanto, ao chegar ao Castelo, descobre que o interesse de Hans com o casamento que a ela propôs era se tornar Rei de Arendelle e que ele não gostava dela verdadeiramente. Hans então a deixa para morrer congelada e prende Elsa para matá-la também.

Elsa consegue fugir da prisão e quando Hans tenta matá-la, Anna, como último ato antes de virar uma estátua de gelo, põe-se entre a espada de Hans e sua irmã. Ao ser tocada pela espada de Hans, e em razão da doação que o ato significou, Anna se salva de virar estátua de gelo e as irmãs seguem a reinar em Arendelle.

Dos fatos narrados pela estória de Anna e Elsa, é possível observar que após a morte de seus pais, as irmãs continuaram convivendo como família, de forma contínua e com as dificuldades naturais que a relação familiar impõe aos seus componentes. Em razão disso é que se pode afirmar que a animação demonstra categoricamente que a família Regente do Reino de Arendelle que, a princípio se configurava como uma família conjugal nos termos postos por Émile Durkheim – anteriormente delineado –, adquire nova configuração com a

morte dos pais das mencionadas personagens, que passam a viver como uma família anaparental.

Além do aspecto relativo à apresentação e à disseminação da família anaparental, outra questão que chama a atenção na animação “Frozen” é o fato de ela ter sido a primeira animação dos estúdios Disney a apresentar o amor e a afetividade entre os personagens, de modo diverso daquela vinculada ao matrimônio ou à dualidade sexual. Explica-se.

Em outras produções cinematográficas da empresa, usualmente a princesa era salva por um príncipe de uma situação de perigo ou de um estado de “quase-morte”, e este salvamento se dava, ordinariamente, por meio de um beijo de amor verdadeiro²¹⁸ ou resultava nesse ato de paixão. A referida lógica de dualidade sexual, de fragilidade do gênero feminino e do encontro de sexos opostos como forma de construção da entidade familiar estava de acordo com os valores até então enraizados na sociedade e no Direito – já que os filmes de que se fala foram produzidos, em sua maioria, entre as décadas de 1930 e 1980.

Entretanto, na animação em comento, Anna descobre que o ato de amor verdadeiro que poderia salvá-la de ter seu coração congelado não diz respeito ao ato simbólico de beijar Hans, por quem acreditava estar apaixonada, mas no ato de doar-se para salvar a vida da irmã, Elsa, que estava sob perigo em decorrência da falta de escrúpulos de Hans. Vê-se, portanto, que o ato de amor verdadeiro apontado pela animação relaciona-se diretamente com os sentimentos de solidariedade e fraternidade que se relaciona com o amor desprovido da sexualidade, cuja possibilidade de ocorrência se buscará demonstrar na quarta seção deste estudo.

Essa demonstração de “ato de amor verdadeiro”, conforme nomeado pela própria animação, mostra a transformação por que passou a família no lado ocidental do planeta, já que demonstra que o amor verdadeiro não é mais medido apenas pelo exercício do amor entre homem e mulher, mas decorre do ato puro e simples de preocupar-se e de dedicar-se a alguém que pode ser seu esposo, sua companheira, sua irmã etc.²¹⁹

²¹⁸ Dentre as produções cinematográficas que contém e expõem o referido paradigma podem-se destacar as seguintes: Branca de Neve e os Sete Anões e Cinderela, ambas produzidas pelos Estúdios Disney na década de 1980.

²¹⁹ Em sentido similar tem-se a manifestação de Luiz Edson Fachin, para quem “as formas de convivência familiar, por certo, não se limitam à conjugalidade. Os vínculos de parentesco, quando qualificados pela afetividade solidária que informa a convivência, também propiciam a verificação de comunidades familiares”. Vínculo parental parabiológico e irmandade socioafetiva. FACHIN, Luiz Edson. **Soluções Práticas**, São Paulo, v. 2. p. 159-182, jan. 2012. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=> Acesso em: 31 jan. 2020.

2.2.2 Regulamentação jurídica da família anaparental

De modo similar ao que fora afirmado em relação à entidade familiar recomposta, a família anaparental não possui previsão expressa no texto constitucional ou na codificação civil vigente²²⁰, a não ser pelas prescrições de igualdade entre os irmãos – por parte da CF/88 e do CC/02 – e do estabelecimento de relação de parentesco colateral em segundo grau pelas pessoas que descendem, de forma direta, de tronco comum ascendente de primeiro grau²²¹.

É importante pontuar ainda que mesmo no Projeto de Lei n.º 470/2013 – anteriormente citado –, não há menção expressa à família anaparental. Entretanto, a existência de tal espécie de relacionamento familiar já foi reconhecido por parte da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1217415/RS²²², de Relatoria da ministra Nancy Andrighi, em que se equiparou a entidade anaparental às demais modalidades familiares,

²²⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.

²²¹ Na trilha do que dispõe o art. 1.592 do Código Civil de 2002.

²²² “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE. Ação anulatória de adoção post mortem, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção post mortem sem a demonstração cabal de que o de cujus desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos. A redação do art. 42, § 5º, da Lei 8.069/90 - ECA -, renumerado como § 6º pela Lei 12.010/2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade. A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas. Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do interprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei. O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares. O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte. **Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA.**” Recurso não provido. (REsp 1217415/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012) (grifos nossos).

sobremodo a constituída pelo casamento e pela união estável, no que diz respeito à sua estabilidade e, conseqüentemente, à possibilidade da prática do ato de adoção conjunta pelos integrantes de família anaparental.

Além disso, conforme demonstrado em item anterior, a referida família goza de pleno reconhecimento pela doutrina familiarista brasileira, ainda que haja certo dissenso quanto à possibilidade de formação da entidade familiar mencionada, o que, de *per si*, não modifica o fato de os doutrinadores se manifestarem de forma contundente acerca de sua existência e da necessidade de que o Estado lhe preste o mesmo auxílio e a mesma proteção que outorga as demais entidades familiares.

2.3 A família monoparental: definição, características e números no Brasil

A entidade familiar monoparental pode ser conceituada como aquela formada por um dos genitores e seus descendentes²²³. A referida modalidade familiar está expressamente prevista no texto constitucional (§4º do art. 226 da CF/88) e compõe, portanto, o rol das entidades familiares em relação às quais não há discussão quanto a viabilidade de seu reconhecimento jurídico, haja vista ser objeto de referência expressa pelo constituinte de 1987-1988.

A referida modalidade familiar, deve-se destacar, pode ser formada como resultado do exercício de liberdade dos indivíduos que a compõem, mormente os genitores – como, por exemplo, no caso em que os pais decidem se divorciar e um deles vai embora do país e não retorna e nem demonstra interesse em manter contato com seu descendente –, podem decorrer também de causas naturais – como a morte de um dos genitores – ou ainda de fatores sociais – como a gravidez indesejada que acarreta o abandono da mãe e do filho, normalmente, por parte do genitor²²⁴.

Além das formas supramencionadas, é possível destacar outro caminho para a formação de entidades familiares da espécie em destaque, que é a adoção à brasileira. A referenciada espécie de adoção pode ser definida como o ato que alguém pratica ao registrar como seu o filho de outrem e, em que pese a prática constitua ilícito penal, há densa e extensa jurisprudência que defende a manutenção do vínculo familiar formado entre adotante e

²²³ Conforme estabelece o art. 226, §4º da Constituição Federal de 1988.

²²⁴ CORREIA, Isabel Matos. Famílias monoparentais - Uma família, um caso.... **Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar**, [s.l.], v. 18, n. 4, p. 241-9, jul. 2002. Disponível em: <http://rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/view/9884/9622>. Acesso em: 01 fev. 2020.

adotado, quando passado lapso temporal suficiente à formação de denso vínculo socioafetivo²²⁵.

Acerca da relação entre monoparentalidade e adoção, Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira²²⁶ asseveram que foi a permissão constitucional para a formação de famílias monoparentais que permitiu, posteriormente, que os processos regulares de adoção fossem realizados por pessoa solteira, já que antes havia a exigência de que a adoção fosse realizada por duas pessoas que tivessem contraído, entre si, matrimônio.

Há, ainda, dentre as possibilidades existentes para a formação do referido vínculo monoparental, aquela relativa à produção independente, conforme pontua Rodrigo da Cunha Pereira²²⁷, que se concretiza por meio da utilização do método de inseminação artificial nas modalidades homóloga ou heteróloga, em que o material genético da pessoa que deseja produzir de forma independente seu filho é somado ao material genético de outrem e introduzido artificialmente do ventre da futura mãe.

No ano de 2017, houve a ocorrência de caso de grande repercussão midiática da chamada produção independente no Brasil, que foi protagonizado pela ex-atriz Karina Bacchi, que declarou ter feito inseminação artificial²²⁸, a fim de que pudesse engravidar e gerar seu

²²⁵ “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE MENOR. APARENTE ADOÇÃO À BRASILEIRA E INDÍCIOS DE BURLA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. PRETENSOS ADOTANTES QUE REUNEM AS QUALIDADES NECESSÁRIAS PARA O EXERCÍCIO DA GUARDA PROVISÓRIA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO PRESUMÍVEL NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES DESENVOLVIDAS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. 1- O propósito do habeas corpus é definir se deve ser mantida a ordem de acolhimento institucional da menor diante do reconhecimento, pelos graus de jurisdição ordinários, de que houve tentativa de burlar o cadastro nacional de adoção. 2- Conquanto a adoção à brasileira evidentemente não se revista de legalidade, a regra segundo a qual a adoção deve ser realizada em observância do cadastro nacional de adotantes deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse do menor, admitindo-se em razão deste cânone, ainda que excepcionalmente, a concessão da guarda provisória a quem não respeita a regra de adoção. 3- Hipótese em que o casal de pretensos adotantes havia se submetido, em passado recente, às avaliações e formalidades necessárias para integrar o cadastro nacional de adotantes, estando apto a receber e despender os cuidados necessários a menor e convicto da escolha pela adoção. 4- O convívio da menor com os pretensos adotantes por um significativo lapso temporal induz, em princípio, a provável existência de vínculo socioafetivo que deve ser amparado juridicamente, sem prejuízo da formação de convencimento em sentido contrário após regular e exauriente cognição. 4- Ordem concedida”. (HC 385.507/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018)

²²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2.220.

²²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 303-304.

²²⁸ KARINA Bacchi dá à luz Enrico, em Miami; gravidez foi produção independente. **UOL**, 2017. Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/celebridades/2017/08/nasce-filho-de-karina-bacchi-enrico.shtml>. Acesso em: 15 jul. 2019. KARINA BACCHI anuncia gravidez por fertilização in vitro. **UOL**, 2017. Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/celebridades/2017/02/karina-bacchi-anuncia-gravidez-por-fertilizacao-in-vitro.shtml>. Acesso em: 15 jul. 2019.

filho sem a presença de um genitor, a caracterizar-se a modalidade de monoparentalidade em destaque²²⁹. A despeito da repercussão do caso da referenciada atriz, não se pode dizer que a sua atitude representou ato isolado, já que existem diversos outros casos de pessoas comuns que também optaram pela produção independente de seus descendentes²³⁰.

Deve-se destacar ainda que, apesar de o referenciado modelo de entidade familiar ter surgido para proteger e albergar as mães e filhos que eram abandonados pelos esposos e pais, isso não quer dizer que a família monoparental não possa ser constituída pelo pai e seus descendentes, pois como dito, a monoparentalidade pode decorrer de causas naturais, como a morte de um dos ascendentes e, caso a mãe seja o ascendente que faleça, o pai constituirá a monoparentalidade com seus descendentes, tal qual ocorreria no caso inverso.

Exemplo dessa situação é trazida por Jacob e Wilhelm Grimm em seu conto infantil João e Maria²³¹, já que a referida estória deixa assente que a mãe dos personagens principais do conto faleceu e o pai casou-se novamente com outra pessoa, que o fez abandonar os filhos na floresta para com ele não morrer de fome. Ao final do conto, os irmãos – após matarem a bruxa na casa de doces – retornam para a casa de seu pai e, ao descobrirem que sua madrasta havia falecido, passam a viver com o pai em relação familiar monoparental novamente²³².

Outrossim, têm-se outros exemplos de comunidade familiar monoparental encabeçados por homens apresentados em manifestações artísticas dos mais variados matizes, que podem ser apontados, a título exemplificativo, tais como aquela elencada na obra cinematográfica “Os Miseráveis”²³³ – que se trata de adaptação da obra literária de mesmo nome escrita por Victor Hugo (1802-1885) –, em que se verifica a convivência familiar estabelecida entre Jean

²²⁹ Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf aponta que no caso de monoparentalidade matrilinear em que se utilizam as técnicas de reprodução artificial para possibilitar a gravidez da mulher, tem-se a constituição da família unilinear, que se apresenta como desdobramento da monoparentalidade. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A composição da família na pós-modernidade. **Revista FMU Direito**, São Paulo, ano 24, n. 34, p.1-17, 2010.

²³⁰ MOLINERO, Bruno. Conheça crianças que nasceram de 'produção independente' e não têm pai. **Folha de São Paulo**, 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folhinha/2015/05/1632397-conheca-criancas-que-nasceram-de-uma-reproducao-independente.shtml>. Acesso em: 15 jul. 2019.

²³¹ GRIMM, Wilhelm **Contos de fada de Perault, Grimm, Andersen e outros**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 89-94.

²³² Diz-se novamente porque no hiato entre a morte da mãe de João e Maria e o casamento do pai com sua madrasta configurou-se a relação monoparental de mesmo modo, ainda que a estória não tenha deixado essa informação clara.

²³³ HOOPER, Tom. **Os miseráveis**. Universal Studios. 2012. 158 min.

ValJean²³⁴ e Cosette²³⁵, e que se faz possível em decorrência, pura e simples, do exercício de vontade de Jean ValJean em adotar Cosette, após a morte de sua mãe Fantine²³⁶.

Outro exemplo que se pode destacar de relação monoparental paterna apresentada em obras artísticas é aquela evidenciada no terceiro livro das Crônicas de Nárnia - de C.S. Lewis (1898-1963) – intitulado o “Cavalo e seu menino”²³⁷, que mostra a convivência paterno-filial – ao menos em certos aspectos – de Arriche e Shasta, em que pese tal qual na estória de Os Miseráveis, não haja entre os personagens o liame sanguíneo para designar a paternidade exercida.

Estas, entretanto, não se configuram na obra artística central da presente análise, mas apenas serviram para demonstrar que apesar da existência de histórico relacionado à configuração da monoparentalidade maternal, é possível que a relação de parentalidade monolítica seja configurada entre um pai e seus descendentes. A obra por meio da qual se pretende destacar a demonstração da entidade familiar sobredita no mundo das artes é “Piano no Mori”, que será tratada a seguir.

Por fim, faz-se possível afirmar que dado o crescente estabelecimento de igualdade entre homens e mulheres, tanto do ponto de vista laboral quanto social, não impede que a genitora realize o ato de abandono do lar e, por conseguinte, deixe seus descendentes com o pai para que os crie e exerça sobre eles o poder familiar decorrente da relação configurada. Essa realidade de pais que convivem com seus filhos, excluída a discussão das razões que levaram a esse cenário, fora apresentada pelo Censo de 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), conforme será visto a seguir.

Em números gerais, o IBGE verificou que a modalidade referida é a terceira em incidência no território nacional, sendo a forma de convívio de 18,6% das famílias brasileiras, ou seja, cerca de 9.253.937 (nove milhões, duzentos e cinquenta e três mil novecentos e trinta e sete) pessoas estavam inseridas no referido tipo de entidade familiar, ficando atrás apenas da modalidade familiar conjugal com e sem filhos (cujos percentuais apurados foram 54,9% e 20,2%, respectivamente). Do mencionado número total, verificou-se ainda que 16,2% são famílias monoparentais maternas, ou seja, possuem a figura da mãe na liderança de tal

²³⁴ Personagem vivido pelo ator Hugh Jackman na adaptação cinematográfica da obra literária.

²³⁵ Interpretada pela atriz Amanda Seyfried.

²³⁶ Personagem vivida pela atriz Anne Hathaway.

²³⁷ LEWIS, C.S. *As crônicas de Nárnia*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 187-287.

convivência, e em 2,4% das situações verificadas, observou-se pais à frente de tal modelo familiar²³⁸.

No que pertine à distribuição da modalidade monoparental de família entre as zonas urbana e rural, verificou-se que a monoparentalidade tem maior incidência na zona urbana, onde se observou que 19,4% das relações familiares são do tipo em comento contra 11,6% na zona rural do país. Segundo o próprio estudo do IBGE, essa diferença se deve em razão de o campo possuir valores culturais mais tradicionais e uma ligação com a religião mais forte que os centros urbanos, onde, *a contrario sensu*, as pessoas têm maior liberdade religiosa.

2.3.1 “Piano no Mori”: a estória de superação de uma família monoparental

Piano no Mori²³⁹ trata-se de anime produzido pelo estúdio Gainax e dirigido por Manabu Nakatani, que conta a estória de duas crianças que se conhecem na escola regular japonesa, uma delas Shuhei Amamiya – que acabara de ser transferida para aquele colégio – é desafiado a tocar o piano abandonado na floresta ou mostrar suas partes íntimas para comprovar que é do sexo masculino. O objetivo de tal “iniciação” é ser “aceito” no colégio e não sofrer com o *bullying* infligido por parte dos estudantes aos novatos. A outra criança, Kai Ichinose, ajuda Amamiya a livrar-se dos seus importunadores e, dada a curiosidade de Amamiya em conhecer o Piano na Floresta, leva-o até lá.

Ao chegarem até o Piano abandonado na floresta, Amamiya – que era pianista em formação – tenta tocá-lo e não obtém êxito e declara a Ichinose que o piano estaria quebrado, ao que Kai – que jamais tomara lições de piano – senta-se e toca certa melodia, a surpreender Amamiya. A estória segue apresentando o sentimento de amizade que Ichinose nutre por Amamiya e a inveja que este sente por aquele.

Não era apenas o talento de Kai que o diferenciava e Amamiya, mas as possibilidades que ambos tinham de desenvolver suas habilidades. Kai Ichinose era filho de uma prostituta quase sem recursos e vivia em Morinohata, bairro da luz vermelha do Japão. Em contrapartida, Shuhei Amamiya era filho de pianistas consagrados, sendo seu pai Oichiro Amamiya, renomado pianista com posses e capital suficientes para ofertar a seu filho os melhores professores de piano.

²³⁸ IBGE. **Censo demográfico 2010**: famílias e domicílios – resultados da amostra. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_. Acesso em: 05 jul. 2019.

²³⁹ Piano na Floresta. (Tradução Livre).

Mesmo com toda a dificuldade que a sua vida lhe oferece, já que precisa trabalhar no local em que sua mãe também exerce seu labor e sofre com os ataques de toda sorte, o talento de Kai Ichinose conquista a atenção de Sousuke Ajino, professor de música de sua escola e renomado pianista, que encerrou sua carreira após sofrer um acidente que diminuiu a capacidade motora de sua mãe esquerda.

Com o auxílio de Ajino, o apoio de sua mãe Reiko e com seu esforço próprio, Kai Ichinose – que se utilizava de seus conhecimentos de piano, primordialmente, para auxiliar financeiramente sua mãe, acaba por conquistar a Competição de Chopin realizada em Varsóvia, e se transforma em um dos maiores pianistas do mundo, a vencer, inclusive, seu amigo/rival Amamiya, a quem admirava como pessoa e músico.

Conforme apresentado na breve sinopse feita da série Piano no Mori, Kai tinha como família apenas a sua mãe Reiko Ichinose. Em momento algum a estória faz menção ao pai de Kai, o que leva a crer, dado o labor de sua mãe, que provavelmente seu genitor deva ter sido um dos clientes atendidos por Reiko em Morinohata. Esse fato, entretanto, não é comprovado pela estória, ao menos até a segunda temporada lançada em julho de 2019.

Desse modo, pode-se afirmar que Reiko e Kai Ichinose caracterizam uma relação familiar monoparental tal qual aquela definida pelo texto constitucional de 1988 e conforme demonstrado no item imediatamente anterior.

2.3.2 Regulamentação jurídica da família monoparental

Em que pese a família monoparental tenha sido apontada pelo constituinte originário como uma das modalidades de família expressamente reconhecidas no texto constitucional de 1988, as normas infraconstitucionais não endereçaram a tal modalidade familiar – como, inclusive não fizeram a nenhuma, como já exposto -, tratamento específico. O Código Civil cuidou apenas do estabelecimento da filiação em decorrência do reconhecimento manifestado pelos ascendentes – perfilhação –, o que acarreta o reconhecimento indireto da modalidade sobredita, já que ela se perfaz na convivência de um dos ascendentes e o(s) descendente(s).

Outrossim, em que pese a codificação civil não tenha adotado o zelo pela apresentação da espécie familiar sob exame, a tratativa da matéria é feita, de forma expressa, em dois projetos de Lei que tramitam na Câmara dos Deputados. O primeiro deles, chamado de

Estatuto da Família (Projeto de Lei nº 6.583/2013²⁴⁰), preocupa-se em tratar das modalidades de família constitucionalmente estabelecidas, ao reconhecê-las, e apenas elas, como formas juridicamente possíveis de estabelecimento da entidade familiar.

Em razão do exposto, o art. 2º do referido Projeto de Lei assevera que para os fins a que se destina a referida Lei, em potencial, “define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Observa-se assim que há clara menção e intenção de perpetuar como entidades familiares apenas aquelas expressamente previstas no texto constitucional, a seguir a liturgia da interpretação literal que ainda há quem insista em adotar.

De outro lado, tem-se o Estatuto das Famílias (Projeto de Lei nº 470/2013²⁴¹), em que se faz menção expressa à família monoparental no art. 69, §1º do referido Projeto de Lei, como sendo aquela formada entre o “ascendente e seus descendentes, qualquer que seja a natureza da filiação ou do parentesco”. Observa-se, assim, que a referida Lei em potencial tem o escopo de garantir o reconhecimento da modalidade monoparental, independentemente do modo pelo qual a filiação fora estabelecida, a reconhecer que, além da vinculação sanguínea, existem outros métodos possíveis para a formação do vínculo paterno-materno-filial, dentre os quais se destacam a adoção e a socioafetividade.

Além disso, o Estatuto das Famílias, diferente do que faz o seu antagonista, preza pela múltipla possibilidade de estabelecimento dos vínculos familiares, a reconhecer aqueles que foram expressamente apontados pelo constituinte originário e, também, outros que decorrem dos princípios jurídicos entabulados pela Constituição Federal de 1988 e pela práxis cotidiana do convívio social. Dentre as modalidades diversas reconhecidas pelo Estatuto das Famílias, pode-se apontar a família pluriparental (art. 69, §2º, do Projeto de Lei) e a recomposta (art. 70 do referido Projeto de Lei).

É possível concluir, portanto, que a família monoparental não possui tratamento específico ofertado por nenhuma lei vigente no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido apenas reconhecida pelo texto constitucional sem que suas especificidades tenham sido apresentadas pela codificação civil ou lei esparsa especificamente dedicada a tal objetivo. Há,

²⁴⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Estatuto da Família. **Projeto de Lei nº 6.583/2013**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao>. Acesso em: 15 dez. 2019.

²⁴¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Estatuto das Famílias. **Projeto de Lei nº 470/2013**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Acesso em: 15 dez. 2019.

entretanto, conforme demonstrado, a sua tratativa em Projetos de Leis que, ao que tudo indica, não serão promulgados em breve tempo.

2.4 Multiparentalidade: definição, características e modos de configuração

Acerca da respectiva modalidade familiar, é oportuno destacar o entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira²⁴², para quem a família multiparental é aquela em que se verifica a existência de mais de um pai ou mais de uma mãe a exercer as atividades inerentes a estes papéis. Afirma ainda o autor que a referida modalidade familiar normalmente decorre da constituição de novos vínculos conjugais a fazer com que madrastas e padrastos tenham a oportunidade de assumir o papel de mãe e de pai de forma paralela aos pais biológicos.

Percebe-se, portanto, que na família multiparental a(s) relação(ões) em destaque é aquela de primeiro grau que estabelece o parentesco mais próximo que alguém pode formar com outra pessoa – ao se levar em conta que o matrimônio não enseja a formação do vínculo de parentesco. O referido liame pode ser analisado sob dois pontos de vista, quais sejam, o ascendente e o descendente. Caso se opte pela primeira possibilidade, estar-se-á a falar em parentalidade²⁴³; do modo inverso, estar-se-á a fazer menção à filiação.

Pode-se definir a parentalidade (paternidade/maternidade) como a relação de primeiro grau ascendente que dada pessoa estabelece com outra e, por outro lado, a filiação seria a relação de primeiro grau descendente que alguém tem estabelecida com outrem. Conforme assevera Dimas Messias de Carvalho²⁴⁴, a relação paterno-materno-filial pode ser estabelecida, conforme prescrição legal²⁴⁵, por fatos biológicos, atos civis ou por outra origem.

Tem-se, portanto, caracterizada a multiparentalidade quando se estabelece em relação a dada pessoa três ou mais vinculações parentais, ou seja, as duas convencionais – hétero (pai e mãe) ou homoafetiva (mãe e mãe ou pai e pai) – e uma terceira relação de parentesco em primeiro grau²⁴⁶. Assim, além dos vínculos primários de parentalidade – que podem decorrer

²⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 307.

²⁴³ Termo genérico utilizado para paternidade e maternidade.

²⁴⁴ CARVALHO, Dimas Messias de. Multiparentalidade - equiparação ou prevalência da filiação socioafetiva com relação à biológica? **Revista IBDFAM Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 28, p. 13-35, jul./ago. 2018.

²⁴⁵ “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

²⁴⁶ A multiparentalidade pode ser conceituada como a existência de mais de um vínculo na linha ascendente de primeiro grau, quer do lado materno, quer do lado paterno. Os vínculos podem ter a mesma origem, como duas mães socioafetivas, ou podem ser decorrentes da cumulação de parentescos diferentes, como uma mãe socioafetiva e outra biológica. VALADARES, Maria Goreth Macedo; FERREIRA, Isadora Costa. Multiparentalidade: uma forma de respeito à convivência avoenga nas adoções unilaterais. **Revista Brasileira**

da reprodução biológica, de processo de adoção ou de declaração de vontade dos pais –, têm-se ainda outro(s) vínculo(s) parental que, usualmente, decorre do reconhecimento de relações paterno-materno-filiais socioafetivas.

Segundo assevera Jorge Shiguemitsu Fujita²⁴⁷, a filiação socioafetiva pode ser conceituada como aquela que se estabelece entre pais e filhos, sem que para tanto exista liame de ordem sanguínea entre eles, ausência esta que é preenchida pelo afeto que, nesse caso, atua como elemento aglutinador da relação configurada. A citada relação, entretanto, para que produza os efeitos jurídicos ordinários decorrentes do *status* de filiação, deve apresentar as seguintes expressões exteriores²⁴⁸: reputação diante de terceiros da situação de filho, tratamento inter-relacional condizente com a relação paterno-materno-filial e a utilização dos *nomens* “pai”, “mãe” e “filho” entre as partes.

O reconhecimento dessas manifestações²⁴⁹ de afetividade que se exteriorizam²⁵⁰ da relação paterno-filial e ecoam nos meios sociais dá ensejo à formação da figura jurídica denominada “posse estado de filiação”, que representa a configuração do *status* paterno-filial

de Direito Civil, v. 8, abr. / jun. 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/65/59>. Acesso em: 25 jul. 2019.

²⁴⁷ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 71.

²⁴⁸ Assim se manifesta também BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigações de paternidade: posse de estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 60.

²⁴⁹ Pontes de Miranda aponta as citadas exteriorizações da seguinte maneira: *nomen* - que diz respeito à necessidade que do indivíduo use o nome a da pessoa a que atribui a paternidade; *tractatus* - que significa que os pais deviam tratar o terceiro como filho, dando-lhe educação, meios de subsistência e etc.; *fama* - tido como o reconhecimento público do estado que se propõe. PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. IX, p. 46-47. Paulo Lobo elenca os requisitos que permitem o reconhecimento da configuração da socioafetividade e que se apresentam similares, senão idênticos, àqueles apontados por Pontes de Miranda e acima apresentados. Segundo Lobo a socioafetividade estará configurada quando se verificar: pessoas que se comportam como pai e/ou mãe e outras que se comportam como filhos; a existência de convivência familiar entre tais pessoas; a existência de estabilidade do relacionamento objeto de análise; e afetividade. LOBO, Paulo. *Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 05, ago./set. 2008.

²⁵⁰ Ricardo Lucas Calderón, ao se manifestar acerca da possibilidade de o afeto gerar efeitos jurídicos afirma que: “as manifestações exteriorizadas de afeto podem ser captadas pelos filtros do Direito, pois fatos jurídicos representativos de uma relação afetiva são assimiláveis no curso de um processo judicial. Por outro lado, é inegável que o afeto em si é efetivamente um sentimento anímico, inapreensível de forma direta pelo atual sistema jurídico, o que desaconselha que os juristas se aventurem na sua apuração. Consequentemente, resta tratar juridicamente apenas das atividades exteriorizadoras de afeto (afetividade), um conjunto de atos concretos representativos de um dado sentimento afetivo por outrem (esses atos concretos são captáveis pelo Direito, por intermédio dos seus meios usuais de prova). Finalmente, resta possível sustentar que a socioafetividade se constitui no reconhecimento no meio social de uma dada manifestação de afetividade, percepção por uma dada coletividade de uma relação afetiva (repercussão também captável pelo Direito, pelos seus meios usuais de prova)”. CALDERÓN, Ricardo. *Socioafetividade na filiação: análise da decisão proferida pelo STJ no REsp 1.613.641/MG*. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 13, p. 141-154, jul./set. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/160/153>. Acesso em: 20 jul. 2019.

produzido entre as partes e reverbera no meio social e, em razão mesmo disso, gera efeitos sobre a personalidade de ambos os envolvidos.

Desse modo, caso se estabeleça a posse do estado de filho entre duas pessoas em que se verifica com relação a uma delas a coexistência de relação paterno-materno-filial decorrente da sanguinidade – que, usualmente, se apresenta por meio das presunções de paternidade descritas no art. 1.527 do Código Civil de 2002 ou, na falta dos elementos necessários para aplicação da presunção se dá por meio de exame de DNA – e do reconhecimento voluntário do filho, tem-se a multiparentalidade.

Esse foi o entendimento desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Recurso Extraordinário 898060/SC, que discutia em sede constitucional questão que já vinha sendo tratada de forma divergente pelos Tribunais de Justiça Estaduais, Federais Regionais e Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual a definição de tese de repercussão geral com o escopo de conformar o entendimento acerca da matéria se fez necessário. No julgamento do caso destacado para análise da repercussão geral, o STF definiu que a tese a ser aplicada aos casos semelhantes deveria ser a seguinte: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Vê-se assim que o STF, ao analisar processo em que se pretendia o reconhecimento da sobrevalência da parentalidade socioafetiva em face da biológica, decidiu, por maioria²⁵¹, que não há que se falar em maior relevância de uma modalidade de parentalidade em relação a outra, razão pela qual se fez forçoso reconhecer a possibilidade de concomitância entre elas²⁵².

No que pertine à formação do vínculo parental socioafetivo, pode-se asseverar que ele se dá, normalmente, pela lógica da recomposição familiar²⁵³, em que pessoas que eram casadas

²⁵¹ Com a divergência dos Ministros Dias Toffoli - que defendeu a sobrevalência da paternidade biológica em detrimento da socioafetiva a fim de resguardar as normas postas no Código Civil de 2002 -, Edson Fachin e Teori Zavascki - para quem a parentalidade biológica, de per si, não tem o condão de estabelecer a paternidade/maternidade jurídica, devendo haver a sobrevalência da parentalidade socioafetiva que decorre do exercício factual das responsabilidades inerentes a paternidade/maternidade.

²⁵² A análise crítica do referido julgado será feito em momento oportuno, por ora, entendeu-se necessário apenas elencar a forma como a matéria fora decidida, a fim de demonstrar que a possibilidade jurídica da multiparentalidade fora devidamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁵³ Obtempera, entretanto, Nadinne Sales Callou Esmeraldo Paes, de forma acertada, que “a filiação socioafetiva na família recomposta não se configura automaticamente com a constituição desta através do novo casamento ou da nova união estável dos pais. Com efeito, para a sua caracterização impõe-se, para além da existência do simples padrasto, que a convivência entre o padrasto/ a madrasta e o(a) enteado seja qualificada pelo elemento afetivo”, que seja capaz de criar entre enteado e padrasto/madrasta uma relação paterno-materno-filial de fato. PAES, Nadinne Sales Callou Esmeraldo. O afeto nas famílias recompostas: possibilidades de repercussão jurídica positiva do elemento afetivo nas relações de afinidade no

ou em situação de convivência prolongada dissolvem tais relações amorosas e, tendo adquirido filhos ou não das mencionadas relações, aventuram-se em novos relacionamentos amorosos que acabam por se converter em matrimônio ou uniões estáveis. Assim é que se tem a construção do que a doutrina chama de família recomposta²⁵⁴ – analisada anteriormente – e que pode acarretar a assunção das funções de pai e mãe pelos padrastos e madrastas de crianças e adolescentes, em claro exemplo de superação das escolhas do coração em relação aos clamores da biologia²⁵⁵ ou ainda de equiparação quando há manifesta vontade de exercício da parentalidade pelo ascendente biológico e socioafetivo²⁵⁶.

Brasil. **Civilistica.com**: revista eletrônica de direito civil, v. 8, n. 2, p. 1-19, 9 set. 2019.

²⁵⁴ FRANCO, Karina Barbosa; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A multiparentalidade nas famílias reconstituídas. **Revista IBDFAM**: família e sucessões, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 28, p. 89-114, jul./ago. 2018.

²⁵⁵ VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e da paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 180.

²⁵⁶ “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALTERAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. FILHO HAVIDO DE RELAÇÃO EXTRA CONJUGAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. APLICAÇÃO DA *RATIO ESSENDI* DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **Trata-se de ação de investigação de paternidade de filho havido por mulher casada, fundada no art. 1.604 do CC/2002, em que o autor contesta o vínculo de filiação estabelecido na constância do casamento**, a qual não se confunde com ação negatória de paternidade, prevista no art. 1.601, para a qual o marido é o único legitimado, e que tem por objeto, exclusivamente, a impugnação da paternidade de filho concebido durante a relação matrimonial. 2. Segundo a jurisprudência desta Corte, a ação é suscetível de ser intentada não apenas pelo suposto filho, mas também por outros legítimos interessados, como no caso, por aquele que afirma ser o verdadeiro pai. 3. O direito de família abrange a área mais especial e sensível do ser humano, merecendo suas demandas atenção extrema, visto que as controvérsias daí decorrentes podem gerar sequelas profundas ou danos emocionais irreparáveis, o que recomenda, em certos casos, que o julgamento da causa seja realizado sopesando as peculiaridades fáticas que lhe são próprias, sob pena de o Judiciário perpetuar uma situação que, não raras vezes, possa se distanciar do princípio do melhor interesse do menor, introduzido em nosso sistema jurídico como corolário da doutrina da proteção integral, consagrada pelos arts. 227 da Constituição Federal e 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual deve orientar a atuação tanto do legislador quanto do aplicador da norma jurídica. 4. Sob esse prisma, após anos de amadurecimento da discussão, a doutrina e a jurisprudência têm preconizado que a prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se debate, de um lado, o direito ao estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito à manutenção dos vínculos que se estabeleceram, cotidianamente, a partir de uma relação de cuidado e afeto, representada pela posse do estado de filho. 5. **No caso em tela, extrai-se dos autos que o marido da mãe assumiu a paternidade do menor de forma voluntária, mesmo sabendo que não era seu filho biológico, e desse reconhecimento estabeleceu-se um vínculo afetivo** que, certamente, só vem se fortalecendo com o tempo, haja vista que ele permanece casado com a genitora da criança registrada, participando, em consequência, do seu convívio diário. 6. **Por sua vez, desde que teve ciência da possibilidade de ser o pai biológico, o ora recorrido sempre buscou ter reconhecida essa condição. Inicialmente, mediante a realização do exame de DNA e, posteriormente, com o ajuizamento da presente ação, seguida da obtenção de regulamentação de visitas, o que também lhe permitiu conviver com o menor, desde quando ele tinha pouco mais de 2 (dois) anos de idade, e com ele estabelecer verdadeira relação paternal.** 7. Os elementos fáticos do caso, portanto, revelam o surgimento de filiação por origens distintas, do qual emerge um modelo familiar diverso da concepção tradicional, pela presença concomitante, tanto de vínculos estabelecidos por relação afetiva, quanto daqueles oriundos de ascendência biológica, e para cuja solução, vislumbrando o melhor interesse do menor, não se impõe a prevalência de um sobre o outro, mas o reconhecimento jurídico de ambos, seguindo a *ratio essendi* do que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do REExt. n. 898.060/SC, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 24/8/2017, no qual foi fixada a tese - com repercussão geral - de que ‘a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais’. 8. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1548187/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 02/04/2018).

Entretanto, em que pese a hipótese aventada seja a mais comum na formação da família multiparental, este não é o único meio pelo qual a multiparentalidade pode tomar lugar na vida das pessoas. Outra situação que pode ocasionar a consolidação da respectiva modalidade familiar é a adoção à brasileira, isso porque aquele que declara como seu filho de outrem assume a posição parental²⁵⁷ socioafetiva registral, em razão da inexistência de vinculação biológica entre o adotante e o adotado.

Ocorre que, neste caso, não tendo sido realizado o procedimento de destituição do poder familiar – inerente ao processo de adoção regular –, remanesce a relação parental biológica, havendo assim duas relações parentais distintas e concomitantes, a do progenitor, a quem o Estado brasileiro outorga o papel parental pelo laço sanguíneo que mantém com seu descendente, e do pai socioafetivo, que tomou para si as responsabilidades inerentes ao exercício da parentalidade responsável, sendo inevitável a configuração da multiparentalidade, independentemente se ela ocorrer no lado materno ou paterno da relação.

Uma terceira via de formatação da entidade familiar apresentada por Christiano Cassettari²⁵⁸ se verifica quando algum dos cônjuges – normalmente o marido/convivente –, em decorrência de manutenção de relação extraconjugal, estabelece vínculo paterno-filial com alguém que não descende de sua esposa, mas da pessoa com quem mantinha sua relação fora do casamento.

Entretanto, a “simples” aquisição da posição de pai biológico de filho havido fora do casamento não é suficiente para ensejar a relação multiparental. Para que ela ocorra, é necessário que a esposa do pai biológico assuma o papel de mãe da criança ou, ainda, que a mãe biológica da criança encontre em outro relacionamento alguém que exerça o papel de pai de seu filho, de forma similar ao que se apresentou em relação à família recomposta. Nesse contexto estará configurada a multiparentalidade, em razão da concomitância da relação parental biológica e socioafetiva materna (no primeiro caso) e paterna (no segundo exemplo).

Há ainda outra possibilidade de formação da entidade multiparental que se dá quando os pretensos pais – hetero ou homoafetivos – se utilizam de meio de tecnologia genética com participação de terceiros para possibilitar a gestação de seu filho²⁵⁹. Dito de outro modo, é

²⁵⁷ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 46.

²⁵⁸ *Ibid.*, 2017, p. 51.

²⁵⁹ Manifestam-se nesse sentido também Fernando Sérgio Pereira e José Geraldo Romanello Bueno, a despeito de utilizarem para tanto, argumentação e exemplo diversos do aqui explanado. PEREIRA, Fernando Sérgio; BUENO, José Geraldo Romanello. A multiparentalidade como consequência da reprodução humana assistida:

possível verificar-se o estabelecimento da relação multiparental nos casos em que se utiliza da inseminação artificial heteróloga para possibilitar o processo de fecundação do óvulo de onde provirá o novo ser humano.

Nesse caso específico, ter-se-á a formação de relação multiparental se o doador do gameta necessário para que a fecundação se faça possível não seja doador anônimo e, ademais, tenha a intenção de exercer, em conjunto com os demais envolvidos no processo de inseminação artificial heteróloga, o papel de pai biológico da criança que advier da utilização da referida técnica de fecundação.

Essa medida se faz possível apesar de a Resolução n. 2.168 do Conselho Federal de Medicina²⁶⁰ dispor na linha 2 do item IV que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores dos gametas²⁶¹, por duas razões: primeiro porque em momento posterior a própria resolução assevera ser possível a realização de doação compartilhada²⁶² e a gestação compartilhada²⁶³; em segundo lugar, porque sendo a referida resolução a única normatização a tratar da matéria e sendo ela infraconstitucional, não há como reconhecer que as suas disposições podem sobrepor o exercício da vontade das partes constitucionalmente garantida no inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988²⁶⁴.

Deve-se apontar, por fim, que é possível verificar-se ainda a ocorrência da multiparentalidade biológica, ou seja, é possível que uma pessoa esteja biologicamente vinculada a três pessoas distintas. Isso se dá nos casos em que haja complementação ou substituição parcial de gametas ao se utilizar dos gametas por pessoa alheia à relação conjugal ou coparental, tal qual ocorrido na Grécia, em abril do ano de 2019, conforme noticiado pela BBC Brasil.²⁶⁵

aspectos gerais e efeitos jurídicos. **Revista Direito**, v. 11, n. 01, 2019, p. 267-297. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/2063/pdf>. Acesso em: 28 jan. 2020.

²⁶⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.168**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 24 jul. 2019.

²⁶¹ “IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES [...] 2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice - versa.”

²⁶² “IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES 9. É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.”

²⁶³ “II – PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA 3. É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.”

²⁶⁴ Esse tema ainda será objeto de análise mais aprofundada na presente pesquisa, razão pela qual se faz apenas a sustentação preliminar acima apontada.

²⁶⁵ GALLAGHER, James. **Filho biológico de “três pessoas” nasce na Grécia**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-47892322>. Acesso em: 24 jul. 2019.

Apresentadas as situações fáticas que ensejam a construção de entidade familiar multiparental, faz-se necessário verificar se algumas dessas situações são verificáveis nas relações familiares das Casas Stark e Baratheon da série televisiva “Game of Thrones” e, verificada a correlação entre alguma das situações de fato aqui expostas, analisar se naquela situação pode-se afirmar a existência da relação multiparental.

2.4.1 *A modalidade multiparental na estória de “Game of Thrones”*

É oportuno e necessário pontuar, *a priori*, que o relato da estória de “Game of Thrones” não abarcará todo o roteiro da série televisiva, mas apenas os fatos necessários para que a análise proposta no presente item possa ser realizada, assim é que a resenha ora proposta abrangerá apenas as circunstâncias relacionadas às famílias Baratheon e Stark, e ainda acerca de situações pontuais acerca do desenrolar da trama de tais entidades familiares.

Com essa perspectiva, tem-se que a série televisiva produzida por David Benioff e D. B. Weiss baseia-se na obra literária “*A Song of Ice and Fire*”²⁶⁶ de George R. R. Martin (1948/-), que conta a estória do Reino de Westeros e das disputas existentes entre as famílias nobres proprietárias dos diversos territórios do referido Reino, sobretudo, a disputa pela ocupação do Trono de Ferro, símbolo de força e de conquista, além de ser o trono do Rei de todo o continente de Westeros.

Dentre as famílias de nobres apresentadas pela obra cinematográfica, duas chamam maior atenção para o escopo do presente trabalho, razão pela qual se cingirá à análise de tais relações familiares, conforme apontado anteriormente. A primeira das relações que se destaca na obra artística é aquela vivida pela Família Baratheon, que possui como chefe da família o Rei de Westeros Robert Baratheon, que é casado com Cersei Lannister, com quem produziu três descendentes: Joffrey, Tommen e Myrcella.

O casamento de Robert e Cersei não decorreu da vontade das partes, unicamente, mas, sobretudo, de duas causas assaz importantes para o desenrolar da estória. A primeira delas é a morte de Lyanna Stark – irmã de Eddard Stark, que é o melhor amigo de Robert Baratheon –, isso porque Lyanna estava prometida para Robert e, caso a união dos dois fosse concretizada, o casamento com Cersei não seria possível.

²⁶⁶ Crônicas de Gelo e Fogo (nome da obra dada no Brasil).

O segundo fato importante, que está intrinsecamente ligado ao primeiro, é que Robert chegou ao Trono de Ferro em razão da guerra que promoveu em face da família Targaryen – que até então reinava em Westeros há, pelo menos, 300 anos. Assim, quando os Baratheon, Stark e demais casas envolvidas na guerra derrubaram a dinastia Targaryen, Robert assumiu o Trono e, para fortalecer o seu reinado, casou-se com a filha Tiwyn Lannister – o homem mais rico de Westeros até então.

A despeito das circunstâncias que envolvem o matrimônio de Robert e Cersei, a relação familiar apresentada estaria perfeitamente enquadrada no conceito de familiar conjugal e natural apresentado alhures²⁶⁷, não fosse pelo fato de, no decorrer do sexto episódio da primeira temporada da série – intitulado “Uma coroa dourada”²⁶⁸ –, o “Mão do Rei”²⁶⁹ descobrir que aqueles que Robert acreditava serem seus filhos legítimos, em verdade não são seus filhos biológicos, pois que são fruto da relação amorosa de Cersei Lannister – esposa do Rei Robert – com seu irmão gêmeo Jaime Lannister, que é apresentada na série já no primeiro capítulo da primeira temporada²⁷⁰.

A verdade sobre a ascendência biológica de Joffrey, Tommen e Myrcella só é descoberta por Eddard Stark (Mão do Rei) no sétimo episódio da primeira temporada da série²⁷¹, quando, ao confrontar Cersei Lannister, descobre que seus filhos não possuem sangue Baratheon, porque ela os teve com seu irmão gêmeo Jaime Lannister, que perdura até a morte dos mencionados personagens, o que só ocorre no penúltimo episódio da oitava temporada da produção cinematográfica²⁷².

A outra família que possui destaque na série televisiva sob análise para o escopo da presente pesquisa é a de Eddard Stark que, como visto, foi nomeado Mão do Rei na primeira temporada da série e acabou sendo o personagem que desvendou a inexistência de filiação biológica entre Robert Baratheon e seus filhos Joffrey, Tommen e Myrcella. Entretanto, a família Stark também possui relação familiar que merece atenção, conforme se demonstrará.

²⁶⁷ E sob certa ótica está, já que se se levar em consideração apenas as presunções aplicáveis às relações paterno-filiais, tais quais descritas no Código Civil de 1916 e de 2002, a relação não apresentará traço distintivo efetivo em relação aos conceitos de família natural e conjugal já apresentados.

²⁶⁸ MINAHAN, Daniel. **Uma coroa dourada** (A Golden Crown). EUA: HBO Productions, 2011.

²⁶⁹ Nome do cargo ofertado ao Administrador do Reino e Conselheiro do Rei e que nesse momento da estória é exercido por Eddard Stark.

²⁷⁰ PATTEN, Tim Van. **O inverno está chegando** (Winter is coming). EUA: HBO Productions, 2011.

²⁷¹ MINAHAN, Daniel. **Ganhar ou Morrer**. (You win or you die). EUA: HBO Productions, 2011.

²⁷² SAPOCHNIK, Miguel. **Os sinos** (The bells). EUA: HBO Productions, 2019.

Eddard Stark (conhecido na série pela alcunha de Ned) é casado com Catelyn Stark – que pertencia à Casa Tully, antes do casamento com Ned –, com quem teve cinco filhos: Robb, Sansa, Arya, Bran e Rickon. Além dos filhos “legítimos”, Ned teve também um filho bastardo – ou ao menos assim o apresentava – chamado Jon Snow²⁷³, que, segundo Eddard, havia sido fruto de relação amorosa com certa camponesa/cortesã durante a guerra que coroou Robert.

Entretanto, Samwell Tarly²⁷⁴ e Bran²⁷⁵ descobrem no sétimo episódio²⁷⁶ da sétima temporada da série que Jon Snow é, em verdade, filho de Lyanna Stark²⁷⁷ com Rhaegar Targaryen²⁷⁸, que apaixonados fugiram de suas responsabilidades anteriormente assumidas e em razão do que a guerra foi iniciada, pois Robert Baratheon – prometido de Lyanna – achava que Rhaegar a havia sequestrado para fazer dela sua cortesã²⁷⁹.

Após a morte de Rhaegar na Batalha do Tridente, Eddard Stark foi até a Torre da Alegria, onde estava Lyanna, para resgatar a irmã, entretanto, dada a circunstância de um parto difícil, Lyanna estava à beira da morte e só teve tempo de pedir que Eddard cuidasse de seu filho com Rhaegar –, cujo nome de batismo é Aegon Targaryen –, já que temia que Robert mandasse matar a criança, caso descobrisse sua origem decorrente de seu casamento com Rhaegar²⁸⁰.

Como bom nortenho que era, feita a promessa à irmã, Eddard Stark assumiu Aegon como seu filho, e mudou seu nome e sua origem, a fim de que as circunstâncias de seu nascimento e de sua origem sanguínea não fossem reveladas a qualquer pessoa, sobretudo, ao seu melhor amigo Robert.

Das informações destacadas, é possível verificar que as relações familiares apontadas nas estórias das Casas Lannister e Stark diferenciam-se grandemente daquelas tidas como ordinárias no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, mostram uma comunidade familiar que

²⁷³ Nome de família que usualmente era outorgado aos filhos bastardos do Norte.

²⁷⁴ Amigo de Jon que o conhecera na Muralha de Gelo - localizada no extremo norte de Westeros - e quem Jon, ao tornar-se comandante da Patrulha da Noite, manda para Cidadela para que se torne um Meister. É na Cidadela que Samuel encontra documentos antigos que fazem referência ao casamento de Lyanna e Rhaegar.

²⁷⁵ Que nessa fase da série é o Corvo de Três Olhos, uma espécie de entidade que consegue ver o passado, o presente e o futuro.

²⁷⁶ PODESWA, Jeremy. **O dragão e o lobo** (The Dragon and The Wolf). EUA: HBO Productions, 2017.

²⁷⁷ Irmã de Eddard Stark que morreu durante a guerra que sagrou Robert Baratheon como o Rei de Westeros e com quem estava destinada a se casar.

²⁷⁸ Filho de Aerys Targaryen II - conhecido como Rei Louco - e legítimo sucessor do Trono de Ferro.

²⁷⁹ Isso porque Rhaegar já era casado com Elia Martell com quem teve dois filhos: Rhaenys e Aegon.

²⁸⁰ O referido casamento é apresentado pela série no sétimo episódio da sétima temporada intitulado O dragão e o lobo (*The Dragon and the wolf*).

se afasta da família matrimonial convencional e se aproxima da modalidade familiar multiparental que possui as características elencadas no item seguinte.

No que diz respeito à relação familiar da Casa Baratheon, a estória deixa em evidência que a relação parental de Robert Baratheon e seus filhos Joffrey, Tommen, Myrcella não está baseada no vínculo sanguíneo, já que eles descendem biologicamente de Jaime e Cersei Lannister, que são irmãos gêmeos e mantêm relação amorosa paralela à relação marital de Cersei com Rei dos Sete Reinos.

Em que pese a estória não deixe claro se Robert Baratheon conhecia ou desconfiava da ascendência genética de seus filhos, fato é que ele os tomou como seus no que pertine a todos os direitos e obrigações inerentes à relação paterno-filial. Prova disso é que em seu leito de morte Robert designa Eddard Stark – a Mão do Rei – para administrar o reino até que seu filho mais velho, Joffrey, alcance a idade para governar os sete reinos. Esse fato demonstra de forma hialina que Robert via em Joffrey seu legítimo herdeiro.

É aferível também que a estória apresentada pela série sob análise se passa em tempo cronológico que remete ao período medieval da sociedade ocidental e, em razão mesmo disso, a narrativa expõe abertamente que as relações parentais dependiam da demonstração das justas núpcias – em atenção à máxima romana *pater is est quem nuptiae demonstrat*. Ante este cenário e a considerar que a análise do DNA era impossível à época em que a estória se passa, a presunção da paternidade decorrente da demonstração de justas núpcias deveria ser considerada prova cabal da relação parental.

Entretanto, o enredo da série televisiva suscita a possibilidade de verificação do vínculo biológico entre Robert e seus filhos ao utilizar-se de fatores fenotípicos que estão descritos em determinado livro que apresenta a linhagem de todas as famílias importantes do Reino de Westeros. É com base nesse documento que Eddard Stark tenta fundamentar seu convencimento de que Joffrey e seus irmãos não são filhos de Robert, a fim de impedir que Joffrey suceda seu amigo no Trono de Westeros, no que não obteve êxito²⁸¹ e em razão do que perdeu a cabeça, literalmente²⁸².

Verifica-se assim que, *a priori*, as formas de determinação da parentalidade apresentadas na estória são similares àquelas adotadas pelo Código Civil de 1916, em que se

²⁸¹ MANAHAM, Daniel. **Ganhar ou morrer** (You win or you die). EUA: HBO Productions, 2011.

²⁸² TAYLOR, Alan. **Baelor** (Baelor). EUA: HBO Productions, 2011.

previam a presunção de paternidade e a legitimidade da filiação daqueles filhos que eram concebidos na constância do casamento e previam ainda a possibilidade de reconhecimento dos filhos ilegítimos – que eram aqueles havidos fora da relação conjugal. No caso da estória de *Game of Thrones*, Robert teve a paternidade de Joffrey e seus irmãos em decorrência do seu casamento com Cersei, como dito, entretanto, não havia a possibilidade de reconhecer a paternidade de Jaime pelas razões já apresentadas.

Entretanto, se a situação de fato sob exame fosse deslocada no tempo para o atual cenário constitucional e legal brasileiro, seria imprescindível reconhecer a existência de dupla paternidade entre Robert, Jaime, Joffrey, Tommen e Myrcella. Isso porque existe entre eles de fato uma relação parental sanguínea e outra socioafetiva decorrente do preenchimento dos requisitos da posse do estado de filho anteriormente delineada. De um lado, tem-se a ascendência biológica de Jaime em relação a Joffrey e seus irmãos e, de outro, tem-se a relação de afeto pública e contínua entre Robert e seus filhos.

Outrossim, faz-se importante pontuar que apesar da relação posta apresentar claramente os caracteres necessários para o reconhecimento e a aplicação da figura da multiparentalidade, a relação sobredita não se enquadra em nenhuma das possibilidades anteriormente apontadas como situações ensejadoras da relação multiparental, isso, entretanto, não tem o condão de enfraquecer ou afastar a conformação da situação de fato à modalidade de família em exame.

No que diz respeito à relação parental de Eddard Stark com Jon Snow, a situação fática, além de possuir explicação mais simples, possui vínculo direto e hialino com um dos métodos de formação da relação multiparental apontados anteriormente. Isso se dá em razão do fato de Eddard ter assumido publicamente Jon como seu filho, mesmo sabendo que ele biologicamente descendia de sua irmã – Lyanna Stark – e de Rhaegar Targaryen.

Nesse caso houve, portanto, a ocorrência do que se chama no direito brasileiro de “adoção à brasileira”, que, como dito anteriormente, se dá sempre que alguém assume como seu filho pessoa que sabe descender biologicamente de outrem. No da relação de Eddard e Jon, essa adoção à brasileira fica evidenciada no sétimo episódio da sétima temporada da série televisiva intitulado de o “O Dragão e o Lobo”²⁸³, em que Eddard toma o filho da irmã nos braços e promete protegê-lo de qualquer pessoa que tenha a intenção de atentar contra a sua vida, sobretudo Robert Baratheon – em que pese não fosse Rei ainda, iniciou a guerra contra

²⁸³ PODESWA, Jeremy. **O dragão e o lobo** (The Dragon and the wolf). EUA: HBO Productions, 2017.

os Targaryen por achar que Rhaegar havia sequestrado Lyanna, com quem tinha a intenção de se casar.

A fim de proteger seu sobrinho biológico, Eddard assume o papel de pai de Jon, ao alegar para a esposa e os demais residentes do Norte que Jon seria fruto de relação extramatrimonial que ele havia iniciado durante a guerra que resultou na coroação de Robert Baratheon. Essa circunstância não é apresentada de forma direta na série, mas é aferível pelas falas de diversos personagens e do próprio enredo da estória.

Assim, durante todo o desenrolar da série televisiva, sobretudo durante a primeira temporada²⁸⁴, a relação paterno-filial vivida entre Eddard Stark e Jon é nítida, havendo claro preenchimento dos requisitos *tractatus* e *fama*. No que pertine ao requisito *nomen*, é preciso fazer algumas considerações: primeiro é preciso ressaltar que Jon não utilizava o nome de família dos Stark, já que convencionalmente os filhos havidos fora do casamento não tinham o direito de carregar o nome da família de seu pai, mas apenas de ter vinculado a si substantivo designativo da região a que o pai – ou suposto pai – pertence, desse modo Jon recebeu o sobrenome de Snow, já que Eddard era nortenho. Além disso, Jon nunca foi chamado de filho por Eddard, apesar de dirigir-se a ele como “pai” em algumas ocasiões.

Em segundo lugar, em que pese Jon não tenha recebido o nome de família de Eddard e não tenha sido endereçado por seu pai com o designativo afetivo “filho”, essa circunstância por si só não enseja a desconfiguração da posse do estado de filho, uma vez que é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência que o requisito *nomen*, dentre aqueles que são elencados para o reconhecimento da posse do estado de filho – tem papel secundário no reconhecimento do estado de filiação que o filho possui em relação ao pai e que este possui em relação àquele, dando-se maior importância ao *tractatus* e a *reputatio (fama)*.

Desse modo é que, preenchidos os requisitos relacionados ao tratamento interpessoal com pai e filho e o reconhecimento social da relação parental estabelecida entre as partes, há que ser reconhecido o vínculo de filiação socioafetiva entre Eddard Stark e Jon Snow, além disso, descoberta a sua ascendência biológica, não há como negar a concomitância das relações e a necessidade de reconhecimento da dupla vinculação parental para todos os fins devidos, em atendimento à Tese de Repercussão Geral emanada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 898060/SC, apontado anteriormente.

²⁸⁴ Isso porque Eddard Stark é assassinado no final da primeira temporada da série, conforme já assinalado.

2.4.2 Regulamentação jurídica da família multiparental

Conforme mencionado, a multiparentalidade não se encontra expressamente prevista no texto constitucional, como ocorre com as modalidades de família conjugal, convivencial e monoparental e, de mesmo modo, não possui previsão legal nas normas jurídicas vigentes no ordenamento jurídico posto.

O reconhecimento jurídico da existência de tal modalidade familiar e a possibilidade de seus efeitos fáticos gerarem repercussão na seara jurídica se deu com o julgamento do RE 898060/SC realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Naquela oportunidade, a Colenda Corte entendeu que não haveria óbice no reconhecimento concomitante das relações parentais biológicas e socioafetivas, com os efeitos que lhes são próprios.

Para tanto, o voto do relator dos autos, ministro Luiz Fux, utilizou-se de fundamentação principiológica para defender o entendimento a que chegou após a análise da temática. Dentre os princípios jurídicos utilizados por ele, destacam-se o primado da igualdade²⁸⁵, que estabeleceu a isonomia entre os filhos sem considerar a forma de estabelecimento da relação paterno-filial para tanto; o princípio da dignidade da pessoa humana que, para o ministro relator, para ser implementada na seara familiar deve permitir o afastamento dos óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias constituídas pelos vínculos afetivos; e a busca pela felicidade²⁸⁶ que, conforme apontado pelo relator dos autos, mostra-se vinculada ao ideário da dignidade humana, em decorrência da posição central assumida pelo indivíduo no Estado Democrático de Direito constituído pelo texto constitucional de 1988.

Além do mencionado julgado, tem-se norma administrativa que trata da matéria, ainda que sob questionamentos de autores que se mostram contrários à competência do Conselho Nacional de Justiça em emanar normas do tipo, qual seja, o Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017²⁸⁷, por meio do qual se estabeleceu a possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade socioafetiva e assento dessa informação na certidão de nascimento de menor, de modo a gerar uma relação multiparental registral.

²⁸⁵ Nas palavras do Relator: “A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo”.

²⁸⁶ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Direito de família e das sucessões**. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.3.

²⁸⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_63_14112017_1903201815094. Acesso em: 25 jul. 2019.

É que o referido ato normativo previu a possibilidade de registro de pai socioafetivo na constância do exercício da parentalidade biológica ou civil, desde que houvesse acordo entre as partes na adoção de tal medida, ou seja, desde que os pais e o filho maior de doze anos autorizem expressa e pessoalmente a inclusão da mãe ou do pai socioafetivo no registro do menor²⁸⁸. No caso do registro de pai socioafetivo em relação a crianças²⁸⁹, a autorização dos pais seria suficiente para possibilitar o registro, não havendo, portanto, audiência do menor.

O referido ato normativo, entretanto, fora recentemente modificado pelo Provimento n.º 83, de 14 de agosto de 2019²⁹⁰, principalmente em seus arts. 10, 11 e 14, além disso, incluiu o art. 10-A ao Provimento n.º 63/2017. A publicação do novo ato normativo acarretou, desse modo, sutil modificação das disposições anteriormente emanadas pelo Conselho Nacional de Justiça. Explica-se.

Basicamente, o último provimento manteve a possibilidade de registro de pai ou mãe socioafetiva apenas para as pessoas que já tenham 12 anos completos, havendo a necessidade de autorização dos pais e do próprio menor para a inclusão do nome do parente socioafetivo em seus registros²⁹¹. Além disso, o dispositivo inserido, qual seja, art. 10-A, previu a necessidade de demonstração concreta da existência de vínculos afetivos entre aquele que pretende a inclusão de seu nome nos registros e aquele que terá seu registro modificado.

Ademais disso, o Provimento n.º 83/2019 prescreveu a necessidade de manifestação favorável à inclusão do nome do pretense pai ou mãe socioafetivo por parte Ministério Público (§9º do art. 11 do referido ato normativo), que deverá manifestar-se, ao que tudo indica, com base nas provas concretas de afetividade apresentadas pelo pretense parente socioafetivo. Outrossim, caso não reste evidenciado cabalmente o vínculo socioafetivo manifestado, havendo dúvida quanto à sua existência, a questão poderá ser encaminhada ao juiz competente para análise e manifestação definitiva quanto à possibilidade de inserção da informação parental no registro do suposto filho socioafetivo.

Por fim, vê-se dos parágrafos 1º e 2º do art. 14 do referido ato normativo, que somente poderá ser incluído um parente socioafetivo de forma extrajudicial, seja na linha materna ou

²⁸⁸ Conforme estabelecia o art. 11 do Provimento n.º 63/2017.

²⁸⁹ Pessoa até 12 anos incompletos, em conformidade com o que determina o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990).

²⁹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n.º 83, de 14 de agosto de 2019**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_83_14082019_1508201909575. Acesso em: 25 jul. 2019.

²⁹¹ “Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.”.

na paterna. Qualquer outro vínculo socioafetivo que se pretenda estabelecer deverá ser objeto de judicialização diante do juízo competente para tanto. Os mencionados dispositivos, portanto, restringiram o reconhecimento da socioafetividade a único vínculo parental, independentemente da linha parental adotada.

Ante as informações analisadas, verifica-se que mesmo com a mudança ocasionada pelo Provimento nº 83/2019 e as restrições por ele estabelecidas, ainda se faz possível a configuração da multiparentalidade pela via extrajudicial, tendo em vista que a referida modalidade de convivência familiar se caracteriza na existência de três ou mais vínculos parentais em primeiro grau ascendentes, o que se fará plenamente preenchido no caso de haver o reconhecimento e o registro de um ascendente socioafetivo – seja na linha maternal ou paternal – na constância de outros dois vínculos parentais.

Por essa razão, entende-se que a manifestação de Regina Beatriz Tavares da Silva, no sentido de que o próprio CNJ havia modificado seu entendimento quanto à possibilidade de formatação de família multiparental de forma extrajudicial²⁹², não encontra esteio no que dispõe o Provimento nº 63/2017, seja ele considerado antes ou depois das modificações carreadas pelo Provimento nº 83/2019.

Além de a mencionada modalidade familiar ser tratada nos atos normativos aludidos, ela é objeto ainda de manifestação do Projeto de Lei nº 470, de 2013 – anteriormente referido –, já que no art. 69, §2º da supracitada Lei potencial, há o reconhecimento da modalidade familiar pluriparental como modalidade de família parental a ser reconhecida expressamente pelo ordenamento jurídico quando da conversão do sobredito projeto de lei em legislação vigente.

2.5 Coparentalidade: definição e características

Sob o prisma da ciência psicológica, a coparentalidade pode ser definida como o exercício compartilhado, entre pai e mãe, da liderança da entidade familiar, sobretudo no que pertine ao cuidado e à dedicação dos pais em relação ao desenvolvimento e à proteção dos

²⁹²O CNJ proibiu a multiparentalidade em cartório de registro civil. **Estadão**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-cnj-proibiu-a-multiparentalidade-em-cartorio-de-registro-civil/>. Acesso em: 20 jan. 2020. Em sentido contrário tem-se a manifestação de CALDERÓN, Ricardo. **Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ**: que alterou as disposições sobre registro extrajudicial da filiação socioafetiva regidas pelo Provimento 63. Disponível em: [http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20\(revisado%2021%20agosto\)%20-%20calderon%20-%20](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%2021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20). Acesso em: 20 jan. 2020.

filhos²⁹³. Assim, do ponto de vista psicológico, pode-se afirmar que a coparentalidade se trata do compartilhamento, entre os pais, das atividades que envolvam o exercício da parentalidade e do pleno desenvolvimento do filho.

Entendimento similar é apresentado por Van Egeren & Hawking²⁹⁴, ao asseverarem que a relação de coparentalidade existe se, e somente se, existir a assunção conjunta de responsabilidades com o fito de atender ao bem-estar da criança, independentemente da situação conjugal existente entre o casal. Tal aspecto foi ainda destacado em decisão monocrática exarada no Agravo em Recurso Especial nº 879.361 - DF²⁹⁵ pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que teve como Relator o Ministro Ricardo Vilas Boas Cuevas.

No aspecto jurídico, a ideia de coparentalidade não se mostra em descompasso com a definição psicológica, já que a coparentalidade pode ser entendida, para o direito, como o exercício das funções, deveres e direitos parentais sem a existência de relação amorosa prévia entre os atores que exercem tais papéis ou ainda sem que exista entre eles o desejo e o interesse de desenvolvimento ou manutenção de relação amorosa. Em outras palavras, a coparentalidade pode ser definida como a assunção dos direitos e deveres parentais sem a existência de matrimônio ou união estável entre aqueles que optam por exercer o labor parental.

A distinção que se pode destacar do entendimento psicológico em relação ao jurídico relativo à coparentalidade é que para aquele ramo científico o compartilhamento das atividades parentais depende da relação amorosa pretérita, posto que ali a família assume o viés matrimonial, desse modo a coparentalidade se aplicaria a casais que mantêm a relação conjugal e, principalmente, àqueles que se divorciaram ou terminaram sua relação convivencial. Por outro lado, do ponto de vista jurídico, a coparentalidade, como asseverado anteriormente, prescinde da relação amorosa entre aqueles que exercem ou exercerão o *locus* parental, sendo essa a distinção primordial entre os prismas apontados.

²⁹³ FRIZZO, Giana Bitencourt *et al.* O conceito de coparentalidade e suas implicações para a pesquisa e para a clínica: implication for research and clinical practice. **Rev. bras. crescimento desenvolv. hum.**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 84-93, dez. 2005. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-. Acesso em: 11 jul. 2019.

²⁹⁴ VAN EGEREN, Laurie A.; HAWKINS, Dyane P. Coming to terms with coparenting: implications of definition and measurement. **Journal of Adult Development**, v. 11, 165-178, 2004. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1023/B:JADE.0000035625.74672.0b#citeas>. Acesso em: 30 jul. 2019.

²⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 879.361 - DF (2016/0061049-2)**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/scon/decisoes/toc.jsp?livre=coparentalidade&b=dtxt&thesaurus=juridico&p=true#doc1>. Acesso em: 13 jul. 2019.

A referida modalidade familiar, deve-se destacar, é talvez a que mais se afasta do modelo de família conjugal secularizado e cujas características se vinculam fortemente à ideia de relação matrimonial entre os integrantes primeiros do núcleo familiar. Isso porque, em rápida análise das demais modalidades em destaque na presente pesquisa, a coparentalidade é a única em que não existe, entre aqueles que exerçam os papéis de pais e mães, vinculação amorosa de cunho sexual entre os envolvidos.

Em todos os outros modelos de família apresentados e por apresentar, existe relação amorosa entre alguma das partes: a) na família nuclear conjugal ou convivencial – decorrentes do matrimônio e a da união estável –, existe claramente relação amorosa entre aqueles que exercem ou exercerão os papéis de pais; b) na família recomposta, existia uma relação amorosa que foi substituída por outra, independentemente de ela ter sido ou não formalizada sob os auspícios do matrimônio ou da união estável; c) na multiparentalidade ocorre de modo similar ao que se viu das famílias recompostas, mesmo porque é possível que a multiparentalidade decorra da recomposição de relações amorosas que encontraram seu termo; d) na família monoparental²⁹⁶, em regra, também existe relação amorosa pretérita entre o ascendente sobrevivente/abandonado e aquele que faleceu ou o abandonou com seus descendentes; e e) na poliafetividade e na homoafetividade, do mesmo modo, existe a intenção das partes de manterem entre si relação amorosa que poderá resultar na aquisição do status parental.

Desse modo é que se pode asseverar que a coparentalidade é a modalidade familiar que diverge das demais modalidades sob exame, sobretudo no que pertine à existência do desejo e do efetivo exercício da sexualidade entre os membros que a compõem, sendo mais específico, entre os ascendentes.

Além disso, pode-se afirmar que a coparentalidade pode ser concebida de dois modos distintos. O primeiro deles se daria quando duas pessoas que, conhecidas ou não e independentemente do gênero a que pertencem, decidem exercer juntas os labores que a parentalidade, ainda que entre elas não exista o desejo de viver uma relação amorosa²⁹⁷. De

²⁹⁶ No que concerne à família monoparental, é preciso que se diga que nada impede que a monoparentalidade seja consubstanciada em decorrência da coparentalidade, sobretudo nos casos em que uma das pessoas que exerce o papel parental falece deixando o outro com o encargo de cuidar do descendente unilateralmente. Bem por isso tomou-se a precaução de afirmar que a monoparentalidade, apenas em regra, decorre de relação amorosa pretérita.

²⁹⁷ LEMOS, Vinicius. Coparentalidade: brasileiros buscam parceiros para ter filhos sem relação amorosa. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45065810>. Acesso em: 11 jul. 2019. LINS, Regina Navarro. **Coparentalidade parece uma boa solução para solteiros que querem filhos**. Disponível em: <https://reginavarro.blogosfera.uol.com.br/2018/08/11/coparentalidade-parece-uma-boua-solucao-para->

modo similar, tem-se a situação de familiares, tais como irmãos ou primos, que decidem exercer conjuntamente a parentalidade em relação a terceiro.

Os meios jurídicos para que a coparentalidade se estabeleça nos moldes acima delineados serão apresentados e devidamente debatidos na quarta seção da presente pesquisa, já que sendo matéria ainda controvertida e de pouca análise pela doutrina brasileira, será elencada no tópico destinado às discussões mais recentes acerca dos modelos familiares destacados no presente trabalho.

Entretanto, é importante destacar desde já que a coparentalidade é fática e juridicamente possível. Explica-se. No que pertine aos estudos da ciência psicológica acerca da temática, faz-se oportuno destacar que Mark E. Feinberg²⁹⁸ aponta como características da relação coparental (1) o apoio mútuo entre as partes componentes de tal relação familiar; (2) acordo, entre os pais, nas decisões a serem tomadas relativas à educação, à segurança, à disciplina e a valores morais, por exemplo; (3) divisão do trabalho parental, em relação às tarefas inerentes à parentalidade e à rotina do filho; e (4) o gerenciamento das relações familiares, em que se destacam as interações dos membros da família, o controle comportamental do filho e a comunicação entre os familiares.

Vê-se, assim, que, no que diz respeito ao exercício da parentalidade conjunta, não são destacados elementos relativos à relação matrimonial entre aqueles que exercem as funções de pai e mãe, mas apenas se dá destaque à atuação dos pais em relação ao condicionamento, cuidado, controle e desenvolvimento dos filhos, em relação a quem a parentalidade é exercida.

Tal entendimento coaduna com a postura “separatista” que o Direito assumiu em relação a essas duas formas de relação familiar. De um lado, têm-se as relações conjugais que possuem direitos e deveres específicos devidamente previstos no Código Civil brasileiro²⁹⁹, de outro, tem-se o exercício da parentalidade que, de modo similar, possui deveres e direitos

solteiros-que-querem-filhos/. Acesso em: 11 jul. 2019. LINS, Regina Navarro. **Coparentalidade**: desejo de compartilhar paternidade e maternidade. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6367/Coparentalidade%3A+desejo+de+compartilhar+paternidade+e+maternidade>. Acesso em: 11 jul. 2019.

²⁹⁸ FEINBERG, Mark E. The internal structure and ecological context of coparenting: a framework for research and intervention. **Parenting: Science and Practice**, v.3, n.2, p. 95-131.

²⁹⁹ “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.”

próprios e inerentes a esta relação,³⁰⁰ que independem da relação de conjugalidade existente entre os pais e que é exercido em razão do Poder Familiar existente entre os pais em relação aos filhos e que é reconhecido pelo direito.

Entender que o exercício do poder familiar está condicionado à existência de conjugalidade entre aqueles que o exercitam em relação aos seus filhos menores é, primeiramente, dar entendimento diverso daquele expresso no *caput* do art. 1.634 do Código Civil, em que há clara menção ao exercício do poder familiar independentemente do *status* social e jurídico dos pais do menor em relação a quem o poder familiar é exercido.

Em segundo lugar, apontar pela impossibilidade de existência apartada das situações de conjugalidade e paternidade é definir a família, tal qual outrora fizera Émile Durkheim, como o grupo formado pelos pais (casados) e filhos, sendo estes seus elementos constitutivos e os requisitos imutáveis para o estabelecimento da relação familiar. Em outras palavras, é reconhecer que a retirada de algum desses elementos descaracteriza aquele conjunto de pessoas como entidade familiar.

Essa, entretanto, não pode ser a conclusão a que se chegue ante a análise da questão pautada nos princípios constitucionais elencados pela Constituição cidadã, sobretudo pelo aspecto liberal com que o texto constitucional revestiu a formação das relações familiares e que será analisado em momento oportuno³⁰¹.

No que pertine aos modos pelos quais essa espécie de parentalidade se concretiza no Brasil, dado o fato de não existir relação amorosa-sexual entre aqueles que exercerão a função parental, podem-se aventar duas possibilidades. A primeira delas seria a adoção de algum dos métodos de reprodução assistida, que pode ser definido como a intervenção do homem no processo natural de fecundação em decorrência de problemas relacionados à infertilidade e

³⁰⁰ “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

³⁰¹ A questão suscitada será devidamente analisada na quarta seção da presente pesquisa.

com o objetivo de possibilitar que pessoas que possuam tais dificuldades possam realizar o desejo de exercer a maternidade e a paternidade³⁰².

Em que pese a definição apresentada ressalte a utilização das técnicas de reprodução assistida nos casos em que se verifica a infertilidade³⁰³ de um ou de ambos os interessados em exercer o labor paternal, não se deve reduzir as possibilidades da utilização das referidas técnicas à citada questão.

Ademais, ao se levar em consideração que não há legislação (*stricto sensu*) específica que trate da matéria, havendo apenas a Resolução do Conselho Federal de Medicina, em que a questão é delineada e tratada, ainda que superficialmente, e a se considerar que na referida Resolução não há qualquer vedação da utilização das técnicas por pessoas que, ainda que férteis, optem por se utilizarem das técnicas para a geração de seus descendentes, independentemente de viverem relação amorosa, não há que se falar em impedimento na sua utilização para a formação da coparentalidade³⁰⁴.

Dentre as referidas técnicas de Reprodução Assistida (RA), tem-se a fecundação artificial homóloga³⁰⁵, em que se utiliza o material genético coletado utilizado na fecundação – que pode ocorrer fora do ventre da pessoa que gerará a criança (*in vitro*) ou no próprio ventre da mulher (*in vivo*) – pertencem àqueles que exercerão os papéis de pai e mãe daquele ser humano em formação³⁰⁶. Além dela, tem-se também a fecundação artificial heteróloga³⁰⁷, em

³⁰²MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 153; DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 366.

³⁰³ Nesse sentido, Daniele Braga Paiano e Rita de Cássia Resqueti Espolador asseveram que “as técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas por pessoas que tenham problemas relacionados à infertilidade, com o escopo de superar essa dificuldade e realizar o projeto parental”. PAIANO, Daniele Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa. As técnicas de reprodução assistida na resolução nº 2.121/15 do conselho federal de medicina – principais aspectos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 57-71, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/8/7>. Acesso em: 19 jul. 2019.

³⁰⁴ Fortalece tal entendimento o fato do Superior Tribunal de Justiça já ter se manifestado no sentido de que a utilização da técnica pode se dar por pessoas que não possuam entre si vínculo matrimonial ou de convivência e ainda por casais homoafetivos BRASIL. STJ. REsp 1608005/SC. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95758423&num_registro=201601607664&data=20190521&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 jan. 2020.

³⁰⁵ Termo utilizado pelo Código Civil no art. 1.597: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por **fecundação artificial homóloga**, mesmo que falecido o marido;” (Grifos nossos).

³⁰⁶ CARVALHO, Dimas Mesias de. **Direito das famílias**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 590-591. GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, Luísa Ângelo Meneses Caixeta; SALOMÃO, Wendell Jones Fiovarante. Reprodução humana assistida: as consequências do surgimento de famílias construídas *in vitro*. **Revista IBDFAM Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 08, mar./abr. 2015, p. 89-108.

³⁰⁷ Termo utilizado pelo Código Civil no art. 1.597: “Art. 1.597. [...] V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

que se verifica a utilização de gameta de pessoa estranha à relação paterno-filial que se busca estabelecer, normalmente sendo utilizado o gameta masculino de terceiro para possibilitar a fecundação que, de mesmo modo, pode ser *in vivo* ou *in vitro*³⁰⁸.

Caso se esteja diante de uma relação coparental que será exercida por heterossexuais, a simples realização do procedimento de reprodução assistida será suficiente para que se estabeleça entre os genitores e o fruto do processo de inseminação artificial a relação parental. Por outro lado, caso se esteja diante de relação coparental homoafetiva, que dependerá da utilização de gameta de pessoa estranha à relação coparental, poderá haver o posterior reconhecimento da paternidade socioafetiva daquele que não foi o doador do material genético para a inseminação heteróloga, já que aquele que doou o material genético para a fecundação já terá o vínculo biológico reconhecido³⁰⁹.

2.5.1 Coparentalidade no longa metragem “Unidos pelo Acaso”³¹⁰

A produção cinematográfica em destaque no presente tópico relata a estória de dois desconhecidos, Holly Berenson e Eric Messer, interpretados pelos atores Katherine Heigl e Josh Duhamel, que, com o incentivo de amigos em comum Peter e Alisson Novak – interpretados por Hayes MacArthur e Christina Hendricks, participam de um encontro às cegas que não sai como esperado e, em vez de criar entre os personagens a perspectiva de formalização de relacionamento amoroso, acaba por fazer com que se odeiem gratuitamente.

Entretanto, muitos anos após o infeliz encontro, Holly e Eric descobrem que seus amigos Peter e Alisson sofreram acidente de carro e faleceram, deixando sua filha Sophie Christina Novak – interpretada pelas trigêmeas Brooke, Brynn e Alexis Clagett – sem a sua presença. Descobrem ainda que os amigos os nomearam – por meio de manifestação de última vontade – para exercerem o papel de guardiães legais de Sophie.

Holly e Eric então se mudam para a casa de Sophie e inicia-se assim a relação familiar entre esses personagens que, de início, se mostra bem turbulenta e cheia de empecilhos, sobretudo porque os Guardiães de Sophie, em vez de focarem energia em cuidar da sua

³⁰⁸ GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, Luísa Ângelo Meneses Caixeta; SALOMÃO, Wendell Jones Fiovarante, *op. cit.*, 2015.

³⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1608005/SC**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95758423&num_registro=201601607664&data=20190521&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 jan. 2020.

³¹⁰ BERLANTI, Greg. **Unidos pelo acaso** (Life as we know it). EUA: Warner Bros. 2010, 115 min.

protegida, acabam por despende energia ao se destratarem e ao se tornarem inconvenientes um para com o outro, em claro resquício do fadado encontro mal sucedido que os dois viveram no passado.

Os guardiães de Sophie percebem ainda quanto é custoso cuidar de uma criança e, mais que isso, como o exercício do cuidar acabou por aproximá-los como pessoas e os fizeram querer estar juntos de forma mais íntima e consistente. Assim, além de continuarem sendo os guardiães de Sophie, o filme termina com eles a formarem um casal e a terem Sophie ao seu lado.

Com base nas informações iniciais apresentadas acerca do instituto da coparentalidade e dos seus meios de formação, pode-se asseverar que a relação estabelecida no longa metragem em destaque possui as características apontadas anteriormente e que se perfazem nos requisitos para a configuração da coparentalidade.

Em primeiro lugar, têm-se duas pessoas que, a priori, não possuem nenhuma intenção de manter entre si relação amorosa sexual e, mesmo assim, passam a exercer poder parental sobre terceiro. É bem verdade que o instituto apontado pelo filme não é, efetivamente, a parentalidade, mas a guarda. Entretanto, essa realidade se modifica no final do longa metragem quando é estabelecido entre os personagens a relação de parentalidade e filiação, em decorrência de decisão judicial.

A despeito da guarda ter sido a primeira relação estabelecida entre os personagens, isso não descaracteriza a coparentalidade, já que a guarda é um dos deveres relativos ao exercício da parentalidade e elencado pelo direito pátrio como elemento do poder familiar³¹¹. Além disso, a guarda pode ser conferida àquela pessoa a quem os pais nomeiam como tutores do menor em ato de manifestação de última vontade³¹², tal qual ocorre na película destacada na presente subseção.

Somado a este fato de o exercício da guarda em razão da tutela representar ao menos parcela do exercício do poder familiar, é juridicamente possível que a tutela seja convertida em filiação em duas situações distintas. A primeira delas ocorre quando o(s) tutor(es) decidem adotar o menor que está sob sua tutela, o que é permitido pelo Estatuto da Criança e do

³¹¹ “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: [...] II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;”

³¹² “Art. 1.729. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto. Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.”

Adolescente, desde que sejam observados alguns requisitos, quais sejam: a) que não haja parentes do menor que estejam aptos a mantê-los sob sua guarda; b) que o tutor tenha prestado contas de sua tutela e saldado as possíveis dívidas para como o patrimônio do menor; e c) que seja precedido do processo ordinário de adoção, a afastar-se neste caso a necessidade de observância do período de convivência.

O primeiro requisito decorre do fato de o ECA ter como escopo de atuação a tentativa de manutenção da criança e do adolescente na sua família natural ou extensa, razão pela qual a adoção deve ser considerada como última e excepcional alternativa para atender o melhor interesse do menor³¹³. Deve-se destacar ainda que não há impedimento para que os tutores escolhidos pelos pais ou nomeados pelo Juízo competente sejam parentes do menor e, nesse caso, o tutelado poderá ser adotado por membros de sua família extensa, desde que não sejam ascendentes ou irmãos do menor, conforme dicção do art. 42, § 1º do ECA.

O segundo requisito, por outro lado, visa a garantir a integridade patrimonial do tutelado (adotando), a permitir que o(s) tutor(es) proceda à tentativa de adoção do menor apenas após a apresentação da prestação de contas³¹⁴ do exercício de sua função e após saudada toda e qualquer dívida que exista de sua parte para com o menor. Assim, evita-se que haja confusão patrimonial entre os bens do tutor (adotante) e do tutelado (adotando), bem como se impede que a adoção sirva de subterfúgio para apagar possível fraude financeira praticada pelo tutor no exercício de suas funções.

O terceiro requisito acima delineado refere-se à necessidade de observância do procedimento estabelecido pelo ECA para que a adoção tome lugar de forma regular e oficial entre as partes, havendo a necessidade de observância do rito apontado pela legislação mencionada, com exceção, como já destacado, do período obrigatório de convivência³¹⁵ que no caso aventado fica afastado por já existir de fato.

³¹³ “Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. § 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.”

³¹⁴ “Art. 1.755. Os tutores, embora o contrário tivessem disposto os pais dos tutelados, são obrigados a prestar contas da sua administração. [...] Art. 1.757. Os tutores prestarão contas de dois em dois anos, e também quando, por qualquer motivo, deixarem o exercício da tutela ou toda vez que o juiz achar conveniente. Parágrafo único. As contas serão prestadas em juízo, e julgadas depois da audiência dos interessados, recolhendo o tutor imediatamente a estabelecimento bancário oficial os saldos, ou adquirindo bens imóveis, ou títulos, obrigações ou letras, na forma do § 1º do art. 1.753.”

³¹⁵ “Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso. § 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.”

Além da possibilidade de adoção mencionada, pode-se destacar também o fato de a convivência entre tutor e tutelado criar entre as partes relação tal que permita o reconhecimento da posse do estado de filho, apresentada anteriormente, e, por consequência, o estabelecimento da relação parental socioafetiva. Acerca dessa possibilidade, é preciso asseverar que não há qualquer impedimento para que tal situação ocorra, mesmo porque a posse do estado de filho é situação de fato que repercute no meio jurídico e, portanto, desde que preenchidos os requisitos para a sua concretização, ela faz-se possível.

Desse modo, a situação fática exposta no filme “Juntos pelo Acaso” apresenta a hipótese de relação de guarda – equivalente à tutela no Brasil –, que fora convertida em relação de filiação. Ademais disso, em que pese Holly e Eric, ao final da película, tenham optado por relacionarem-se amorosamente, isso não afasta o fato de que a relação primeva por eles estabelecida era uma relação coparental, cujo objetivo era, unicamente, cuidar de Sophie.

É importante destacar ainda que a coparentalidade se faz possível exatamente porque o ordenamento jurídico brasileiro separa explicitamente as relações conjugais das parentais, tanto que a quebra do vínculo conjugal não enseja – em nenhuma hipótese – a quebra do vínculo parental que dos ex-cônjuges ou ex-conviventes com o(s) filho(s) que são provenientes da relação conjugal finda. Essa perspectiva será analisada pormenorizadamente no quarto capítulo do presente trabalho.

2.5.2 Regulamentação jurídica da família coparental

Das novas modalidades de família cujo reconhecimento e proteção vêm sendo defendidos pela doutrina em razão dos princípios basilares emanados pelo texto constitucional, tem-se o recente caso da coparentalidade que, em razão de sua atualidade, ainda não se perfaz em objeto de discussões jurisprudenciais ou legislativas, salvo no que pertine à coparentalidade como exercício compartilhado da parentalidade nos casos de divórcio ou separação, o que, por óbvio, não se perfaz na mesma coisa que a modalidade de família sob análise.

Nesse sentido, é possível asseverar que o modelo de família coparental não possui tratamento legislativo ou jurisprudencial nos termos aqui propostos, razão pela qual se pode afirmar que a espécie familiar não possui regulamentação jurídica. Isso, contudo, não impede o seu reconhecimento na seara doutrinária e, eventualmente, jurisprudencial, sobretudo ao se reconhecer a força normativa do princípio que se propõe com a presente pesquisa.

2.6 O modelo familiar poliafetivo: definição e características

A poliafetividade pode ser definida juridicamente como a relação conjugal/convivencial estabelecida entre três ou mais pessoas pelo exercício de sua manifestação de vontade livre e desimpedida, em relação à qual exista o nítido desejo de constituição de organização familiar, bem como esteja presente a boa-fé entre os participantes de tal relação. Dito de outro modo, é preciso que todos os integrantes da relação poliafetiva conheçam e aceitem a circunstância estrutural da relação que possuem uns para com os outros³¹⁶.

O conhecimento e o aceite entre os integrantes da relação são fundamentais para diferenciar a poliafetividade da relação paralela, por exemplo, que será apresentada em momento oportuno, mas em relação à qual, pode-se adiantar, não houver o conhecimento de uma das partes envolvidas na relação, da existência de outra relação amorosa de seu companheiro ou cônjuge. Nesse sentido caminha também a definição de poliafetividade apresentada por Rodrigo da Cunha Pereira³¹⁷.

Ainda nessa mesma esteira, Maria Berenice Dias³¹⁸ assevera que a união poliafetiva constitui-se por unidade familiar formada por mais de dois integrantes, de modo que todos residem e convivem no mesmo espaço. Quanto ao entendimento da referida autora, tem-se a destacar apenas que não há necessidade de habitação comum para a formação da poliafetividade, a bastar para a sua configuração a existência de convivência e projeto de vida comum. Isso porque a coabitação³¹⁹ não se mostra mais como requisito inafastável para a configuração da relação conjugal³²⁰ e entende-se que posição similar deve ser adotada no caso da poliafetividade, em razão das similaridades que os institutos possuem entre si.

A despeito da possibilidade de afastamento da coabitação como requisito necessário para a configuração a poliafetividade, é preciso diferenciá-la da família paralela. Isso porque,

³¹⁶ XEREZ, Rafael Marcílio; ROCHA, Katarina Karol Brazil de Melo. Análise jurídica da poliafetividade a partir do filme “Eu tu eles”. *ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 149-171, jun. 2019. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/465>. Acesso em: 27 jul. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.21119/anamps.51.149-171>. PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Análise crítica da decisão do conselho nacional de justiça que proíbe a lavratura da escritura pública de união estável poliafetiva. *Revista Argumentum – RA*, Marília/SP, v. 20, n. 1, p. 35-72, jan./abr. 2019, p. 44. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/963/703>. Acesso em: 27 jul. 2019.

³¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da C. *Dicionário de direito de família e sucessões*: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

³¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. E-book. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 215.

³¹⁹ Entendido como o dever de habitar sob o mesmo teto.

³²⁰ Personagem vivido pelo ator Selton Mello na trama de Caramuru.

conforme aponta Paulo Roberto Iotti Vecchiatti³²¹, nas famílias paralelas têm-se, como o próprio nome indica, dois núcleos familiares distintos que possuem certo membro comum, havendo, assim, a configuração de duas famílias conjugais. Na poliafetividade, por outro lado, têm-se três pessoas que vivem único relacionamento amoroso com intenção de definitividade³²².

Faz-se oportuno ainda diferenciar a poliafetividade do poliamor, já que este se caracteriza pela existência de relação amorosa entre as partes sem que, entretanto, haja a intenção de constituição de seio familiar. Dito de outro modo, o poliamor representa o acordo de exercício das funções sexuais sem que este convívio resulte na formação de vínculos familiares entre as partes³²³. A demonstração do vínculo familiar na poliafetividade depende, portanto, da manifestação clara das partes envolvidas nesse sentido.

Nesse sentido, a poliafetividade seria um desdobramento possível das relações poliamorosas contraídas, já que haveria mudança de intenção no curso do exercício da liberdade individual de cada um dos membros de tais relações, já que passariam da simples vontade de se relacionarem amorosa e sexualmente para a adoção do propósito de, por meio das relações poliamorosas que possuem, formarem uma entidade familiar.

2.6.1 A caracterização da relação poliafetiva em “Caramuru: a invenção do Brasil”

O longa metragem em destaque relata a vida de Diogo Álvares³²⁴ – cidadão e artista Português – após sua condenação ao exílio em terras recém-descobertas pelos seus concidadãos, em decorrência de confusão ocasionada pela perda dos mapas que seriam usados por Pedro Álvares Cabral em suas navegações.

Em razão da mencionada condenação, Diogo é deportado para o Brasil, terras estas que só viu por milagre, tendo em vista que a Nau que o levava ao seu destino naufragou. De todo

³²¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União Poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. **Revista Libertas**, Ouro Preto – MG, n. 2, v. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/418/382>. Acesso em: 05 jan. 2020.

³²² Tal entendimento também é apresentado por Regina Beatriz Tavares da Silva, ainda que com a utilização da expressão “união simultânea” para se referenciar à família paralela. (Monogamia: princípio estruturante do casamento e da união estável. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; BASSE, Ursula Cristina *et al.* (coord.). **Família e pessoa: uma questão de princípios**. São Paulo: YK, 2018, p. 575.

³²³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Análise crítica da decisão do Conselho nacional de justiça que proíbe a lavratura da escritura pública de união poliafetiva. **Revista Argumentum – RA**, Marília/SP, v. 20, n. 1, p. 35-72, jan./abr. 2019, p. 46. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/963/703>. Acesso em: 27 jul. 2019.

³²⁴ Interpretado pelo ator Selton Mello.

modo, ao chegar ao novo continente, Diogo, após escapar de Vasco Athayde³²⁵ – comandante da Nau que trouxera Diogo até o novo continente e que tentava contra sua vida – bem como após escapar de grupo de índios pronto para matá-lo, encontra-se com Paraguaçu – índia interpretada por Camila Pitanga – por quem se apaixona.

Levado à Tribo de Paraguaçu, Diogo conhece a irmã de sua amada, Moema – interpretada por Deborah Secco –, com quem se deita a pedido de Paraguaçu e junto com ela mantém relação a três até a parte final da estória. Isso porque Diogo é convidado a retornar a Portugal para casar-se com uma fidalga e, impossibilitado de escolher qual das irmãs levar para ser sua cortesã, acaba por não levar nenhuma delas. Entretanto, ambas se jogam ao mar em busca de subirem na Nau que o levaria de volta ao velho continente, mas apenas Paraguaçu logra êxito de alcançar a embarcação e vai junto de Diogo para terras francesas.

Chegados à França, Diogo se reencontra com Isabelle – seu antigo amor – com quem promete se casar, e oferta a Paraguaçu o *locus* de amante que, por não entender o que significa tal papel, pergunta se a esposa de Diogo aceitará a avença, ao que ele nega, já que ter amante ou casar-se com mais de uma mulher era proibido, mas afirma que tudo será como era antes entre ele, Paraguaçu e Moema. Paraguaçu, entretanto, o desmente ao afirmar que em sua terra é possível quedar-se com mais de uma mulher e a mulher com que dividiam a cama e a vida era sua irmã Moema.

Foi em terras francesas que Paraguaçu convenceu Isabelle de ser amante de Diogo em troca de ouro, enquanto ela se casaria com o amado para retornar triunfante às terras de além mar. Entretanto, o ouro não existia tal qual descrito por Paraguaçu e, pela traição de Isabelle, o Rei da França mandou prendê-la o que fez com que Diogo e Paraguaçu voltassem como marido e esposa à terra dos Tupinambás. Ao chegar lá, foi Moema quem assumiu o posto de amante de Diogo e reassumiu o seu lugar em seu coração.

Conforme demonstrado, a poliafetividade, quando analisada sob o escopo das manifestações artísticas, normalmente, tem como objeto de análise por parte dos juristas o filme brasileiro “Eu, tu, eles”, entretanto, é verificável a existência da relação poliafetiva em outras produções cinematográficas brasileiras e estrangeiras e, dentre as possibilidades existentes, entendeu-se por privilegiar o cinema brasileiro e destacou-se, nesta oportunidade, o longa metragem “Caramuru: a invenção do Brasil”.

³²⁵ Interpretado por Luís Alberto Melo.

O referido filme, em que pese tenha fortes traços do gênero “comédia” e trate determinados temas de forma satírica, ainda assim apresenta em seu bojo relação poliafetiva bem delineada, qual seja, o vínculo de afeto existente entre Diogo, Paraguaçu e Moema, além disso, o longa metragem também retrata uma quase relação paralela estabelecida entre Diogo e Isabelle, a qual fora arquitetada por Paraguaçu para garantir seu casamento com Diogo.

Viu-se que a poliafetividade depende, para sua configuração, do preenchimento de 4 (quatro) elementos distintos: a) multiplicidade de envolvidos; b) livre manifestação da vontade quanto à formação e manutenção de tal espécie de relação; c) boa-fé entre os envolvidos; e d) claro desejo de constituição de seio familiar. Destes requisitos, o que tem a potencialidade de criar maior controvérsia seja aquele relativo ao “claro desejo de constituir família”, isso porque não é possível elencar elemento objetivo que demonstre cabalmente tal intenção a não ser a manifestação livre e desimpedida das partes, tal qual ocorre no casamento convencional, sendo assim o desejo de constituição de entidade familiar deve ser preenchido pela manifestação de vontade das partes nesse sentido.

De toda feita, é possível aferir que há a referida intenção de constituição de entidade familiar se as partes procuram o cartório para o registro da sua união, visto que ao se tratar de mera relação amorosa poliafetiva, o mencionado registro e as consequências jurídicas que dele advêm não seriam queridos e a relação existiria apenas como verdade de fato que não repercutiria na seara jurídica.

Além disso, o decurso do tempo pode ensejar o reconhecimento da união estável poliafetiva, nos mesmos moldes do que ocorreria numa relação convivencial entre duas pessoas. Tais aspectos, entretanto, serão abordados de forma mais aprofundada em momento específico, pois cabe aqui apenas o registro das citadas informações.

No que pertine aos mencionados elementos, é possível verificá-los preenchidos na relação entre Diogo e as irmãs indígenas – Paraguaçu e Moema. O primeiro elemento é facilmente aferível, já que são três as pessoas que compõem tal relação, havendo assim multiplicidade de envolvidos. O segundo elemento também é verificável de pronto, já que é Paraguaçu quem ensina Moema a satisfazer Diogo e todos eles se mostram confortáveis com a situação³²⁶, razão pela qual é possível entender que há manifestação de vontade das partes no

³²⁶ Sobre essa questão é importante ressaltar que no primeiro momento em que Moema se oferece a Diogo este reluta em tê-la, haja vista acreditar que tal procedimento seria inadequado e contrário às normas jurídico-sociais do novo mundo, tal qual o eram na Europa do Século XV - período em que a lenda de Caramuru se passa.

sentido de manter tal relacionamento poliafetivo. A boa-fé também se verifica pelo fato das partes, além de estarem de acordo com a relação que possuem, não demonstrarem intenção outra que não seja viver aquela relação³²⁷, e, por fim, o intento de constituição de família fica evidenciado quando Diogo e Paraguaçu, após voltarem da França casados sob os costumes europeus, fazem questão de reincluírem Moema na sua relação.

Diga-se, ainda, que apesar de Diogo e Paraguaçu terem casado na França, a relação destes com Moema não caracteriza relação paralela, já que além de haver consentimento por parte de Paraguaçu, os três relacionam-se entre si amorosa e sexualmente. De outro lado, a relação que teria se formado entre Diogo e Isabelle seria uma relação paralela, posto que apesar do consentimento de Paraguaçu acerca da relação mencionada, não haveria comunhão entre as três partes, mas apenas aquiescência acerca da situação por parte de Paraguaçu, sendo esta a diferença modal entre os modelos de relacionamentos citados.

É exatamente essa comunhão entre as partes que mostra identidade àquela prevista no art. 1.511³²⁸ do Código Civil de 2002, que faz com que a união marital/convivencial entre mais de duas pessoas seja válida e tenha ainda eficácia no que pertine à formação de entidade familiar, já que, conforme mencionado, a família deixou de ser a instituição que atende à forma para se tornar o *locus* de desenvolvimento e satisfação pessoal de seus integrantes.

Importante notar ainda que a produção cinematográfica em análise sugere interessante reflexão acerca da validade das relações poliafetivas no diálogo estabelecido entre Diogo e Paraguaçu no momento em que ele tenta convencê-la de que deve se casar com Isabelle e ter Paraguaçu como amante. Isso porque Paraguaçu não entende como é possível que Diogo tenha uma esposa e uma amante – e tal fato seja socialmente aceito, ainda que tacitamente – e, de outro lado, seja inimaginável que Diogo despose Isabelle e Paraguaçu simultaneamente.

Essa ainda parece ser a realidade vivida no Brasil hodiernamente, tanto que o debate em torno das famílias paralelas e dos direitos a elas inerentes encontra eco na doutrina e na jurisprudência, sobretudo no que diz respeito aos direitos sucessórios e previdenciários, conforme se verá oportunamente, a denotar que a postura – usualmente masculina – de

³²⁷ Antes mesmo de Diogo ser nomeado Caramuru pela Tribo de Paraguaçu e Moema, momento em que a tribo tinha intenção de se alimentar de Diogo a fim de absorver sua força, não é possível asseverar que Paraguaçu e Moema mantinham a relação poliafetiva com o fito de ludibriar Diogo, mas, ao contrário, a despeito de conhecerem o destino que estava reservado para ele, ainda assim, decidem manter sua relação com ele.

³²⁸ “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

possuir mais de uma relação familiar não só é corriqueira, como, até certo ponto, aceita pela sociedade.

Por outro lado, a poliafetividade é rechaçada com base no princípio jurídico da monogamia e, de acordo com o apontado pelo Conselho Nacional de Justiça³²⁹, pela insuficiência de casos existentes, dando a entender que a outorga de direitos se faz apenas de forma coletiva e para as massas, nunca de individual e na proteção de minorias. Esse ponto será profundamente abordado na seção quatro do presente trabalho, de forma que cabe aqui apenas o lançamento das primeiras linhas reflexivas acerca da temática.

Pelo exposto, é possível depreender, portanto, tanto a configuração da poliafetividade existente entre Diogo, Paraguaçu e Moema e da quase relação paralela estabelecida entre Diogo e Isabelle na constância de seu casamento com Paraguaçu. Além disso, é imperioso destacar que o fato de Moema relacionar-se ainda com outros homens na constância de sua relação poliafetiva com Diogo e Paraguaçu não descaracteriza a referida relação, já que a relação poliafetiva é naturalmente flexível, devendo existir, sobretudo, o acordo das partes no que diz respeito à forma pela qual ela será vivida³³⁰.

2.6.2 Regulamentação jurídica da família poliafetiva

Feitas as ponderações relacionadas à definição da família poliafetiva e à apresentação da referida modalidade familiar em obra artística cinematográfica, entende-se ainda oportuno elencar o modo pelo qual o tipo familiar poliafetivo vem sendo tratado pelo direito brasileiro. Nesse sentido, é importante asseverar, a priori, que a constitucionalidade de tal modalidade de entidade familiar se assenta, como as outras não consagradas no texto constitucional, no direito geral de liberdade, na igualdade, na afetividade, no pluralismo das modalidades familiares e na dignidade da pessoa humana, assuntos estes que ainda serão mais bem desenvolvidos ao longo da presente pesquisa.

³²⁹ Quando do julgamento do Pedido de Providências nº 0001459.08.2016.2.00.0000 protocolado junto àquele conselho e cujo julgamento resultou na impossibilidade de lavratura de certidões declaratórias de uniões poliafetivas.

³³⁰ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Análise crítica da decisão do Conselho Nacional de Justiça que proíbe a lavratura da escritura pública de união poliafetiva. **Revista Argumentum – RA**, Marília/SP, v. 20, n. 1, p. 35-72, jan./abr. 2019, p. 46. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/963/703>. Acesso em: 27 jul. 2019.

Entende-se, desde esse ponto de vista, que a monogamia, como não se perfaz em princípio jurídico emanado pelo texto constitucional³³¹, não pode ser utilizado como limite para a formação da entidade familiar sobredita.

Em oposição a tal entendimento, Regina Beatriz Tavares da Silva aduz argumentos consistentes, pautados na letra da lei e no entendimento dos Tribunais Superiores, com o fito de defender a existência e a proeminência do princípio da monogamia no ordenamento jurídico brasileiro. O argumento pautado na letra da lei ressalta que o texto constitucional e a codificação civil utilizam-se, na tratativa da temática da união estável³³², de assertiva que estabelece a necessidade de que tal modalidade familiar seja formada por um homem e uma mulher, ou seja, um espécime de cada gênero humano, a impossibilitar assim a formação da poliafetividade³³³.

O argumento jurisprudencial, por seu turno, tem o objetivo de comprovar e fortalecer tal entendimento, a utilizar-se, para tanto, das manifestações dos Tribunais Superiores que reverteram decisões de Tribunais Estaduais e Federais que, em primeira instância, haviam afastado a aplicação do pretense princípio da monogamia e reconheceram a caracterização de uniões simultâneas para diversos fins jurídicos, sobretudo para a concessão de direitos previdenciários a partícipe da relação familiar paralela³³⁴.

Quanto a tais argumentos, podem-se levantar dois outros que lhes contrapõem, a par da questão dos princípios da isonomia, liberdade – com o viés de livre desenvolvimento da personalidade – e da dignidade da pessoa humana, já trabalhados por outros autores na busca de defender a possibilidade de configuração da poliafetividade³³⁵.

O primeiro dos argumentos que se entende necessário apontar é o fato de a Constituição Federal de 1988 não ter atrelado a ideia de família a nenhum modelo especificamente considerado, tanto que primeiro ocupou-se em conceder proteção à família e somente depois

³³¹ Em sentido contrário manifestam-se SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Monogamia: princípio estruturante do casamento e da união estável. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; BASSET, Ursula Cristina (coord.). **Família e pessoa: uma questão de princípios**. São Paulo: YK, 2018; NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. IV, p.45.

³³² “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”.

³³³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da, *op. cit.*, 2019.

³³⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da, *op. cit.*, 2019.

³³⁵ Tal qual fazem VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo O reconhecimento da família poliafetiva no Brasil: uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia. **Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito**, v. 7, n.13, set./dez. 2015. Disponível em: <https://faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/>. Acesso em: 10 dez. 2019.

disso elencou os modelos de família que entendeu necessários serem apontados, sem, contudo, reduzir àqueles as possibilidades de formação da família³³⁶. Disso resulta que o fato de o §3º do art. 226 da CF/88 delimitar o estabelecimento da união estável entre homem e mulher, não condiciona a formação de outras entidades familiares à dualidade sexual³³⁷ ou à duplicidade de parceiros³³⁸.

De retorno à temática da poliafetividade, pode-se confundi-la, tal qual defendida nesta tese, com a poligamia vivida em outros lugares do mundo, sobretudo no hemisfério oriental do globo terrestre. É que a poliafetividade pressupõe para sua concretização válida dos seguintes requisitos: a) manifestação de vontade livre e desimpedida dos contraentes independentemente do gênero a que pertençam³³⁹; b) igualdade de direitos e deveres entre as partes que decidem viver sob essa configuração familiar, tanto no que pertine à relação matrimonial/convivencial quanto ao exercício da parentalidade futura em relação aos filhos comuns; c) a união deve dar-se em ato único, por meio do qual o trisal manifesta inequivocamente sua vontade de estabelecer tal relação, com o escopo de garantir que não seja configurada a prática da bigamia tal qual assinalada no art. 235 do Código Penal³⁴⁰.

2.7 A família paralela: definição e características

Acerca da definição de família paralela, ou das famílias simultâneas³⁴¹, pode-se afirmar que se tem a configuração da referida relação familiar sempre que alguém, que possui com outrem relação matrimonial ou convivencial, estabelece nova relação amorosa com terceira pessoa no intuito de com ela formar outro núcleo familiar. Tal situação de fato tem como suas

³³⁶ Tal questão será melhor analisada no capítulo terceiro da presente pesquisa.

³³⁷ Quanto a questão recomenda-se a leitura da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132, já citada nessa pesquisa.

³³⁸ Quanto a este entendimento, o próprio §4º do art. 226 se ocupa de afastá-lo, posto que ali o constituinte previu a possibilidade de formação de entidade familiar monoparental, ou seja, em que apenas uma pessoa exerce os direitos e os deveres de gestão da família.

³³⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União Poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. **Revista Libertas**, Ouro Preto – MG, n. 2, v. 2, jul./dez. 2016, p.10. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/418/382>. Acesso em: 05 jan. 2020.

³⁴⁰ Neste ponto é salutar apontar que se entende, tomando por base o conceito semântico de norma, – conforme será apresentado no capítulo quarto – que a vedação estabelecida no Código Penal diz apenas respeito ao ato de casar sendo casado com outrem previamente, não incidindo sobre a situação em que três pessoas se casam ao mesmo tempo. Isso porque o que o CP quer evitar, segundo entendimento que se expõe, é a prática de ato contrário a boa-fé objetiva que tenha a potencialidade de macular o direito alheio no que pertine à observância dos deveres conjugais. O que não se dá com a contração de relação poliafetiva, já que todos estão de acordo com os termos do relacionamento que assumem e, por conseguinte, não há que se falar em inobservância da boa-fé ou dos deveres conjugais que, é bom se diga, até o estabelecimento de tal relação, sequer existiam entre as partes.

³⁴¹ Nomenclatura ofertada por parcela da doutrina e encontrada na obra de SOALHEIRO, Luiz. **Famílias simultâneas**: um arranjo familiar não monogâmico. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

características mais marcantes a coexistência de duas relações fático-jurídicas que, analisadas detidamente, apresentam os caracteres de entidade familiar.

Como dito, ela se diferencia da relação poliafetiva em razão de não haver relacionamento conjunto entre seus integrantes, mas apenas um integrante comum nas relações familiares estabelecidas que, usualmente, conforme apontado por Maria Berenice Dias³⁴², é o homem que, mesmo casado ou que possua união estável com alguém, parte em busca de novos relacionamentos amorosos sem “abrir mão” daquele anteriormente estabelecido.

Na união poliafetiva, por outro lado, existe comunhão convivencial entre as três partes envolvidas na relação amorosa, assim é que mesmo que a esposa conheça a relação paralela estabelecida por seu marido com outrem, não há a descaracterização do paralelismo das relações mantidas por ele, já que não há, nesse caso, intenção ou desejo das partes de conviverem de forma conjunta como trisal.

Álvaro Villaça de Azevedo³⁴³ assevera que as uniões paralelas deveriam ser tidas como uniões desleais, pois que existem apenas duas hipóteses de formação de tais relacionamentos, quais sejam, o estabelecimento de relação concubina em que uma das partes tem vinculado a si casamento válido com outrem, ou ainda o estabelecimento de união estável desleal, que é aquela firmada por alguém que já possui união estável com pessoa alheia à nova relação.

A ideia de deslealdade ou má-fé ressaltada pelo autor fortalece a diferença apontada anteriormente entre as relações paralelas e as relações poliafetivas, já que nessa há o acordo de vontade entre as partes integrantes da relação, enquanto naquela o que há, no máximo, é a aquiescência do cônjuge relativamente à união concubina ou desleal formada com outrem por seu cônjuge ou companheiro.

Entretanto, nem mesmo a existência da referida deslealdade ou da repúdia social a esse tipo de entidade familiar³⁴⁴ é suficiente para descaracterizar a situação de fato em destaque no que pertine à manutenção de relações familiares simultâneas por alguém. Nesse diapasão é que o direito não pode quedar-se inerte acerca de tais situações, pois que o silêncio do direito

³⁴² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 137.

³⁴³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 211.

³⁴⁴ DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, 2015, p.280.

implica na perda de direitos e garantias das pessoas que integram tais conglomerados familiares.

A respeito da atuação dos operadores do direito acerca da questão sob análise, é importante pontuar que a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem caminhado no sentido de não reconhecer a possibilidade de concessão de direitos e garantias às famílias formadas em paralelo às relações matrimoniais e convivenciais preteritamente existentes³⁴⁵, sob o fundamento de que há, no §1º do art. 1.723 do Código Civil, expressa vedação à configuração da união estável nos casos em que se apliquem a um dos integrantes da relação

³⁴⁵“AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESTATUTÁRIA. COMPANHEIRA. CONCUBINATO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada. **2. A relação concubinária, paralela ao casamento válido, não pode ser reconhecida como união estável, salvo se configurada a separação de fato ou judicial entre os cônjuges.** 3. Existência de impedimento para a convalidação da relação concubinária em união estável. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1147046/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 08/05/2014, DJe 26/05/2014) STJ. AgRg no REsp n.º 1147056/RJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35275349&num_registro=200901856727&data=20140526&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 20 ago. 2019. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. MILITAR. CONCUBINATO. CONCOMITÂNCIA AO CASAMENTO. UNIÃO ESTÁVEL DESCARACTERIZADA. 1. Hipótese em que o Tribunal local asseverou que o de cujus permaneceu casado com a parte recorrente até o último dia e afastou a ocorrência de separação de fato ou judicial. Todavia, manteve a divisão da pensão entre a viúva e a concubina ao entender que a existência de relação extraconjugal duradoura e pública, ainda que concomitante ao casamento, configuraria novo conceito familiar. **2. O entendimento do Tribunal de origem está em confronto com a orientação do STJ, de que a união estável pressupõe a inexistência de impedimento para o casamento, assegurando-se à companheira o direito ao recebimento da pensão por morte do falecido que ainda esteja casado, desde que comprovada a separação de fato entre os ex-cônjuges, o que não ocorreu no caso dos autos.** 3. Recurso Especial provido.” (REsp 1810926/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019) STJ. REsp. n.º 1810926/RN. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=Acesso em: 20 ago. 2019>.

amorosa os impedimentos previstos no art. 1.521 da mencionada codificação³⁴⁶, e ainda pelo que dispõe a Súmula 83 daquele Tribunal Superior^{347 348}.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça caminha, assim, no sentido de declarar como inexistente no campo jurídico³⁴⁹ situação que não só existe de fato, mas em relação às quais, normalmente, existem repercussões de cunho pessoal e patrimonial, dentre as quais se

³⁴⁶ “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PEDIDO DE ARROLAMENTO E PARTILHA DE BENS. UNIÃO ESTÁVEL CONCOMITANTE A CASAMENTO SEM SEPARAÇÃO DE FATO. 1. **À luz do disposto no § 1º do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro concomitante àquele que pretende proteção jurídica.** Nesse viés, apesar de a dicção da referida norma também fazer referência à separação judicial, é a separação de fato (que, normalmente, precede a separação de direito e continua após tal ato formal) que viabiliza a caracterização da união estável de pessoa casada. 2. Consequentemente, **mantida a vida em comum entre os cônjuges (ou seja, inexistindo separação de fato), não se poderá reconhecer a união estável de pessoa casada. Nesse contexto normativo, a jurisprudência do STJ não admite o reconhecimento de uniões estáveis paralelas ou de união estável concomitante a casamento em que não configurada separação de fato.** 3. No caso dos autos, procedendo-se à reavaliação do quadro fático delineado no acórdão estadual, verifica-se que: (a) a autora e o réu (de cujus) mantiveram relacionamento amoroso por 17 anos; (b) o demandado era casado quando iniciou tal convívio, não tendo se separado de fato de sua esposa; e (c) a falta de ciência da autora sobre a preexistência do casamento (e a manutenção da convivência conjugal) não foi devidamente demonstrada na espécie, havendo indícios robustos em sentido contrário. 4. Desse modo, não se revela possível reconhecer a união estável alegada pela autora, uma vez que não foi atendido o requisito objetivo para sua configuração, consistente na inexistência de relacionamento de fato duradouro concomitante àquele que pretende proteção jurídica. 5. Uma vez não demonstrada a boa-fé da concubina de forma irrefutável, não se revela cabida (nem oportuna) a discussão sobre a aplicação analógica da norma do casamento putativo à espécie. 6. Recursos especiais do espólio e da viúva providos para julgar improcedente a pretensão deduzida pela autora. (REsp 1754008/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 01/03/2019) STJ. REsp. n.º 1754008/RJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1784964&num_registro=201801766525&data=20190301&formato=PDF. Acesso em: 20 ago. 2019.

³⁴⁷ Súmula n.º 83: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

³⁴⁸ “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. 1. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, pois a caracterização da união estável pressupõe a inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele ao qual se pretende proteção jurídica. Precedentes.** 2. **Inviável o recurso especial se o acórdão recorrido se alinha com o posicionamento sedimentado na jurisprudência do STJ, a teor do que dispõe a Súmula 83 desta Corte Superior.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 395.983/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 07/11/2014) (grifos nossos) AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. CONFIGURAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SEPARAÇÃO DE FATO ENTRE CÔNJUGES. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL. SÚMULA 83/STJ. 1. Inviável o recurso especial cuja análise das razões impõe reexame do contexto fático-probatório da lide, nos termos da vedação imposta pelo enunciado n.º 7 da Súmula do STJ. 2. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato ou judicial entre os casados.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 494.273/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 01/07/2014) STJ. AgRg no AREsp n.º 494273/RJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/>

pode elencar a filiação e a construção conjunta de bens que, a depender da situação específica, pode gerar ainda prejuízo patrimonial à concubina³⁵⁰.

Nesse passo, e a pretexto de atender ao prescrito de forma taxativa na legislação vigente – que é importante que se ressalte teve a maior parte de seu texto produzida ainda nos anos 70 – tem-se a violação de direitos fundamentais como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, pois que converge, em última instância, à garantia de que casados e casadas se utilizem da pessoa de seus concubinos como se objetos fossem, já que não ficam asseguradas a estes as garantias inerentes às pessoas humanas, tanto do ponto de vista pessoal quanto patrimonial.

2.7.1 *A série televisiva “La Casa de Papel” e a família paralela vivida pelos personagens Mónica Gaztambide e Arturo Román*

O enredo central da série “La Casa de Papel” trata da tomada da Casa da Moeda Espanhola pelo grupo liderado por “El Professor” – personagem interpretado por Álvaro Monte – e sua equipe composta pelas seguintes personagens Tokio, Berlín, Nairobi, Rio, Denver, Moscou, Helsinki e Oslo – que são vividos pelos atores Úrsula Corberó, Pedro Alonso, Alba Flores, Miguel Herrán, Jaime Lorente, Paco Tous, Darko Peric e Roberto Garcia Ruiz, respectivamente.

A ideia do grupo de atracadores³⁵¹ é produzir a maior quantidade de papel moeda possível, algo em torno de dois bilhões de euros, e então desaparecer com o dinheiro produzido, de modo a causar o menor efeito colateral possível e evitar ao máximo que as pessoas envolvidas, tanto os reféns, quanto os policiais ou os integrantes da *banda*³⁵², sejam feridos ou mortos durante os onze dias que precisam permanecer na Casa da Moeda para a fabricação do dinheiro de que pretendem se apossar.

O que se apresenta relevante para a presente pesquisa, entretanto, não é propriamente a trama principal da série, mas o enredo de trama paralela que trata da relação amorosa entre Mónica Gaztambide³⁵³ e Arturo Román³⁵⁴. Ela é Secretária do Diretor da Casa da Moeda da

componente=ATC&sequencial=35867685&num.Acesso em: 23 ago. 2019.

³⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Adultério, bigamia e união estável**: realidade e responsabilidade. Disponível em: http://berenicedias.com.br/uploads/4_-adult%27rio,_bigamia_e_uni%3o_est%27vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.

³⁵⁰ *Ibid.*, 2019.

³⁵¹ Assaltantes em tradução livre.

³⁵² Equipe em tradução livre.

³⁵³ Personagem vivida pela atriz Esther Acebo.

³⁵⁴ Personagem vivido pelo ator Enrique Arce.

Espanha e namorada de seu Chefe, ele é casado, tem dois filhos com sua esposa e exerce o cargo de Diretor “de la Fábrica de Moneda”³⁵⁵.

A referida relação é apresentada no primeiro episódio da primeira temporada da série televisiva³⁵⁶, minutos antes da entrada dos *atracadores* à Casa da Moeda, quando Mónica e Arturo Román dialogam acerca da gravidez de Mónica, por ela comemorada, e por ele rechaçada sob o argumento de que um filho não se encaixaria na vida que possuíam.

A insatisfação de Mónica com a reação de Arturo é apresentada pela série durante toda a primeira e a segunda temporadas e a circunstância da relação que possuem fica claramente demonstrada quando Arturo, ao falar com sua esposa pelo telefone, se declara ao chamá-la de Mónica, a revelar assim seu sentimento por outra mulher que não sua esposa, o que, visivelmente, abala sua mulher e o que faz com que ela se separe dele, situação relatada na terceira temporada da série.

Durante o assalto, Mónica acaba se apaixonando por Denver – um dos assaltantes – que promete cuidar dela e de seu filho depois de saírem da casa da moeda, caso ela decida acompanhá-lo depois que tudo acabe, o que efetivamente acontece conforme é demonstrado na parte final do último episódio da segunda temporada e durante os episódios da terceira temporada da referida série televisiva.

2.7.2 Regulamentação jurídica da família paralela

Apresentada a subtrama da série televisiva “La Casa de Papel” e a definição da família paralela, faz-se impreterível analisar se a relação amorosa vivida por Mónica e Arturo se enquadra na moldura definida para as relações familiares paralelas. Isso porque não é qualquer relação amorosa ou sexual extraconjugal que tem o condão de caracterizar a família paralela, mas somente aquelas relações em que haja as características necessárias para a configuração da união estável, quais sejam, continuidade, notoriedade³⁵⁷, estabilidade e

³⁵⁵ Casa da Moeda em tradução livre.

³⁵⁶COLMENAR, Jesús. **Efetuar o Acordo** (Efectuar lo acordado). Vancouver Media e Atresmedia, 2017, 47 min.

³⁵⁷ “PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. DEVER DE INDENIZAR. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015. 2. O Tribunal local afastou a responsabilidade do Estado no caso e o pedido de condenação em danos morais, nesses termos: ‘In casu, diversamente do afirmado pelo apelante, não exsurgiu a comprovação do dano experimentado. Por certo, como adequadamente registrado em primeiro grau, até mesmo pelas características específicas da demanda na qual constou o nome do ora apelante, não se revelou a afirmada situação vexatória. **É certo que o reconhecimento da [in]existência de**

convivência afetiva³⁵⁸, em verdadeira comunhão de vidas³⁵⁹, que prescindem da moradia sob o mesmo teto³⁶⁰.

Desse modo, faz-se oportuno salientar, tal qual o fizeram Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira³⁶¹, que o simples namoro ou “caso” não tem as características necessárias para configurar a união estável e, portanto, caso eles sejam vividos na constância de outras relações matrimoniais ou convivenciais, não terão o condão de formar o núcleo de

união estável entre o pai do ora requerente e sua companheira, por exigir, como requisito objetivo, a demonstração da notoriedade do relacionamento, não é capaz, por óbvio, de ensejar prejuízo moral ao apelante, mormente em se considerando que o nome de seu genitor, já falecido, fora preservado, fl. 49-TJ. Ademais, muito embora afirme o autor ter o ato de publicação lesionado sua 'intimidade, a vida privada e a imagem do apelante', inexistente qualquer comprovação de ter experimentado qualquer prejuízo nesse sentido, não colacionando elementos aptos a configurar a ocorrência do citado dano de órbita moral, os quais não se presumem na espécie. Registre-se, inclusive, que em sendo o autor estudante de direito, não se revela aceitável a afirmação de que a publicação de seu nome no Diário do Judiciário acarretou-lhe sofrimento moral, sobretudo pela possibilidade de, ao optar pelo exercício da advocacia, figurar em inúmeras publicações, como procurador das partes que representar'. 3. Para analisar a tese do recorrente, no caso, é necessário o revolvimento dos fatos e provas produzidas na origem, cujo reexame é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial'. 4. Recurso Especial parcialmente conhecido, somente com relação à preliminar de violação do art. 1.022 do CPC/2015, e, nessa parte, não provido. (REsp 1782135/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09/05/2019, DJe 23/05/2019) STJ. REsp n.º 17822135/MG. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=94632046&num_registro=201802519690&data=20190523&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 28 ago. 2019.

³⁵⁸ “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA DE PATRIMÔNIO. JUNTADA DE DOCUMENTO EM GRAU RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADO O CONTRADITÓRIO, COMO NA HIPÓTESE. REQUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. POSSIBILIDADE. INDISCUTIBILIDADE SOBRE A EXISTÊNCIA E MODO DE OCORRÊNCIA DOS FATOS, INCLUSIVE SOB A PERSPECTIVA DAS PARTES. CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. PRESENÇA CUMULATIVA DOS REQUISITOS DE CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTINUIDADE, DURABILIDADE E INTENÇÃO DE ESTABELECEER FAMÍLIA A PARTIR DE DETERMINADO LAPSO TEMPORAL. DATA GRAVADA NAS ALIANÇAS. INSUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE DA CONVIVÊNCIA E DE PROVA DA SIMBOLOGIA DAS ALIANÇAS. DATA DE NASCIMENTO DO FILHO. INSUFICIÊNCIA. PROVA SUFICIENTE DE COABITAÇÃO EM MOMENTO ANTERIOR, INCLUSIVE AO TEMPO DA DESCOBERTA DA GRAVIDEZ, COM EXAME ENDEREÇADO À RESIDÊNCIA DO CASAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. DESSEMELHANÇA FÁTICA. 1- Ação distribuída em 11/03/2013. Recurso especial interposto em 11/03/2016 e atribuído à Relatora em 20/09/2016. 2- O propósito recursal consiste em definir se a prova documental produzida apenas em grau recursal pode ser considerada na definição da data de início da união estável e, ainda, definir o exato momento no tempo em que se configurou a união estável havida entre as partes. 3- A regra segundo a qual somente se admite a juntada de documentos novos em momentos posteriores à petição inicial ou à contestação deve ser flexibilizada em atenção ao princípio da verdade real, devendo ser observado, contudo, o princípio do contraditório, efetivamente exercido pela parte na hipótese. Precedente. 4- É admissível a requalificação jurídica dos fatos quando as decisões judiciais de mérito descrevem, de forma suficiente e harmônica, a existência e o modo pelo qual ocorreram, aspectos sobre os quais, inclusive, inexistente controvérsia até mesmo entre as próprias partes. Não incidência da Súmula 7/STJ. 5- **Embora a identificação do momento preciso em que se configura a união estável, deve se examinar a presença cumulativa dos requisitos de convivência pública (união não oculta da sociedade), de continuidade (ausência de interrupções), de durabilidade e a presença do objetivo de estabelecer família, nas perspectivas subjetiva (tratamento familiar entre os próprios companheiros) e objetiva (reconhecimento social acerca da existência do ente familiar).** 6- Na hipótese, deve ser afastada a data gravada nas alianças do casal - 25/08/2002 - como termo inicial da união estável, eis que ausente o requisito da convivência pública e diante da ausência de prova da específica simbologia representada pelas referidas alianças, como também deve

convivência familiar cuja existência é imperiosa para a conformação de tal convivência à definição de família paralela, conforme demonstrado anteriormente.

Assim é que, para que haja a constituição de famílias paralelas, é imprescindível que reste demonstrado, no que pertine à relação extraconjugal/convivencial, a vontade consistente de formação e manutenção de relação familiar³⁶² ou, como asseverou Carlos Alberto Menezes Direito³⁶³, deve haver a “vocação de permanência, com sinais claros, indubiosos de vida

ser afastada a data de nascimento do filho primog nito - 18/06/2004 - como termo inicial da convivência, eis que produzida prova suficiente de que os requisitos configuradores da união estável estavam presentes em momento anterior. 7- Os elementos de prova colhidos nos graus de jurisdi o, interpretados   luz das máximas de experiência e da observa o do modo pelo qual os fatos normalmente se desenvolvem, somada a existência de coabita o entre as partes desde Fevereiro de 2003, mantida ao tempo da descoberta da gravidez, ocorrida em 24/10/2003, do primeiro filho do casal, permitem estabelecer essa data como o momento temporal em que a união estável havida entre as partes ficou plenamente configurada. 8- A dessemelhança fática entre o acórdão recorrido e os acórdãos tidos como paradigmáticos impede o conhecimento do recurso especial pela divergência jurisprudencial. 9- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.” (REsp 1678437/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 24/08/2018) (grifos nossos) STJ. REsp n.  1678437/RJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=67090180&tipo_documento=documento&num_registro=201602534623&data=20161118&formato=PDF. Acesso em: 30 ago. 2019.

³⁵⁹ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA NA ALEGA O DE CONTRARIEDADE AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. OFENSA   LEI N. 9.278/1996. AUSÊNCIA DE INDICA O DE DISPOSITIVO VIOLADO. DEFICIÊNCIA NA ARGUMENTA O. SÚMULA 284/STF. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURA O. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DAS PROVAS DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1.   deficiente a fundamenta o do recurso especial em que a alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 se faz sem a demonstra o objetiva dos pontos omitidos pelo acórdão recorrido, individualizando o erro, a obscuridade, a contradi o ou a omissão supostamente ocorridos, bem como sua relevância para a soluço da controvérsia apresentada nos autos. Incidência da Súmula 284/STF. 2. **O Tribunal a quo, soberano na análise do material cognitivo produzido nos autos, concluiu pela não configura o de união estável entre o agravante e a servidora pública falecida, em virtude da ausência de demonstra o de comunhão de vidas e de esforços, consubstanciada na assistência moral e material recíproca irrestrita, não fazendo jus, portanto, ao recebimento de pensão por morte pleiteada na hipótese vertente. Nesse contexto, a inversão do julgado exigiria, inequivocamente, incursão na seara fático-probatória dos autos, o que   inviável, na via eleita, nos termos do enunciado sumular n. 7/STJ.** 3. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no AREsp 1149402/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 21/03/2018, DJe 03/04/2018) (grifos nossos).

³⁶⁰ Em sentido contrário, Rodrigo da Cunha Pereira defende que a convivência na união estável deve dar-se sob o mesmo teto. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 259.

³⁶¹ OLIVEIRA, Lamartine C. de; FERREIRA, Francisco José. **Direito de família**. São Paulo: Fabis, 1991, p. 89.

³⁶² “RECURSO ESPECIAL. VIOLA O AO ART. 535 DO CPC/1973. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURA O. TRANSA O DE DIREITOS DISPONÍVEIS. DESNECESSIDADE DE HOMOLOGA O PELO JUÍZO. PRODU O DE EFEITOS A PARTIR DE SUA CONCLUSÃO. ATO JURÍDICO PERFEITO E ACABADO. ARREPENDIMENTO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não há falar-se em ofensa ao art. 535 do CPC/1973, pois a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário   pretensão da parte recorrente. 2. As rela oes afetivas são inquestionavelmente complexas e, da mesma forma, o respectivo enquadramento no ordenamento, principalmente, no que respeita   defini o dos efeitos jurídicos que delas irradiam. 3. A união estável, por se tratar de estado de fato, demanda, para sua conforma o e verifica o, a reitera o do comportamento do casal, que revele, a um só tempo e de parte a parte, a comunhão integral e irrestrita de vidas e esforços, de modo público e por lapso significativo. 4. **Não   qualquer rela o amorosa que caracteriza a união estável. Mesmo que pública e duradoura e celebrada em contrato**

familiar”. A Ministra Nancy Andrighi, a seu turno, manifestou-se ainda pela necessidade de observância do dever de fidelidade para a configuração da união estável³⁶⁴.

Quanto à necessidade de observância do dever de fidelidade, como elemento indispensável à configuração da união estável, entende-se de modo diverso, já que o referido dever conjugal antes da promulgação da Emenda 66/2010 – que estabeleceu o divórcio direto – tinha o condão apenas de possibilitar a dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, a beneficiar o cônjuge fiel quando da partilha dos bens e do estabelecimento da guarda dos filhos. Desse modo é

escrito, com relações sexuais, com prole, e, até mesmo, com certo compartilhamento de teto, pode não estar presente o elemento subjetivo fundamental consistente no desejo de constituir família. 5. Nesse passo, afastada a configuração da formação de união estável, no caso concreto, reconhece-se como transação particular de direitos disponíveis o acordo firmado entre as partes e apresentado a Juízo para homologação. 6. Transação é o negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo à controvérsia sobre determinada relação jurídica, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia. 7. Uma vez concluída a transação, impossível é a qualquer das partes o arrependimento unilateral, mesmo que ainda não tenha sido homologado o acordo em Juízo. Ultimado o ajuste de vontade, por instrumento particular ou público, inclusive por termo nos autos, as suas cláusulas ou condições obrigam definitivamente os contraentes, de sorte que sua rescisão só se torna possível 'por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa' (Código Civil de 2002, art.849; CC de 1916, art. 1.030). 8. Se, após a transação, uma parte se arrepender ou se julgar lesada, nova lide pode surgir em torno da eficácia do negócio transacional, mas a lide primitiva já estará extinta. Só em outro processo, portanto, será possível rescindir-se a transação por vício de consentimento. 9. A jurisprudência desta Corte é pacífica e não vacila, no sentido de que a transação, com observância das exigências legais, sem demonstração de algum vício, é ato jurídico perfeito e acabado, não podendo o simples arrependimento unilateral de uma das partes dar ensejo à anulação do pacto. 10. Recurso especial não provido.” (REsp 1558015/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 23/10/2017) (grifos nossos) RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. 1. ALEGAÇÃO DE RELAÇÃO DURADOURA, CONTÍNUA, NOTÓRIA, COM PROPÓSITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA SUPOSTAMENTE ESTABELECIDO ENTRE PESSOA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ, INTERDITADA CIVILMENTE, E A DEMANDANTE, CONTRATADA PARA PRESTAR SERVIÇOS À FAMÍLIA DO REQUERIDO. 2. ENFERMIDADE MENTAL INCAPACITANTE, HÁ MUITO DIAGNOSTICADA, ANTERIOR E CONTEMPORÂNEA AO CONVÍVIO DAS PARTES LITIGANTES. VERIFICAÇÃO. INTUITU FAMILIAE. NÃO VERIFICAÇÃO. MANIFESTAÇÃO DO PROPÓSITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA, DE MODO DELIBERADO E CONSCIENTE PELO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. IMPOSSIBILIDADE. 3. REGRAMENTO AFETO À CAPACIDADE CIVIL PARA O INDIVÍDUO CONTRAIR NÚPCIAS. APLICAÇÃO ANALÓGICA À UNIÃO ESTÁVEL. 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Controverte-se no presente recurso especial sobre a configuração de união estável entre o demandado, pessoa acometida de esquizofrenia progressiva, cujo diagnóstico fora constatado já no ano de 1992, e que, em ação própria, ensejou a declaração judicial de sua interdição (em 24.5.2006), e a demandante, contratada, em 1985, pelos pais do requerido para prestar serviços à família. **Discute-se, nesse contexto, se, a despeito do estreitamento do convívio entre as partes, que se deu sob a mesma residência, na companhia dos pais do requerido, por aproximadamente vinte anos, seria possível inferir o propósito de constituir família, pressuposto subjetivo para a configuração da união estável.** 2. Ressai evidenciado dos autos que a sentença de interdição, transitada em julgado, reconheceu, cabalmente, ser o ora recorrente absolutamente incapaz de discernir e compreender os atos da vida civil, o que, por consectário legal, o torna inabilitado, por si, de gerir sua pessoa, assim como seu patrimônio, nos termos do artigo 3º, II, da lei substantiva civil 2.1. Sem adentrar na discussão doutrinária, e até jurisprudencial, acerca da natureza da sentença de interdição civil, se constitutiva ou se declaratória, certo é que a decisão judicial não cria o estado de incapacidade. Este é, por óbvio, preexistente ao reconhecimento judicial. Nessa medida, reputar-se-ão nulos os atos e negócios jurídicos praticados pelo incapaz anteriores à sentença de interdição, em se comprovando que o estado da incapacidade é contemporâneo ao ato ou negócio a que se pretende anular. Em relação aos atos e negócios jurídicos praticados pessoalmente pelo incapaz na constância da curadoria, estes se afiguram nulos, independente de prova. 2.2. Transportando-se o aludido raciocínio à hipótese dos autos, em que se pretende o reconhecimento do estabelecimento de união entre as partes litigantes, a constatação do estado de absoluta incapacidade do demandado durante o período de convivência em que a suposta relação teria perdurado enseja a improcedência

que se a infidelidade não tinha o condão de descaracterizar o matrimônio, de igual modo não pode ter o condão de desconfigurar a união estável no caso em que se verifique o preenchimento dos elementos configurativos mencionados anteriormente.

De retorno à análise da relação afetiva estabelecida entre Mónica Gaztambide e Arturo Román, é possível depreender que há entre as partes relação duradoura e estável, podendo-se ainda verificar a intenção, ainda que tardia³⁶⁵, de constituição de entidade familiar, bem como a notoriedade – ainda que não ostensiva – da relação mantida pelos dois, haja vista o Diretor

da ação. 2.3. Sobressai dos autos, a partir do que restou apurado na presente ação, assim como na ação de interdição, que a enfermidade mental incapacitante do recorrente, cujo diagnóstico há muito fora efetuado, não é apenas contemporânea à suposta relação estabelecida entre os litigantes, mas também anterior a ela, circunstância consabida por todos os familiares do demandado, e, especialmente, pela demandante. 2.4. Nesse contexto, encontrando-se o indivíduo absolutamente inabilitado para compreender e discernir os atos da vida civil, também estará, necessariamente, para vivenciar e entender, em toda a sua extensão, uma relação marital, cujo propósito de constituir família, por tal razão, não pode ser manifestado de modo voluntário e consciente. 3. Especificamente sobre a capacidade para o estabelecimento de união estável, a lei substantiva civil não dispôs qualquer regramento. Trata-se, na verdade, de omissão deliberada do legislador, pois as normas relativas à capacidade civil para contrair núpcias, exaustivamente delineadas no referido diploma legal, são in totum aplicáveis à união estável. Assim, aplicando-se analogicamente o disposto no artigo 1.548, I, do Código Civil, afigurar-se-ia inválido e, por isso, não comportaria o correlato reconhecimento judicial, o suposto estabelecimento de união estável por pessoa acometida de enfermidade mental, sem ostentar o necessário discernimento para os atos da vida civil. 4. Recurso provido, restabelecendo-se a sentença de improcedência. (REsp 1414884/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 13/02/2015) (grifos nossos).

³⁶³ “União estável. Comprovação nas instâncias ordinárias. Súmula nº 07 da Corte. 1. Comprovada exaustivamente nas instâncias ordinárias que a autora e seu falecido companheiro mantiveram uma união pública, contínua e duradoura por 32 (trinta e dois) anos, não se pode afastar a configuração da existência de verdadeira união estável, não relevando, nas circunstâncias dos autos, o fato de não morarem sob o mesmo teto. 2. Recurso especial não conhecido.” (REsp 474.581/MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 12/08/2003, DJ 29/09/2003, p. 244).

³⁶⁴ “DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96. 1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012. 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. **3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros.** 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido.” (REsp 1348458/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014) (grifos nossos).

³⁶⁵ Em que pese Mónica Gaztambide demonstre, desde o debuto da série e até se apaixonar por Denver, a vontade de manter viva a sua relação amorosa com Arturo, mesmo conhecendo o fato dele ser casado, o Diretor da Casa da Moeda somente deixa clara, inclusive para si, a sua paixão e sua intenção de quedar-se com

da Casa da Moeda e sua Secretária manifestarem seu carinho um pelo outro em público, mesmo que disfarçadamente.

Assim é que, pelo preenchimento dos requisitos acima delineados como necessários para a configuração da união estável, é que se faz imperioso reconhecer que as personagens mencionadas mantinham, na primeira temporada da série televisiva, união estável. Somado a este fato, como salientado, Arturo Román mantém ainda relação matrimonial concomitante com o relacionamento que possui com Mónica que, pelo apresentado no enredo da obra cinematográfica, baseia-se na afetividade existente entre os dois³⁶⁶, razão porque se reconhece a caracterização da família paralela no presente caso, bem como a necessidade de proteção jurídica de tal formato relacional.

2.8 Definição e características da família homoafetiva

A família homoafetiva é aquela decorrente do estabelecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, em que haja o profundo e real interesse de constituir família³⁶⁷. Idêntica é a definição de Rodrigo da Cunha Pereira para a espécie familiar sob análise. Acerca da questão, o referido autor aponta ainda que o processo de legitimação da entidade familiar homoafetiva equipara-se àquele vivido pela união afetiva que somente fora reconhecida como modalidade familiar pela Constituição de 1988, em que pese a sua existência no plano dos fatos ser anterior a isso.

Nesse ponto, entretanto, é preciso discordar do referido autor. Isso porque é imperioso reconhecer que a união estável fora reconhecida como entidade familiar pelo constituinte originário – que tomou por base as vivências sociais da época – e fora apontada como tal no texto normativo mais importante do Estado Democrático de Direito em que se vive. Enquanto que a família homoafetiva fora reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal³⁶⁸, com base em princípios constitucionais, o que não deslegitima a modalidade de família sobredita, mas,

Mónica quando fala com sua esposa ao telefone e declara-se a ela como se estivesse declarando-se à sua companheira, conforme demonstrado alhures.

³⁶⁶ HIRONAKA, G. M. F. N. Famílias paralelas. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 108, p. 199-219, 22 nov. 2013.

³⁶⁷ O Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto, ao exarar seu Voto no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 assim manifestou-se acerca da união homoafetiva capaz de demonstrar a construção de laços familiares: “União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. [...] Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro”.

³⁶⁸ Em exercício do que se considera garantismo, a despeito de ter-se conhecimento que variados autores entendem a atuação do STF no caso mencionado como ativismo judicial.

ainda assim, não pode ser equiparada ao formato de reconhecimento da modalidade familiar decorrente da união estável.

É oportuno ressaltar que, superado o viés reprodutivo da entidade familiar³⁶⁹ – seja ela formada pelo casamento e pela união estável – a configuração da entidade familiar não está condicionada à existência de descendentes para que o intento de formar família seja verificado³⁷⁰. Não é, portanto, a existência de descendentes que estabelece o vínculo familiar, mas a afetividade, a solidariedade e o desejo de manutenção dos vínculos de afetividade formados entre as pessoas, conforme fora dito anteriormente e ainda será analisado de forma mais aprofundada adiante.

2.8.1 *A família homoafetiva na obra cinematográfica “Elisa y Marcela”*³⁷¹

A produção cinematográfica em destaque relata a história de vida de duas mulheres espanholas, Elisa e Marcela, que no início do século XX se conhecem na escola pertencente à tia de Elisa e que se apaixonam, sem, no entanto, iniciarem qualquer tipo de relacionamento afetivo outro que não fosse amizade. O pai de Marcela, ao perceber a relação próxima de sua filha com sua amiga de colégio, decide mandá-la para internato onde passaria três anos e se formaria como professora.

Apesar da relutância de Marcela, seu pai a envia à escola no intuito de afastá-la de Elisa, entretanto, elas passam a se comunicar por cartas nas quais declaram seu amor e seu desejo de estarem próximas novamente. Passados três anos, Marcela e Elisa voltam a se encontrar em vilarejo onde esta já atuava como professora e aquela passa a residir, procurando escola próxima para exercer sua profissão e manter-se em contato direto com Elisa. É somente nesse reencontro que as personagens da vida real têm sua primeira relação sexual.

A película mostra ainda a perseguição que ambas sofreram no vilarejo em que habitavam, em razão de sua concepção sexual que atinge níveis alarmantes quando Elisa é apedrejada enquanto colhia flores e frutos em uma floresta próxima à cidade em que moravam. Em razão dos ataques, Elisa e Marcela decidem forjar a ida de Elisa para outra cidade e o seu retorno ao vilarejo como Mário – personagem fictício criado por ambas e que declararia ser primo de Elisa. O intuito delas era contrair matrimônio e partir para Buenos Aires onde ninguém as conheceria e assim poderiam viver tranquilas.

³⁶⁹ VILLELA, João Baptista. As novas relações da família. **Anais da XV Conferência Nacional da OAB** em Foz do Iguaçu. São Paulo: JBA Comunicações, 1995, p. 642-643.

³⁷⁰ Esse entendimento será melhor abordado na quarta seção da presente pesquisa.

³⁷¹ COIXET, Isabel. **Elisa y Marcela**. EUA: NETFLIX. 2019, 118 min.

Para fortalecer o argumento de que Elisa era Mário, Marcela deitou-se com um rapaz que conheceram em festa realizada no vilarejo, a fim de que dele engravidasse e pudesse usar seu estado para convencer os demais moradores daquele local que Mário, além de homem, era pai de seu filho. Elas, entretanto, viram seu plano fracassar quando uma de suas vizinhas reconheceu em Mário os traços de Elisa e as denunciou ao Padre do local.

As amantes conseguem fugir para Portugal, mas são presas na cidade do Porto após a notícia de seu relacionamento chegar ao conhecimento das autoridades portuguesas. Ambas ficam presas tempo suficiente para que a filha biológica de Marcela nasça na prisão e passe ainda seus primeiros meses de vida enclausurada com suas mães.

Em determinado dia, a criança é diagnosticada com pneumonia e a esposa do Inspetor, que havia tomado todas as precauções para que elas fossem bem tratadas, leva Marcela e a filha para sua casa, a fim de que a criança receba os cuidados necessários que a sua situação de saúde impunha. Ao perceber que sua escolha de vida acabaria por trazer grandes sofrimentos à sua filha, e ao verificar que o inspetor e sua esposa haviam se afeiçoado à bebê, Marcela decide abandonar Ana com os amigos que criara em Portugal e partir com Elisa para lugar afastado, a fim de que pudesse com ela viver seu amor.

Muitos anos passados, Ana procura por sua mãe a fim de questioná-la acerca do ocorrido e indagá-la se havia valido a pena passar por todos os sofrimentos pelos quais ela passou, inclusive o de abandonar sua única filha, para viver o seu amor com Elisa. Sua mãe nada responde e apenas a acaricia no rosto, e levanta-se em seguida para encontrar-se com Elisa que chegava a cavalo pela estrada.

Ao analisar a relação amorosa estabelecida entre Elisa e Marcela, é possível verificar o preenchimento dos requisitos necessários para reconhecer a formação de família homoafetiva. Explica-se.

Primeiramente, não há dúvidas de que as personagens se tratam de pessoas do mesmo sexo, já que a história de Elisa e de Marcela deixa claro que ambas pertencem ao gênero feminino. Desse modo, o primeiro elemento está preenchido, qual seja, a igualdade sexual entre os integrantes da relação.

Em segundo lugar, a narrativa demonstra o quanto as personagens sofreram pela sua orientação sexual e pelo desejo de permanecerem juntas, sem que isso se tornasse um

empecilho para a sua união. Talvez o único momento em que se pode verificar alguma espécie de dúvida acerca da manutenção daquela relação se dá quando Marcela dá à luz Ana dentro do presídio em que estavam custodiadas. Ao que tudo indica, a aparente relutância de Marcela de manter sua relação com Elisa decorre do medo de que sua filha passasse pelas mesmas circunstâncias que elas haviam vivenciado e ainda vivenciavam.

Essa aparente dúvida e o receio concreto de Marcela se confirmam quando ela decide abandonar a filha aos cuidados do inspetor que as detinha e de sua esposa, em que encontrou auxílio quando a criança havia ficado doente e em quem percebeu a vocação para o exercício parental, ainda que eles próprios não pudessem ter filhos biológicos. Entretanto, a despeito da circunstância dolorosa para Marcela relativa à separação de sua filha, ainda assim ela optou por permanecer com Elisa.

Além disso, é possível verificar na parte final do longa metragem que Marcela e Elisa ficaram juntas a vida inteira e, em que pese tenham se recolhido para lugar mais afastado dos grandes centros urbanos, continuaram a viver seu relacionamento afetivo, sexual e amoroso. Desse modo, vê-se preenchido o segundo elemento necessário para o reconhecimento da relação familiar homoafetiva, qual seja, a verificação das características da união estável, ou seja, a durabilidade, ostensividade e com o objetivo de formação de uma família.

2.8.2 *Regulamentação jurídica da família homoafetiva*

Apresentada a história de Marcela e Elisa com as peculiaridades necessárias a contribuir com a presente pesquisa, pode-se ressaltar que a mesma relação afetiva existente entre pessoas de sexos opostos pode ser verificada em relacionamento de pessoas de mesmo sexo, entender diferente é ressuscitar discriminação tendente à atuação contrária aos direitos e garantias inerentes às pessoas humanas e garantidos pela Constituição Federal de 1988, sobretudo aqueles relativos à liberdade e à integridade física, já que em muitos países – a destacar-se aqui o Reino Unido – a prática de relações homossexuais já foi punida com o castração química, tal qual ocorrera com o físico Alan Turing – reconhecido mundialmente como pai da computação –, conforme descrito no longa metragem “Jogo da Imitação”³⁷².

Até o ano de 2011, à união homoafetiva não era deferido o *status* de entidade familiar, mas apenas de sociedade de fato³⁷³, e isso decorria do entendimento de que os arts. 226 da

³⁷² TYLDUM, Morte. **O jogo da imitação** (Imitation game). EUA: The Weinstein Company. 2014, 114 min.

³⁷³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 887.

Constituição – ao tratar das entidades familiares reconhecidas pelo Estado brasileiro – e 1.723 do Código Civil – ao fazer referência à união estável – assinalavam de forma expressa que a família era constituída por pessoas de sexo diferentes³⁷⁴. Essa circunstância, inclusive, foi tida pela doutrina durante muito tempo como requisito de existência do casamento³⁷⁵ que, como se sabe, foi amplamente reconhecido como instituto formador de entidades familiares.

Foi, portanto, apenas no mês de maio de 2011 que, por intermédio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental 132, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a existência de uma quarta modalidade de entidade familiar elencada no texto constitucional³⁷⁶, a união homoafetiva, ao equipará-la à união estável heterossexual em todas as suas características, sem fazer ressalvas.

O voto do Ministro Ayres Britto, Relator da matéria naquela Egrégia Corte, quando tratou do mérito da matéria posta à análise daquela Corte, destacou em primeiro lugar que o sexo não é fator de discriminação entre as pessoas, isso porque o art. 3º, IV, do texto constitucional estabelece como objetivo fundamental do Estado brasileiro a persecução do bem de todos, independentemente de questões atreladas à origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação³⁷⁷.

Perfilhou ainda, o referido Ministro, que o sexo e a utilização dos mecanismos físicos inerentes aos gêneros humanos em que cada pessoa humana está enquadrada devem ser feitos com a garantia de liberdade constitucionalmente estabelecida, a um porque não há disposição constitucional que estabelece o meio ou método de uso das atribuições físicas e psíquicas inerentes aos gêneros masculino e feminino, a dois porque o silêncio constitucional importa em permissão tácita para que a pessoa humana se valha de suas características para perquirir a sua plena e individual satisfação pessoal³⁷⁸, bem como a construção de sua felicidade.

³⁷⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 38.

³⁷⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 38-39.

³⁷⁶ COITINHO FILHO, Ricardo; RINALDI, Alessandra de Andrade. O Supremo Tribunal Federal e a “união homoafetiva”. **Civitas**, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 26-42, jan./abr. 2018, p. 30.

³⁷⁷ “Tal entendimento pode ser claramente retirado do excerto do voto prolatado pelo Relator, abaixo colacionado: [...] o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art. 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”.

³⁷⁸ “[...] o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger

Conquanto esse tenha sido passo fundamental no reconhecimento da família homoafetiva no continente americano, é importante ressaltar que o primeiro país sul-americano a reconhecer a união homoafetiva como formadora de legítima entidade familiar foi a Argentina que, em 16 de julho de 2010, adotou legalmente a possibilidade de contração do matrimônio em igualdade de condições às pessoas do mesmo sexo e consequente formação da entidade familiar homoafetiva, por meio de modificação do art. 402 do seu Código Civil. O mencionado dispositivo passou a conter a redação seguinte: “*Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituyendo por dos personas de distinto o igual sexo*”³⁷⁹.

Outro país que reconheceu expressamente a possibilidade de formação da entidade familiar homoafetiva foi a Irlanda, país pertencente ao Commonwealth, em que a população, por meio de plebiscito, manifestou-se favoravelmente ao reconhecimento da igualdade matrimonial entre os heteroafetivos e os homoafetivos, por meio de emenda à constituição, qual seja, a trigésima quarta emenda àquele texto constitucional - *Thirty-fourth Amendment of the Constitution (Marriage Equality) Act 2015*³⁸⁰.

O exemplo do país pertencente ao Reino Unido é positivamente impactante, haja vista ter sido a população, de forma direta, que se manifestou acerca da aceitabilidade social e jurídica da relação homoafetiva como precursora da formação de entidade familiar, diferente de outros países em que o reconhecimento da união homoafetiva se deu por meio de órgãos legiferantes – que exercem de forma indireta o poder que emana do povo – ou por meio de órgãos judiciários – cuja legitimidade para atuar em causas como tais é controversa.

o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial.”

³⁷⁹ Nenhuma lei pode ser interpretada ou aplicada no sentido de limitar, restringir, excluir ou suprimir a igualdade de direitos e obrigações dos integrantes do matrimônio, e os efeitos que este produz, seja ele constituído por pessoas de sexo distinto ou do mesmo sexo. (tradução livre)

³⁸⁰ A trigésima quarta emenda à constituição Irlandesa inseriu a seção 4 no art. 41 do texto constitucional Irlandês com a seguinte redação: *Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as to their sex.* (O casamento pode ser realizado, de acordo com a lei, por duas pessoas sem que haja distinção quanto ao seu gênero. - tradução livre. Disponível em: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/ca/34/enacted/en/print.html>. Acesso em: 29 jul. 2019.

Além desse exemplo de soberania popular e respeito às diferenças expressado pelos irlandeses quando convocados a se manifestarem acerca da possibilidade de contração do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, tem-se o exemplo norte-americano que, em similaridade ao caso brasileiro, por meio de julgado exarado pela sua Suprema Corte de Justiça – no julgamento do caso *Obergefell v. Hodges* – garantiu às pessoas do mesmo sexo o direito de contraírem matrimônio em igualdade de condições às pessoas heterossexuais.

O presente julgado tomou como base o raciocínio desenvolvido na decisão exarada por aquela Suprema Corte no caso *Loving v. Virginia*, em que, ao analisar as questões postas relativas ao casamento inter-racial – à época proibido em grande parte dos estados componentes dos Estados Unidos da América –, decidiu permitir que as pessoas de raças diferentes se casassem em igualdade de condições ao que ocorria com as pessoas de mesma raça, já que esse deveria ser o resultado lógico da aplicação do princípio da igualdade estabelecido na Carta Constitucional de 1787.

De modo similar deu-se a legalização do casamento homoafetivo na França que, tal qual ocorrera na Argentina e diferente do que se deu nos Estados Unidos da América e no Brasil, não precisou que a Suprema Corte se manifestasse acerca da concessão do direito de formação de entidade familiar às pessoas do mesmo sexo, haja vista a questão fora tratada pelo legislador ordinário que, em 17 de maio de 2013, aprovou a Lei n° 2013-404 (Lei n° 404/2013), que modificou o art. 143 do Código Civil francês, que passou a apresentar a seguinte redação: “*Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe*”³⁸¹.

Ainda ao tratar de outorga às pessoas homoafetivas do direito de casarem-se, destaca-se que o Uruguai, ao seguir a esteira da sua vizinha Argentina, foi o segundo país da América do Sul a estabelecer o matrimônio igualitário, que se deu por meio da promulgação da Lei n.º 19.075, de 3 de maio de 2013, que modificou o art. 83 do Código Civil uruguaio, ao fazer constar que “*El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo*”³⁸².

Além dos países supramencionados, postura similar foi adotada por outros Estados, dentre os quais se destacam Holanda, Inglaterra, País de Gales, Nova Zelândia, Dinamarca,

³⁸¹ O casamento pode ser celebrado entre duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo. (tradução livre)

³⁸² O casamento civil é a união permanente, com observância aos ditames legais, de duas pessoas de sexo distintos ou iguais. (tradução livre).

África do Sul, Bélgica, Canadá, dentre outros que, a partir do ano de 2001, passaram a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo e que o fizeram por meios diversos, em alguns deles com aprovação de legislação pelos Órgãos Legiferantes, manifestações populares e outros ainda por meio de decisões judiciais exaradas pelas Supremas Cortes de Justiça.

3 DA IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA E DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A presente seção tem como escopo verificar a importância conferida ao relacionamento familiar pelas normas internacionais, alienígenas e internas, com o fito de determinar qual o nível de consideração que o legislador brasileiro destinou à figura familiar e quais as consequências dessa possível atenção.

Outrossim, ao analisar comparativamente os contextos das normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, objetiva-se apontar se é possível reconhecer a existência de um direito fundamental à família, ou seja, se há como afirmar que os preceitos jurídicos brasileiros garantem, ainda que indiretamente, o direito a cada indivíduo de pertencer a núcleo familiar, a considerar, além da letra da lei, a forma pela qual a temática é tratada no ordenamento jurídico interno.

Além disso, intenciona-se perquirir se existe preferência expressamente manifestada pelo legislador constituinte por tal ou qual modelo de organização ou composição familiar destacadas na Constituição da República de 1988 ou posteriormente reconhecidas e apontadas pela doutrina e pela jurisprudência pátria, a possibilitar, assim, determinar se a formação da entidade familiar está condicionada ao atendimento de alguma modalidade familiar específica ou se espria a todas as formas reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras.

3.1 Do direito de constituir família na normativa internacional

A família foi e é objeto de aplicação de preceitos morais, religiosos e jurídicos desde o mais ínsito desenvolvimento humano. Conforme demonstrado, a proibição do incesto como norma moral comunitária fora um dos primeiros comportamentos exigidos de forma inafastável por grande parte das sociedades em desenvolvimento³⁸³. Trata-se de tema bastante estudado como assunto clássico da antropologia, com “várias frentes teóricas que antes de Lévi-Strauss já tratavam de discutir o incesto”, como assinalam José Francisco Carminatti

³⁸³ Sobre a questão, indica-se a leitura da seção 1 do presente estudo.

Wenceslau e André Strauss³⁸⁴, pois, desde a Grécia antiga, já é possível verificar que o incesto era observado como prática aversiva, como salientam os autores que também destacam, mais adiante, que estas questões podem ser referenciadas desde o Egito, no período de domínio romano, portanto, em torno de 300 e 100 a.C., oportunidade em que era comum ocorrer levantamento censitário e podiam ser identificados, por exemplo, casamento entre irmãos.³⁸⁵ Em manifestação referente à matéria do incesto, Claude Lévi-Strauss pontua que a referida proibição decorre predominantemente de causas sociológicas, ainda que exista o risco relacionado a fatores genéticos³⁸⁶.

Em razão desse processo, não se poderia cogitar que as normativas internacionais tendessem a excluir o tema de sua análise e de seus preceitos que, afirma-se desde logo, possuem o cunho protetivo e garantista que a matéria familiar necessita, tendente ao desenvolvimento da entidade familiar pautado na ampliação dos direitos e interesses das pessoas humanas que a compõem.

3.1.1 Das normas de direito internacional que tratam da temática da família

Dentre as normas internacionais que cuidam da matéria de forma clara e objetiva, pode-se destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁸⁷, a qual assevera, no art. XVI, que os homens e as mulheres, maiores de idade, independentemente de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar família³⁸⁸. Aduz, ainda, que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado³⁸⁹.

³⁸⁴ WENCESLAU, José Francisco Carminatti; STRAUSS, André. O tabu do incesto e a bioantropologia. **Cadernos de Campo**, São Paulo, n. 21, p. 1-360, 2012. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/53904>, p. 13. Acesso em: 20 jan. 2020.

³⁸⁵ *Ibid.*, 2012, p. 24.

³⁸⁶ “[...] a proibição do incesto explica-se inteiramente por causas sociológicas, mas é certo que tratei do aspecto genético de maneira excessivamente ligeira. Uma apreciação mais justa da taxa muito elevada das mutações e da proporção das que são nocivas levaria a afirmações mais atenuadas, mesmo que as consequências deletérias das uniões consanguíneas não tiveram papel na origem ou na persistência das regras de exogamia.” LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 7. ed. Petrópolis, Vozes, 2012, p. 25.

³⁸⁷ Proclamada e promulgada em 10 de dezembro de 1948 pela ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 11 nov. 2019.

³⁸⁸ “Artigo 16 I) Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, tem o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. II) O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.” Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf. Acesso em: 12 jan. 2020.

³⁸⁹ “III) A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.” Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf. Acesso em: 12 jan. 2020.

Acerca das prescrições apontadas pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, é importante apontar duas questões que serão mais amplamente tratadas na quarta seção da presente pesquisa. A primeira delas diz respeito à – aparente – vinculação entre contração do matrimônio e constituição da entidade familiar, que se observa no art. XVI da referida normativa internacional. A segunda é pertinente à força social que a referida Declaração outorga à família que, para os fins a que se destina o presente item, é assaz importante.

Esta Declaração, no magistério de Dalmo de Abreu Dallari³⁹⁰, consagrou três objetivos fundamentais: a certeza dos direitos, na medida em que exigiu a fixação prévia e clara dos direitos e deveres com o fim de que os indivíduos possam gozá-los e sofrer imposições; a segurança dos direitos, com normas que objetivam assegurar que, em qualquer situação os direitos fundamentais serão respeitados; e a possibilidade dos direitos impondo que seja assegurado a todos os meios necessários à fruição desses direitos, ao mesmo tempo em que o autor considera como problema a eficácia das normas da Declaração.

Neste particular é que se considera a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão perfeitamente em consonância com o presente estudo, pelo objetivo de propor conferir certeza, segurança, mas, sobretudo, a possibilidade de direitos aos indivíduos na formação e convivência da família.

Outro documento internacional que trata da temática familiar a declarar a sua importância para o meio social é o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos³⁹¹, o qual assevera no art. 23, alíneas 1 e 2³⁹², que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade, a merecer, por isso, a proteção estatal e, ainda, que o direito de fundar família é reconhecido ao homem e à mulher que tenham atingido a idade núbil.

O Pacto de San José da Costa Rica³⁹³, de modo similar, reconheceu o direito de homens e mulheres de contraírem matrimônio e constituírem família em observância à legislação interna de cada um dos países que o subscrevem, a ressaltar, porém, a aplicação das Leis de

³⁹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.166.

³⁹¹ O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Resolução n.º 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966.

³⁹² “Artigo 23 §1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado. §2. Será reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e constituir família.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 12 jan. 2020.

³⁹³ Cujo nome oficial é Convenção Americana de Direitos Humanos. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969, ratificada pelo Brasil em 25.09.1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 12 jan. 2020.

cada soberania estar condicionada ao respeito ao princípio da não-discriminação³⁹⁴ propagado por aquela Declaração de direitos.

Outra norma internacional que trata da temática relativa à fundamentalidade da entidade familiar para seus membros e para a sociedade é a Convenção sobre o Direito das Crianças³⁹⁵. Esse Tratado Internacional, além de declarar no preâmbulo que a família deve ser entendida como o local propício ao desenvolvimento de seus membros e, sobretudo, à proteção da criança³⁹⁶, ressalta a necessidade de observância dos princípios da igualdade entre os membros da “família humana” como necessária ao atingimento da liberdade, da justiça e da paz no mundo³⁹⁷.

No presente ponto faz-se necessário esclarecer que, ao utilizar-se da locução “família humana”, a convenção em comento não objetivava mencionar a entidade familiar composta por pessoas humanas, mas em reconhecer a humanidade como entidade familiar existente e em desenvolvimento. Existente, pois que os parâmetros fáticos para a sua compreensão estão postos, quais sejam, a vida coletiva no globo e a gradual aproximação das diversas sociedades e Estados que o compõem; e em desenvolvimento, porque há ainda longo caminho a trilhar para que o intento de reconhecimento de entidade familiar global se concretize.

Por fim, refere-se a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência³⁹⁸, uma vez que a referida Convenção adotou, mais uma vez, a ideia de que a família é necessária ao pleno

³⁹⁴ “Artigo 17 - Proteção da família 1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. 2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção. 3. O casamento não pode ser celebrado sem o consentimento livre e pleno dos contraentes. 4. Os Estados-partes devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, serão adotadas as disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos. 5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento.”

³⁹⁵ A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. Entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 13 nov. 2019.

³⁹⁶ “[...] *Convencidos* de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros e, em particular, das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade;”

³⁹⁷ “Considerando que, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é a base da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”.

³⁹⁸ A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (A / RES / 61/106) foi adotada em 13 de dezembro de 2006, na sede das Nações Unidas em Nova York, e foi aberta à assinatura em 30 de março de 2007. Promulgada em solo brasileiro por meio do Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 13 nov. 2019.

desenvolvimento do indivíduo³⁹⁹ – no caso específico a pessoa com deficiência –, bem como deve ser objeto de proteção do Estado, sobretudo no que pertine ao direito de não intervenção de pessoas, entes ou entidades externas à relação familiar e alheias à realidade da pessoa com deficiência.

Considerados esses normativos internacionais em cujo bojo há prescrições acerca da relação familiar e da importância da família para a sociedade e para os indivíduos que as compõem, é imperioso assinalar a razão pela qual tais instrumentos internacionais de garantia de direitos foram trazidos à baila.

Como dito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao estabelecer a base da normatização aplicável às relações familiares, não inovou *in totum* em relação ao ordenamento jurídico internacional, isso porque normas anteriores à promulgação da Constituição Cidadã – e que a influenciaram – precedentemente demonstraram o caminho de promoção e proteção às relações familiares que a comunidade internacional esperava desenvolver no período do pós-guerra e em decorrência do estabelecimento do Estado voltado à proteção do indivíduo, seja pelo Estado Social ou ainda pelo Estado Democrático de Direito.

Assim é que, ao elencar as referidas normatizações internacionais, tenciona-se demonstrar que: a) o caminho de proteção e promoção da família não é exclusividade do Brasil, mas é tema da comunidade internacional de modo geral, principalmente dos países ocidentais; e b) que a normatização formulada pela Constituição da República de 1988 está em harmonia com as referidas normativas internacionais que, é importante ressaltar, foram todas internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1.2 O processo de internalização das normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro

Por oportuno, é importante frisar que se adotarão o conceito e a nomenclatura de “tratado” para os documentos internacionais, conforme estabelecido pela Convenção de Viena de 1969⁴⁰⁰, como todo acordo internacional firmado de forma bilateral ou multilateral com a

³⁹⁹ “Os Estados-partes desta Convenção, [...] x) *Convencidos* de que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito de receber a proteção da sociedade e do Estado e de que as pessoas com deficiência e seus familiares devem receber a proteção e a assistência necessárias para tornar as famílias capazes de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência, [...]”.

⁴⁰⁰ A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), adotada em 22 de maio de 1969, e assinada no dia seguinte. “Artigo 2 Expressões Empregadas 1. Para os fins da presente Convenção: a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.”

participação do Estado brasileiro. A despeito da questão da nomenclatura não ter tanta relevância, parece importante ser aquela que é utilizada na referida convenção, pois a sua formulação se deveu à necessidade de bem caracterizar os instrumentos internacionais, conforme aponta Mazzuoli⁴⁰¹.

Assim, ao mencionar tratado internacional, objetiva-se fazer menção a toda e qualquer manifestação normativa de cunho internacional de que o Brasil faça parte e que, por isso mesmo, possui vigência e validade no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no que refira à atividade Administrativa analisada genericamente, quanto em relação à atuação dos particulares.

De outro lado, há entendimento diverso, aqui registrado para elucidação de contraponto a essa consideração acadêmica. Decorre, precisamente, do parágrafo primeiro do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça que, ao elencar fontes de direito internacional, não usa essa expressão – tratados –, ao optar por outro termo de caráter genérico, “convenções internacionais, de caráter geral ou particular”, o que teria originado situações diversas de regulação dessas relações internacionais, a transformar os tratados na principal fonte de direito internacional, como assinala Celso Mello⁴⁰². Ao mesmo tempo, sabe-se que a doutrina reconhece a expressão “tratado” de forma genérica, o que incluiria pacto, convenção, carta, declaração, protocolo, acordo, dentre outras.

Além disso, é preciso registrar que essa vigência no direito interno somente é atribuída às normas internacionais após a superação de determinado procedimento estabelecido pelo próprio texto constitucional e que tem como fim último a ratificação da norma internacional⁴⁰³. Sobre essa temática, ainda que de forma sumária, é possível afirmar que o Brasil adota metodologia no processamento da assinatura e posterior ratificação de tratado internacional, que envolve o Poder Executivo e o Poder Legislativo federais.

⁴⁰¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 126.

⁴⁰² MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. I, p. 203.

⁴⁰³ A ratificação, conforme aponta Jorge Miranda representa livre exercício do poder competente, conforme se depreende do excerto abaixo elencado: Quando prevista, a ratificação nunca é um acto obrigatório para quem tenha de a emitir. É sempre um acto livre. Era um acto livre na monarquia absoluta, por ser com ela que se manifestava a vontade soberana do príncipe. E é um acto livre nas formas de governos posteriores, por envolver o exercício de um poder próprio que acresce ao exercício dos poderes próprios dos órgãos de negociação e de aprovação; um acto internacionalmente livre quanto ao tempo e à forma. MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 72.

Trata-se, pois, da ratificação prevista no artigo 2.º, alínea “b”, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que define a ratificação, a aceitação ou a adesão como sendo o ato internacional, por meio do qual a soberania estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por tratado⁴⁰⁴.

Essa ratificação, entretanto, em conformidade com o direito internacional para vincular o Estado aos termos fixados no tratado, precisa estar prevista, como no caso brasileiro, no direito interno nacional, como sucede com a Constituição de 1988. Desse modo, os tratados internacionais, após subscritos pelo Brasil – ato que deve ser, em regra, praticado pelo ocupante do cargo de presidente da República⁴⁰⁵ – deve passar pelo estágio final de internalização – que diz respeito à inserção das suas normas no ordenamento jurídico interno, a excetuar-se aquelas em relação às quais o Estado signatário declarar sua reserva⁴⁰⁶ – que depende da aprovação pelo Congresso Nacional⁴⁰⁷. Após a aprovação pelo Congresso, o País deve ratificar o tratado junto a outra soberania participante – no caso de tratado bilateral –, ou depositar a ratificação naquele Estado determinado pelo documento internacional, no caso de se tratar de acordo multilateral. Note-se que os tratados, ao obrigarem os estados soberanos, também obrigam os seus cidadãos, razão pela qual, conforme Antônio Medeiros⁴⁰⁸, é perfeitamente justificável o cuidado de evitar que o poder de assumir compromissos dessa magnitude esteja sob o monopólio de um indivíduo.

⁴⁰⁴ De forma complementar, é imperioso apresentar a conceituação ofertada por Celso Duvivier Mello para quem a ratificação perfaz-se em “ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado a aprovação que dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais”. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. I, p. 220.

⁴⁰⁵ Trata-se aqui de competência privativa e, portanto, permite a delegação por parte do presidente da República, conforme se depreende do art. 49 da CF, abaixo transcrito: “[...] Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”. Sobre o assunto, Christian Edawrd Cyril Lynch asseverou que “no que se refere especificamente à distinção entre competência privativa e competência exclusiva, é que a primeira – a privativa –, embora exercida por um único órgão, comporta delegação para que outro o exerça, ao passo que, no segundo caso, essa possibilidade é vedada”. LYNCH, Christian Edawrd Cyril. Tratado, Governo e Congresso - A referenda de tratados e a possibilidade de sua alteração legislativa no direito público brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar. 2009, p. 198.

⁴⁰⁶ Nesse sentido, Rezek assevera que “A reserva é um qualificativo do consentimento. Define-a a Convenção de Viena como a declaração unilateral do Estado que consente, visando a “excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em relação a esse Estado”. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 92.

⁴⁰⁷ Conforme preceitua o art. 49, I da CRFB de 1988 que estabelece a competência exclusiva do Órgão Legislativo no exercício de tal função. Conforme se depreende da leitura da referida norma: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”.

⁴⁰⁸ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O poder de celebrar tratados competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 198.

Relevante considerar o controle pelo Poder Legislativo, inclusive em relação à importante e clássica razão da separação dos poderes, na lição de Montesquieu, o que se convencionou considerar como “o poder limita o poder”, a que se refere Maurice Duverger.⁴⁰⁹

O referido processo, a despeito das críticas que se possa fazer numa análise comparativa aos processos de ratificação adotados em outros países, demonstra o viés democrático⁴¹⁰ escolhido pelo constituinte para a “domesticação” das normas internacionais, visto que o presidente da República, ao possuir a competência exclusiva de apor a adesão do País ao documento internacional, deve aguardar a manifestação da Casa Legislativa quanto à aprovação do tratado e, só então, ratificar o compromisso assumido.

Entretanto, a nomenclatura mais adequada à espécie de tratado internacional e o processo de internalização da sobredita norma firmada no âmbito internacional não são o cerne da questão que se levanta, mas apenas o pano de fundo introdutório da matéria que, necessariamente, precisa ser tratada, qual seja, a posição hierárquica das normas internacionais no direito interno.

3.1.3 Da posição hierárquica dos tratados internacionais no direito interno

A determinação da posição dos tratados internacionais no direito interno se faz necessária para medir o grau de influência que os referidos instrumentos possuem no ordenamento jurídico brasileiro e, em consequência disso, aferir se a análise e a interpretação do texto constitucional e das normas infraconstitucionais dependem, necessariamente, do exame da norma emanada pelos tratados de que o Brasil se fez signatário. Dito de outro modo, é imperioso para determinar se as normas internacionais influenciam na interpretação em tese e na aplicação prática das normas constitucionais e infraconstitucionais.

É oportuno apontar, ainda, que não se tem a intenção de analisar toda e qualquer espécie de tratado em relação aos quais o Brasil apôs o seu compromisso perante a comunidade internacional, posto que tal apreciação findaria por desviar a atenção do objeto de análise desta pesquisa. Desse modo, é que se tratará apenas da hierarquia dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, uma vez que estes, e somente estes, têm a potencialidade de influir na matéria em apreciação na presente pesquisa.

⁴⁰⁹ DUVERGER, Maurice. **Institutions politiques et droit constitutionnel 1**: Les grands systèmes politiques. 14. ed. rev. e aum. Paris: Thémis, 1975, p.68.

⁴¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 314.

A despeito da objetividade que se pretende empregar na análise da presente questão, faz-se imperioso assinalar, primariamente, que antes da promulgação da Constituição da República de 1988 não havia disposição expressa constitucional que estabelecesse a posição dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil na ordem jurídica interna, razão pela qual esse aspecto precisou ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 80.004, momento em que a Suprema Corte brasileira entendeu, conforme aponta Flávia Piovesan⁴¹¹, que os tratados internacionais teriam hierarquia equivalente à das leis ordinárias, a rechaçar os precedentes que estabeleciam a prevalência das normas internacionais sobre as de direito interno⁴¹².

Além disso, o novo posicionamento do STF possibilitou, a partir de então, a adoção dos métodos de resolução de antinomias aparentes *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generalis*⁴¹³, no caso de conflito entre as normas internacionais e de direito interno. Isso porque, como dito, as normas internacionais seriam alocadas hierarquicamente abaixo do texto constitucional e, portanto, em paridade com as normas internas.

Entretanto, em que pese tal entendimento tenha perdurado por décadas na Suprema Corte, em nova oportunidade em que a temática da hierarquia das normas internacionais foi analisada – dessa vez por meio do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343-I/SP e após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/04⁴¹⁴ –, o STF modificou o entendimento, ao definir, na oportunidade, que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e que não houvessem sido aprovados sob o quórum estabelecido pelo §3.º do art. 5.º do texto constitucional, deveriam ter reconhecida a estatura de normas supralegais.

Em suma, o que decidiu o STF – em julgamento no qual o voto do ministro Gilmar Mendes se sagrou vencedor –, à revelia de parte da doutrina especializada, é que existe campo intermediário entre as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais que é destinado aos compromissos internacionais que estabelecem regramentos acerca de direitos humanos

⁴¹¹ **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 145.

⁴¹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 311.

⁴¹³ BRITTO, Demes. Título. In: BRITTO, Demes; CASEIRO, Marcos Paulo (coord.). **Direito internacional tributário** - teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 446.

⁴¹⁴ A referida Emenda Constitucional, dentre outras coisas, introduziu o §3.º no art. 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, determinando que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, caso aprovados pelo quórum de 3/5 dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, deveriam ser reconhecidos como emenda ao texto constitucional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

que foram ou serão internalizados pelo Brasil, sem a observância do quórum estabelecido no §3.º do art. 5.º do texto constitucional⁴¹⁵.

Entende-se, portanto, que a referida decisão criou novo filtro de análise e interpretação das normas infraconstitucionais, posto que, ao reconhecer a posição hierárquica de norma supralegal aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, o STF apontou para a necessidade de a legislação infraconstitucional estar em consonância, também, com a normativa internacional introduzida no direito interno, ainda que sem a observância do quórum qualificado do art. 5.º, §3.º, da CFRB de 1988.

Disso ainda resulta outra conclusão, qual seja, a relativa ao fato de que aquelas matérias que não são tratadas de forma pormenorizada ou integral pelo texto constitucional e que o são pelos referidos tratados internacionais integrantes do rol de norma supralegal, deverão encontrar nas referidas normas internacionais a diretriz de análise e aplicação da norma infraconstitucional. Isso porque, caso se entenda de forma contrária, a não observância dos preceitos normativos internacionais resultaria no descumprimento manifesto do tratado, o que geraria consequências internacionais e se afiguraria contrário ao princípio da boa-fé, que se mostra aplicável na seara internacional.

De outro modo, entende-se pela desnecessidade de conformação das normas infraconstitucionais às normas supralegais, pois este segundo catálogo de preceitos normativos serviria unicamente para evitar a “atomização das normas constitucionais” suscitada pelo ministro Gilmar Mendes, quando da emissão de seu voto acerca da matéria, a possuir, portanto, viés meramente apriorístico.

⁴¹⁵ Acerca do entendimento esposado pelo ministro Gilmar Mendes e acompanhado pela maioria do Plenário do STF, Mazzuoli manifesta-se no seguinte sentido: “A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (defendida, v.g, pelo Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343-1/SP) peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma ‘duplicidade de regimes jurídicos’ imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece ‘categorias’ de tratados que têm o mesmo fundamento ético. E esse fundamento ético lhes é atribuído não pelo Direito interno ou por qualquer poder do âmbito interno (v.g, o Poder Legislativo), mas pela própria ordem internacional da qual tais tratados provêm. Ao criar as ‘categorias’ dos tratados de nível constitucional e supralegal (caso sejam ou não aprovados pela dita maioria qualificada), a tese da supra legalidade acabou por regular instrumentos iguais de maneira totalmente diferente (ou seja, desigualou os ‘iguais’), em franca oposição ao princípio constitucional da isonomia. Daí ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos abaixo da Constituição e outros (também de direitos humanos) no mesmo nível dela, sob pena de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação em que um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto o principal estaria em nível hierárquico inferior. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 317.

André Fellet⁴¹⁶ critica o posicionamento adotado pelo referido ministro por entender que a questão sobre a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos deveria ter sido decidida sob o binômio “norma constitucional – norma infraconstitucional”, a criar-se no primeiro caso o “bloco de constitucionalidade”, apontado por José Joaquim Gomes Canotilho⁴¹⁷, e no caso oposto ao se adotar o art. 27 da Convenção de Viena⁴¹⁸, como fundamento jurídico material para se evitar que norma infraconstitucional promulgada posteriormente à ratificação de tratado sobre direitos humanos tivesse o condão de revogar a norma internacional.

No que pertine à resolução para a situação hierárquica dos tratados internacionais com a especificidade já mencionada, entende-se que o melhor caminho seria reconhecer neles o caráter de norma constitucional⁴¹⁹. Do ponto de vista material, as normas introduzidas no direito interno por meio de tais tratados internacionais acarretaria a expansão dos direitos fundamentais apostos no art. 5.º da CRFB de 1988, o que não só é permitido pelo §2.º do mesmo dispositivo constitucional⁴²⁰, como, de certa forma, é a pretensão do constituinte que, ao prever a mutabilidade do direito e, sobretudo, das relações sociais nos tempos vindouros, escolheu por deixar aberto o campo de construção de novos direitos.

Ademais, do ponto de vista formal, três fatores devem ser considerados. O primeiro deles é que na elaboração de tratado multilateral – espécie de tratado que usualmente aborda direitos humanos – há a efetiva participação dos governos signatários, com a possibilidade de desistência de qualquer dos países na participação e assunção das obrigações estabelecidas na referida norma de direito internacional. Outrossim, o processo de internalização do tratado depende da atuação do Congresso Nacional, com participação direta e independente de ambas

⁴¹⁶ FELLET, André. **Regras e princípio**: valores e normas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 188.

⁴¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 919-1001.

⁴¹⁸ A referida Convenção fora promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009, contendo, em seu art. 27, a seguinte redação: “Artigo 27 Direito Interno e Observância de Tratados Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 14 nov. 2019.

⁴¹⁹ Nesse sentido também é o entendimento de NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 216 e ss.

⁴²⁰ Ingo Wolfgang Sarlet analisando a questão sob o prisma do §2.º do art. 5.º do texto constitucional, reconhece ao referido preceito normativo o caráter de abertura do catálogo de direitos fundamentais por ele albergado, daí porque entende o referido autor que a decisão do STF por criar uma classe de normas intermediária entre a Constituição e a legislação infraconstitucional é, no mínimo, questionável. SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a constituição federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Espaço Jurídico**, v. 12, n. 2, jul./dez. 2011, p. 338-339.

as Casas Legislativas⁴²¹, momento em que se admite a recomendação ao presidente da República que estabeleça reservas⁴²² quanto a determinados enunciados normativos que compõem o texto final do tratado. Por fim, ao tratado é oponível a figura da denúncia⁴²³ por quaisquer dos países signatários, observadas as regras estabelecidas na própria norma.

Desse modo, parece duvidosa a interpretação literal-positivista do art. 5.º, §3.º do texto constitucional brasileiro que reconhece que a inobservância do rito ali estabelecido, mesmo antes da sua previsão, impediria a concessão de estatura constitucional às normas de direitos humanos⁴²⁴, pondo-se a forma à frente do objetivo protecionista de tais normas. Assim, entende-se que caso se adote tal entendimento, a principal consequência seria o estabelecimento de diferenças entre normas de mesmo objetivo internacional – qual seja, a proteção de direitos humanos –, bem como seria dar efeito *ex-tunc* àquela que, ao fim e ao cabo da análise, geraria prejuízo à garantia de direitos fundamentais no ordenamento jurídico interno, o que, como dito alhures, jamais se apresentou como intenção do constituinte.

Ademais, se integrantes do governo, incluído o presidente da República, participaram da elaboração do tratado, se o Congresso Nacional o aprovou de acordo com as diretrizes constitucionalmente estabelecidas, à época, para tanto, e havendo, ainda, todas as possibilidades de resguardar o direito interno em tal ou qual ponto que se considere mais sensível ao interesse nacional, não há como conceder plausibilidade à ideia de que o reconhecimento de *status* materialmente constitucional das normas de direitos humanos internacionais acarretaria prejuízo ao exercício do papel do Poder Legislativo ou à soberania nacional.

⁴²¹ Conforme apontado por BATISTA, Vanessa Oliveira; RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo; PIRES, Thula Rafaela. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. **Rev. Jur.**, Brasília, v. 10, n. 90, ed. Esp., p.01-44, abr./maio 2008, p. 13-14.

⁴²² Sobre a figura da reserva, recomenda-se a leitura da obra de MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 77 e ss.

⁴²³ No particular da denúncia, à guisa de ilustração, é conveniente referir que a primeira manifestação neste sentido foi de Clóvis Beviláqua, na qualidade de Consultor Jurídico do Itamaraty, em parecer de 5 de julho de 1926, quando entendeu ser possível ao Poder Executivo denunciar tratados sem o assentimento do Parlamento, o que se tornou consentido, posteriormente. Contrário a esta opinião, Pontes de Miranda veio a lecionar que isso seria “subversivo dos princípios constitucionais” se feito sem a autorização do Congresso Nacional, pois esta deveria ser levada ao Legislativo como o é quando do reconhecimento.

⁴²⁴ Nesse sentido manifesta-se Marcelo Dias Varella, nos seguintes termos: “[...] neste ponto, nós nos alinhamos com os constitucionalistas, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao considerar que as normas anteriores à EC n. 45/2004 não têm força constitucional, porque não foram submetidas ao rito estipulado pela EC n. 45. A Constituição não diz que todos os tratados de direitos humanos terão força de norma constitucional, mas apenas aqueles submetidos a determinado quórum e procedimento de votação. Mesmo aqueles posteriores à EC n. 45, que não seguirem o rito previsto, comprometerão o Brasil, mas com força de norma infraconstitucional.” VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 96-97.

Acerca do crescente reconhecimento global da força normativa dos tratados internacionais e de sua relevância no direito interno, Marcelo Dias Varella destaca que diversos países adotaram postura receptiva a tais normas no sentido de reconhecê-las como normas constitucionais e, em alguns casos, como superiores ao texto constitucional, o que, segundo o autor, demonstra a valorização progressiva das normas de direito internacional em países que influenciaram e influenciam diretamente a formação da organização normativa interna no Brasil⁴²⁵.

De todo modo, a despeito dessa discussão, verifica-se que, seja como norma constitucional⁴²⁶ ou norma de *status* supralegal, os tratados ratificados pelo Brasil que tratam da temática de direitos humanos devem ter suas diretrizes levadas em consideração na conformação do direito interno infraconstitucional, sob pena de o art. 27 da Convenção de Viena⁴²⁷ ser inobservado e, ainda, o §2.º do art. 5.º do texto constitucional não alcançar o intento para o qual foi proposto, a tornar-se norma vazia e ineficaz.

3.1.4 Dos efeitos da internalização das normas internacionais na interpretação e aplicação dos preceitos jurídicos relacionados à família

Conforme demonstrado no item imediatamente anterior, as normas internacionais assinadas e promulgadas em solo brasileiro foram incluídas no rol da legislação vigente no país, do que resulta que a sua aplicação, salvo disposição legal, é dotada da qualidade da autoaplicabilidade, isso porque as normas descritas nos documentos internacionais – ou ao

⁴²⁵ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 98.

⁴²⁶ E aqui parece oportuno pontuar que o único tratado internacional que trata de direitos humanos aprovado com o quórum qualificado do art. 5.º, §3.º da CRFB, até o momento, é a Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa Com Deficiência, que fora promulgada por meio do Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/. Acesso em: 14 nov. 2019.

⁴²⁷ “Artigo 27 1. O Estado acreditado permitirá e protegerá a livre comunicação da Missão para todos os fins oficiais. Para comunicar-se com o Governo e demais Missões e Consulados do Estado acreditante, onde quer que se encontrem, a Missão poderá empregar todos os meios de comunicação adequados, inclusive correios diplomáticos e mensagens em códigos ou cifra. Não obstante, a Missão só poderá instalar e usar uma emissora de rádio com o consentimento do Estado acreditado. 2. A correspondência oficial da Missão é inviolável. Por correspondência oficial entende-se toda correspondência concernente à Missão e suas funções. 3. A mala diplomática não poderá ser aberta ou retida. 4. Os volumes que constituam a mala diplomática deverão conter sinais exteriores visíveis que indiquem o seu caráter e só poderão conter documentos diplomáticos e objetos destinados a uso oficial. 5. O correio diplomático, que deverá estar munido de um documento oficial que indique sua condição e o número de volumes que constituam a mala diplomática, será, no desempenho das suas funções, protegido pelo Estado acreditado. 6. O Estado acreditante ou a Missão poderão designar correios diplomáticos ‘*ad hoc*’. Em tal caso, aplicar-se-ão as disposições do parágrafo 5 deste artigo, mas as imunidades nele mencionadas deixarão de se aplicar, desde que o referido correio tenha entregado ao destinatário a mala diplomática que lhe fôra confiada. 7. A mala diplomática poderá ser confiada ao comandante de uma aeronave comercial que tenha de aterrissar num aeroporto de entrada autorizada. O comandante será munido de um documento oficial que indique o número de volumes que constituam a mala, mas não será considerado correio diplomático. A Missão poderá enviar um de seus membros para receber a mala diplomática, direta e livremente, das mãos do comandante da aeronave.

menos parte delas – têm a função de dar maior amplitude ou ainda instituir direitos aos indivíduos que compõem a sociedade brasileira⁴²⁸, em atenção ao que prescreve o art. 5.º, §2.º, da Constituição da República Federativa do Brasil.⁴²⁹

A referida norma impõe ao Estado brasileiro o reconhecimento de direitos e garantias individuais alheios ao rol elencado no art. 5.º do texto constitucional, ao asseverar, expressamente, portanto, que o rol de direitos mencionados é meramente exemplificativo e que a sua aplicação ou interpretação pode ser alargada em conformidade com os princípios elencados no texto constitucional e as normas internacionais de que o Estado brasileiro se fizer signatário.

Desse modo, analisar e aplicar os enunciados normativos relacionados à família apostos no texto constitucional é, portanto, tarefa que pressupõe a consideração das normas que se encontram formalmente fora ou além do texto da Constituição de 1988, mas que compõem as prescrições jurídicas por ela abarcadas, ou que são consideradas seu desdobramento normativo. Disso resulta, por exemplo, que o direito à constituição da entidade familiar, em que pese não esteja previsto expressamente no texto constitucional, conforme asseverado anteriormente, é um direito individual próprio e pertencente às pessoas humanas e ao qual a CRFB de 1988 dá guarida.

Esse entendimento decorre da interpretação das normas internacionais ratificadas pelo Brasil, em razão de que, em todas, é possível verificar a concessão do direito de formação da entidade familiar a homens e mulheres, conforme se depreende dos preceitos normativos alhures expostos. Há, desse modo, o claro reconhecimento internacional da importância da família e, ainda mais, da necessidade de garantir que a todo e qualquer indivíduo seja outorgado o direito de possuir uma família e com ela conviver.

Essa importância conferida ao seio familiar também foi reconhecida pelo legislador constituinte na normativa fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, reconhecimento este que se concretizou por meio de diversos preceitos normativos elencados no texto constitucional que induzem, quase que coercitivamente, à assunção da importância social do

⁴²⁸ O termo sociedade é usado aqui como conjunto de pessoas, não se fazendo distinção, portanto, relativa à nacionalidade daqueles que estão em solo brasileiro ou que exercem direitos no país.

⁴²⁹ “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: (omissões) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

instituto familiar à formação e à adequação do Estado, bem como à proteção e ao desenvolvimento de seus integrantes.

3.2 Do tratamento destinado à família pela Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, apresentou significativo avanço em relação à temática familiar, primeiro porque elencou preceitos normativos que vão além do reconhecimento do casamento como instituição hábil à formação da entidade familiar, além de afirmar que este é de competência do Estado, e não da Igreja, a contrariar, pois, basicamente, a forma como a matéria foi tratada nas constituições que a antecederam.

É possível dizer que o legislador constituinte foi ousado ao prescrever diversos direitos e deveres relativos aos relacionamentos familiares no texto constitucional, mas isso também demonstra, ainda que sutilmente, a proposta modificativa do cenário familiar que se buscava implementar e que foi de encontro ao que preceituava o Código Civil então vigente. Mas, ainda assim, o parlamentar constituinte optou por igualar o homem e a mulher nas relações matrimoniais, reconheceu a família formada pela união estável⁴³⁰ e pela monoparentalidade, ampliou o leque de entidades familiares passíveis de reconhecimento pelo Estado, igualou os filhos, estabeleceu a paternidade responsável como princípio normativo e propiciou o reconhecimento da solidariedade familiar, apenas para citar alguns exemplos.

Indiscutivelmente, o constituinte originário de 1987-1988 rompeu barreiras. Mas também, é preciso que se diga, manteve intacta a importância da família para a sociedade e para o Estado que se formava, pois conservou o ideário da família como base da sociedade e, mesmo com tantas mudanças e aberturas conceituais, determinou ao Estado que direcionasse à família a proteção especial que essa instituição merece⁴³¹.

⁴³⁰ “Ação declaratória. Pretensão de reconhecimento de união estável post mortem. De acordo com o artigo 226, §3.º da Constituição da República, tal entidade familiar é caracterizada pela existência de enlace afetivo informado pela convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família, por quem não ostente óbice ao casamento. Conjunto probatório que não favorece aos apelantes. Depoimentos de amigos e familiares da apelada e do de cujus que ratificam a convivência em comum. Convivência pública, notória e duradoura. Fotografias, eventos familiares, transações bancárias e alianças levam a crer na união. União interrompida com morte brutal. Falecido que se apresentava como companheiro da apelada. Prova testemunhal suficiente. Presença dos requisitos objetivos e subjetivo caracterizadores da união estável. Recurso ao qual se nega seguimento, na forma do artigo 557, *caput* do CPC.” Apelação n. 0007749-38.2011.8.19.0209 – TJRJ - Des(a). Helda Lima Meireles - Julgamento: 26/03/2014 - Terceira Câmara Cível)

⁴³¹ LOBO, Fabíola Albuquerque. As transformações do direito de família brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988. *Civilística.com.*, Rio de Janeiro, ano 8, n. 3, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/as-transformacoes-do-direito-de-familia/>. Acesso em: 25 jan. 2020.

3.2.1 A família como base da sociedade e do Estado

Não é nova a ideia de que a família é a base da sociedade e, conseqüentemente, a célula *mater* da organização estatal. Jean-Jacques Rousseau⁴³² demonstrava esse aspecto no século XVIII, ao defender sua teoria do contrato social como razão para a formação do ente estatal ao qual os indivíduos outorgam suas prerrogativas de defesa própria de seus interesses, a fim de entregá-la à entidade que, de maneira imparcial, resolveria os conflitos de forma própria, adequada e proporcional.

Também não é novidade a outorga, por parte do Estado brasileiro, de proteção à entidade familiar, uma vez que, desde a Constituição da República de 1934⁴³³, os textos constitucionais conferem à família a especial proteção do ente estatal. É verdade, contudo, que até a Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, foi reconhecido e protegido como família apenas aquele conjunto de pessoas decorrente da união matrimonial e da descendência “biológica”.

Entretanto, pode-se dizer que é atual, no Estado brasileiro, com reconhecimento por parte do texto constitucional, da importância basilar da família na construção da sociedade e do Estado, bem como é recente a admissão de modelos familiares alheios àquele pautado no matrimônio entre pessoas de distinto sexo. Ambas as ideias foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição da República de 1988.

A “Constituição Cidadã”, como foi alcunhada a Lei Maior de 1988, destaca, em seu art. 226⁴³⁴, que a família é a base da sociedade, bem como garante a ela a especial proteção estatal. A formulação da assertiva pelo constituinte originário da maneira como se apresenta permite

⁴³² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social** [livro eletrônico]: princípios do direito político. Trad. Edson Bini; prefácio Laurent de Saes. São Paulo: Edipro, 2020.

⁴³³ “Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo. Art.145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País. Art. 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juizes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas. Art. 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos”.

⁴³⁴ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

que se chegue a algumas conclusões acerca do novo perfil de família traçado na elaboração da Constituição, bem como no que diz respeito à consequência da proteção especial a ela outorgada.

A primeira dessas conclusões decorre de análise comparativa do texto constitucional vigente com aqueles que o precederam. Nesse sentido, é oportuno salientar que nenhuma das constituições anteriores ao atual texto constitucional brasileiro anunciou a construção da entidade familiar dissociada da figura do matrimônio⁴³⁵. A Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, sequer mencionou a temática familiar, senão no que se referia à proteção outorgada à Família Imperial,⁴³⁶ as demais, desde a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, a primeira republicana de 1891⁴³⁷, passando pela Constituição de 1934, fruto de

⁴³⁵ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial**: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 38.

⁴³⁶ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Carta de Lei de 25 de março de 1824. “CAPITULO III. Da Família Imperial, e sua Dotação. Art. 105. O Herdeiro presumptivo do Imperio terá o Titulo de "Principe Imperial" e o seu Primogenito o de ‘Principe do Grão Pará’ todos os mais terão o de ‘Príncipes’. O tratamento do Herdeiro presumptivo será o de ‘Alteza Imperial’ e o mesmo será o do Principe do Grão Pará: os outros Príncipes terão o Tratamento de Alteza. Art. 106.0 Herdeiro presumptivo, em completando quatorze annos de idade, prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e ser obediente ás Leis, e ao Imperador. Art. 107. A Assembléa Geral, logo que o Imperador succeder no Imperio, lhe assignará, e á Imperatriz Sua Augusta Esposa uma Dotação correspondente ao decoro de Sua Alta Dignidade. Art. 108. A Dotação assignada ao presente Imperador, e á Sua Augusta Esposa deverá ser augmentada, visto que as circumstancias actuaes não permittem, que se fixe desde já uma somma adequada ao decoro de Suas Augustas Pessoas, e Dignidade da Nação. Art. 109. A Assembléa assignará tambem alimentos ao Principe Imperial, e aos demais Príncipes, desde que nascerem. Os alimentos dados aos Príncipes cessarão sómente, quando elles sahirem para fóra do Imperio. Art. 110. Os Mestres dos Príncipes serão da escolha, e nomeação do Imperador, e a Assembléa lhes designará os Ordenados, que deverão ser pagos pelo Thesouro Nacional. Art. 111. Na primeira Sessão de cada Legislatura, a Camara dos Deputados exigirá dos Mestres uma conta do estado do adiantamento dos seus Augustos Discipulos. Art. 112. Quando as Princezas houverem de casar, a Assembléa lhes assignará o seu Dote, e com a entrega delle cessarão os alimentos. Art. 113. Aos Príncipes, que se casarem, e forem residir fóra do Imperio, se entregará por uma vez sómente uma quantia determinada pela Assembléa, com o que cessarão os alimentos, que percebiam. Art. 114. A Dotação, Alimentos, e Dotes, de que fallam os Artigos antecedentes, serão pagos pelo Thesouro Publico, entregues a um Mordomo, nomeado pelo Imperador, com quem se poderão tratar as Acções activas e passivas, concernentes aos interesses da Casa Imperial. Art. 115. Os Palacios, e Terrenos Nacionaes, possuidos actualmente pelo Senhor D. Pedro I, ficarão sempre pertencendo a Seus Successores; e a Nação cuidará nas acquisições, e construcções, que julgar convenientes para a decencia, e recreio do Imperador, e sua Familia.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

⁴³⁷ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, com Emenda Constitucional de 1926. “Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 1º Ninguem póde ser obrigado a fazer, ou deixar fazer alguma cousa, senão em virtude de lei. § 2º Todos são iguaes perante a lei. A Republica não admite privilegios de nascimento, desconhece fóros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselho. § 3º Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum. § 4º A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 3 jan.2020.

Assembleia Nacional Constituinte composta por representações partidárias e classistas⁴³⁸, a Constituição Federal que foi chamada de “polaca”, de 1937⁴³⁹, a Constituição modernizadora de 1946, do pós ditadura de Getúlio Vargas⁴⁴⁰, até a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967⁴⁴¹, e a Emenda Constitucional n.º de 1969⁴⁴², trouxeram em seu bojo a clara relação da família com o instituto do casamento civil.

Em relação à Constituição do Império, vale destacar que, embora tendo “a primazia da subjetivação e da positivação dos direitos do homem”, ao vincular os direitos fundamentais do

⁴³⁸ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. “*Da Família* Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo. Art. 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País. Art. 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento. Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juizes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas. Art. 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

⁴³⁹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. “Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. Art. 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. Art. 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais. Art. 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

⁴⁴⁰ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. “*Da Família* 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. § 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente. Art. 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa. Art. 165 - A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de *cujus*.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

⁴⁴¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 15 de março de 1967. “Art. 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel. § 2º - 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. § 3º - O casamento religioso celebrado sem as

homem ao Estado, como destacado por José Afonso da Silva⁴⁴³, não foi ela a inaugurar tratamento relativo à família de modo geral.

Assim é que se pode afirmar que o legislador constituinte de 1987, de forma consciente e acertada, estabeleceu a possibilidade de formação da entidade familiar ainda que inexistente a contração do matrimônio entre as partes envolvidas como ato inicial do convívio familiar⁴⁴⁴. Sobre a questão, é importante pontuar que nada impediria o constituinte de manter a tônica da relação que vinha sendo pautada exclusivamente no casamento entre homem e mulher, já que o histórico jurídico das constituições e da legislação vigente no País tinha esse marcante traço vinculado à moral religiosa cristã, tal como ainda possuem as constituições da Itália⁴⁴⁵, do Paraguai⁴⁴⁶, da Irlanda⁴⁴⁷ e de Moçambique⁴⁴⁸, para citar alguns exemplos.

formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente. § 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

⁴⁴² BRASIL. Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel. § 2º O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e prescrições da lei, o ato fôr inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado. § 3º O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, fôr inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente. § 4º Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

⁴⁴³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 169.

⁴⁴⁴ Em sentido similar, Joyceane Bezerra de Menezes e Cecília Barroso de Oliveira se manifestam, asseverando que ser “perceptível que a evolução do conceito de família desvinculou a instituição da noção de casamento. A própria Constituição Federal não adjetivou a família, a exemplo do que fi zeram as antigas cartas constitucionais brasileiras. Antes previu, nos incisos do artigo 226, a união estável e as famílias monoparentais, ao lado da família matrimonial, como modelos de entidades familiares. MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. Direito fundamental à constituição de entidade familiar por pessoa homossexual. **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 15, n. 1, p. 61-74, jul. 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2301>. Acesso em: 13 dez. 2019.

⁴⁴⁵ “Art. 29. *La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società` naturale fondata sul matrimonio*”. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione>. Acesso em: 04 dez. 2019.

⁴⁴⁶ “Artículo 52. *De la unión en matrimonio La unión en matrimonio del hombre y la mujer es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia*. Disponível em: <http://digesto.senado.gov.py/archivos/file/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Rep%C3%ABblica%20del%20Paraguay%20y%20Reglamento%20Interno%20HCS.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2019.

⁴⁴⁷ “Article 41 [...] 3 1º *The State pledges itself to guard with special care the institution of Marriage, on which the Family is founded, and to protect it against attack*.” Disponível em: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html>. Acesso em: 04 dez. 2019.

⁴⁴⁸ “Art. 119 1. A família é o elemento fundamental e a base de toda a sociedade. 2. O Estado reconhece e protege, nos termos da lei, o casamento como instituição que garante a prossecução dos objectivos da família. 3. No quadro do desenvolvimento de relações sociais assentes no respeito pela dignidade da pessoa humana, o Estado consagra o princípio de que o casamento se baseia no livre consentimento. 4. A lei estabelece as formas de valorização do casamento tradicional e religioso, define os requisitos do seu registo e fixa os seus efeitos. MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique**. Disponível em: <http://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Media/Files/Constituicao-da-Republica-PDF>. Acesso em: 11 dez. 2019.

Ainda assim, entenderam por bem romper com a historicidade dos preceitos normativos – constitucionais e infraconstitucionais, até então vigentes. Isso decorreu, conforme pontua Maia Júnior⁴⁴⁹, do reconhecimento, por parte dos legisladores do novo ordenamento jurídico pátrio, de que a situação social estabelecida, e que denotava movimento expansionista, não comportava mais a caracterização da família como sendo a sociedade decorrente do matrimônio. Os valores sociais haviam se modificado e as necessidades individuais também.

É bem verdade, entretanto, que o matrimônio continuou tendo grande peso no ideário familiar pós-constitucional, visto que, logo no §1.º do art. 226 da CRFB, o constituinte fez questão de assinalar que a contração de matrimônio era responsável, também, por viabilizar o estabelecimento de vínculos familiares, a declarar que esse ato seria gratuito e de cunho meramente civil⁴⁵⁰.

Dessa opção de entabular o matrimônio como modo de formação da entidade familiar à frente das demais possibilidades contidas no texto constitucional, não se deve entender, contudo, que o matrimônio tem algum tipo de precedência sobre as outras formas de constituição da entidade familiar, ainda que se considere a assertiva relativa à facilitação de conversão de união estável em matrimônio⁴⁵¹. Mas, ao contrário, a alocação do casamento no parágrafo §1.º do art. 226 reforça o entendimento de separação entre a família e a figura do matrimônio, posto que deixa mais aparente a vontade do constituinte de dissecar o que antes se mostrava como figura única e indissolúvel.

Entendimento diverso é apresentado por Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, para os quais o fato de o constituinte ter optado por elencar o casamento como primeira hipótese de formação da família serve de demonstração que o matrimônio, em razão de sua segurança jurídica, é o meio mais adequado para a concretização da entidade familiar

⁴⁴⁹ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial**: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47.

⁴⁵⁰ Pelo que manteve a distância entre Estado e Igreja estabelecida ainda na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891.

⁴⁵¹ Se a constituição inclui a união estável entre as formas de entidade familiar que considera que igualmente válidas, não é constitucional desigualar o que ela igualou. A frase “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, [...] tem sido mal interpretada. “facilitar” não quer dizer incentivar. Apenas significa “não dificultar”. Apenas põe uma cautela, para evitar a obstrução do casamento e assim, em vez de desigualar, mantém a igualdade entre o casamento e a união estável. BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família**. In: DEL’OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís de Iani de Amorim (coord.). **Direito de família contemporâneo e novos direitos**: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

e, por isso mesmo, deve ser apresentado em primeiro plano⁴⁵², à frente das demais modalidades familiares igualmente reconhecidas pela Constituição. Além disso, o prescrito na parte final do §3.º do art. 226 demonstra a superioridade do matrimônio e a necessidade de que o legislador ordinário se empenhe para que as uniões estáveis sejam convertidas em matrimônio, a fortalecer, assim, a superioridade do vínculo matrimonial⁴⁵³.

Em razão do entendimento dos autores acima assinalados, e apenas com o fito de exercitar possibilidades, pode-se afirmar que, se por outro lado o constituinte tivesse adotado apenas a afirmativa contida no *caput* do art. 226 do texto constitucional, a conclusão hermenêutica mais provável, desde que utilizado o paradigma histórico, seria reconhecer que a ideia de família ali delineada pressupunha a figura do matrimônio como meio formador de tal vínculo. Ao passo que a afirmação da proteção integral da família por parte do Estado e o reconhecimento dessa entidade, como base da sociedade brasileira seguida da apresentação do matrimônio como forma possível de formação da entidade familiar, estabelece a separação dos institutos.

Fortalece esse entendimento o fato de o constituinte se propor ao reconhecimento e à proteção de outros modelos de composição familiar⁴⁵⁴, quais sejam: a família pautada na união estável⁴⁵⁵; e aquela estabelecida entre um dos ascendentes e seu(s) descendente(s) – família monoparental. Ter-se estabelecido esta abertura conceitual de família no texto constitucional apenas reforça a objetiva intenção do constituinte de ampliar o rol de formações das

⁴⁵² Asseveram os autores que “a constituição federal adota um sistema jurídico de segurança para a formação da família, a partir da vertente ocidental de casamento paritário, monogâmico e oficial, submetido à cláusula de comunhão plena de vida. [...] É o primeiro delineamento exclusivamente jurídico feito no título VIII, capítulo VII [...] da Constituição Federal, depois daquele outro, político jurídico, de que a família é a base da sociedade e tem proteção do Estado. NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: família e sucessões**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v.IV, p. 42.

⁴⁵³ *Ibid.*, 2019, p. 90-91.

⁴⁵⁴ Sobre a questão, sobretudo no que pertine à utilização de nomenclatura diversa para as modalidades de família pautadas na união estável e na monoparentalidade, é importante destacar desde já que a utilização diversa de *nomens* não deve implicar no reconhecimento de diferenciação entre os institutos – família matrimônio e famílias monoparentais e convivenciais - como tentou demonstrar BITTAR, Carlos Alberto. *Novos rumos do direito de família*. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). **Direito de família e a constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 28, visto que não existem elementos objetivos ou subjetivos que possam substanciar tal entendimento que representa, em última análise a inobservância do princípio da isonomia estabelecida pelo texto constitucional em diversas disposições, dentre as quais o *caput* do seu art. 5.

⁴⁵⁵ Comentando a inclusão do §3.º no art. 226, Áurea Pimentel Pereira lamenta o que chamou de enfraquecimento da família legítima e engrandecimento do concubinato. PEREIRA, Áurea Pimentel. **A nova constituição e o direito de família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 23. É preciso, entretanto, compreender a manifestação da autora à luz do antigo Código Civil de 1916 que estabelecia em seu art. 229 a família matrimonial como a forma legítima de formação da entidade familiar, o que apesar de estar em afronta ao, então, novo texto constitucional, não foi revogado pelo constituinte. Ainda não se tinha, à época, de forma consolidada a ideia de força normativa da Constituição e, por conseguinte, a lógica do Direito Civil-Constitucional.

relações privadas que seriam reconhecidas como entidade familiar, ainda que, efetivamente, só tenha elencado duas dessas possibilidades⁴⁵⁶.

Além da desvinculação da ideia de família daquela de matrimônio, a segunda conclusão a que se pode chegar da norma que emana do art. 226 da CRFB é a de que o referido preceito estabelece proteção especial à família universalmente considerada⁴⁵⁷, ou seja, às entidades familiares expressamente previstas no texto constitucional e àquelas que, porventura, se apresentassem possíveis no meio social e jurídico futuro. Essa conclusão decorre da proteção outorgada pelo constituinte não ter sido direcionada a nenhuma modalidade de família específica, ou àquelas constitucionalmente previstas, mas à família de modo geral.

Veja-se que a presente conclusão, para que faça sentido, depende da assunção anteriormente exposta, no sentido de que o catálogo de entidades familiares é aberto e de que não existe hierarquia entre os modelos de família possíveis. Outra seria a conclusão se o constituinte tivesse se utilizado de termos como “somente”, “exclusivamente” ou “preferencialmente” – apenas para citar alguns exemplos de expressões restritivas –, ao estabelecer a referida proteção especial, o que, conforme demonstrado, não ocorreu.

Ao entender diferentemente do acima exposto, Antônio Jorge Pereira Júnior⁴⁵⁸ opõe comentários ao art. 226 e à ideia de proteção integral nele contida. Assevera o autor que a proteção outorgada pela Constituição da República destina-se à família matrimonial – que ele considera ser a forma paradigma do estabelecimento das relações matrimoniais e, por isso mesmo, a família completa e mais elevada – àquelas decorrentes da união estável e da monoparentalidade.

Argumenta o autor que apenas esses modelos de família, reconhecidos expressamente pelos constituintes, são capazes de servir de base à sociedade civil, pois que esse ente social

⁴⁵⁶ Sobre o número reduzido de entidades familiares elencadas pelo constituinte na CRFB de 1988, é imperioso levar em consideração que nos idos de 1987/1988, estas eram as formas de convivência familiar que se mostravam presentes no seio social, não havendo, portanto, como pretender que o constituinte tivesse a capacidade de antever a multiplicidade de formas que a convivência afetiva entre as pessoas alcançaria mais de vinte anos após a promulgação do texto constitucional.

⁴⁵⁷ De modo similar tem-se a manifestação de Pontes de Miranda, no seguinte sentido: “Aparece, porém, o termo na Constituição da República de 1988, art. 226, para se dizer que a ‘família’, enquanto base da sociedade, constituída pelo casamento de vínculo dissolúvel, está sob especial proteção do Estado. [...] Cumpre, contudo, notar-se que não é a algo de concreto que se refere o texto constitucional, e sim à instituição social da família, ou da entidade familiar (art. 226, §§ 3 e 4), o que vale por diretriz programática da Constituição de 1988.”. MIRANDA, Jorge. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 59-60.

⁴⁵⁸ PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.370 e ss.

necessita, para sua existência contínua, da regular reprodução de espécimes humanas, sem os quais a sociedade não existiria. Em outras palavras, o autor defende que a proteção dessas famílias decorre do fato de serem as únicas capazes de criar a força motriz da manutenção do estado social, qual seja, a geração de novos seres humanos⁴⁵⁹.

Desse modo, a proteção estatal serviria, apenas, como esteio para garantir a manutenção e a subsistência numérica da sociedade⁴⁶⁰. Há, portanto, clara sobrelevação do caráter reprodutivo da relação matrimonial como necessária para a constituição da entidade familiar – a excetuar-se a família monoparental.

Tais argumentos, entretanto, não parecem prevalecer sob a ótica factual do comportamento social ou ainda sob a análise estrutural do direito, caso se leve em consideração as intenções do constituinte na formulação do texto constitucional, ou seja, se a visão pragmática literal do referido autor for substituída por interpretação teleológica e sistemática da disposição constitucional em comento.

Do ponto de vista factual, no que se refere à união entre pessoas de sexos opostos, como esteio para a manutenção e a reprodução da entidade social alargada, o que se vê, hodiernamente, é a tendente diminuição do número de filhos⁴⁶¹ entre casais heteroafetivos que, não poucas vezes, decidem por não ter filho, o que impediria reconhecer nesses casais o fator reprodutivo com o escopo de manter a sobrevivência da entidade social. A opção pela não geração de filhos é, como se verá adiante, decorrente do livre exercício do planejamento familiar outorgado aos indivíduos.

⁴⁵⁹ A partir da unidade familiar, sociedade e comunidade simultaneamente, desenvolve-se a sociedade civil e as comunidades nacional e internacional. Compreende-se assim que a especial proteção estatal é devida às situações aptas a gerar o tecido social de modo orgânico, sem que tal escolha signifique censura ou depreciação de outras relações imaginadas e construídas pelos indivíduos, que não contrariem a ordem pública. A especial proteção deve se limitar aos modelos sem os quais a sociedade não subsistiria. Para as demais possibilidades associativas, permanece a proteção dada aos cidadãos no legítimo exercício de seu direito de associação. *Ibid.*, 2009, p. 2.372.

⁴⁶⁰ “[...] a despeito de outras possibilidades de relacionamento, o dever estatal quanto à especial proteção limita-se aos modelos postos pela Assembleia Constituinte. Sobre eles pode-se constituir ontologicamente a própria sociedade civil, em atenção à sua necessidade de conservação e perpetuação”.

⁴⁶¹ Vários registros do INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA demonstram esses dados que devem ser confirmados pelo CENSO 2020. Algumas dessas notícias são as seguintes: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-03/reducao-no-numero-de-filhos-por-familia-e-maior-entre-os-20-mais-pobres>. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-2047>. <https://nacoesunidas.org/unfpa-aponta-maior-queda-de-fecundidade-no-brasil-entre-mulheres-mais-vulneraveis/>

Somado a este fato, é necessário reconhecer que as técnicas de reprodução humana se encontram avançadas, a permitir que casais homoafetivos⁴⁶² possam gerar, ainda que em útero alheio e/ou com gametas de outrem, filhos próprios que encontrarão em seus pais ou suas mães o lar e o ambiente necessários para o pleno desenvolvimento. Além disso, o argumento “procriacionista” suscitado por Antônio Jorge Pereira Júnior tende a afastar da proteção estatal apenas a modalidade de família homoafetiva, posto que as demais modalidades reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência – tratadas anteriormente – envolvem direta ou indiretamente o fator “procriação” em suas formações, como é o caso, por exemplo, da família mosaico, em que existem os filhos da esposa de relacionamento anterior, os descendentes do marido de casamento pretérito e aqueles que foram concebidos por ambos os cônjuges, em conjunto.

Ante o exposto, parece razoável compreender que a assertiva propagada pelo constituinte de que a família se constitui como base da sociedade não pode ser entendida como a simples necessidade reprodutiva humana para a manutenção do conjunto social. Mas, ao contrário, deve ser entendida como a primeira base de valores que são projetados e introjetados nas pessoas humanas que compõem aquele pequeno núcleo social, que, *a posteriori*, ao ingressar no plano social mais alargado, reproduzirão estes mesmos valores, expectativas, desejos e anseios na convivência com os demais integrantes do corpo social⁴⁶³.

Por fim, pode-se compreender a proteção sobredita como decorrência lógica do papel fundamental que a família exerce na construção da sociedade e, por conseguinte, no Estado⁴⁶⁴. Isso porque a sociedade não se apresenta como conjunto emaranhado de pessoas sem vínculos, sem passado ou perspectiva, mas, ao contrário, é formada pelo conjunto de

⁴⁶² Utiliza-se aqui o paradigma da união homoafetiva porque o autor compara a família heterossexual a esta modalidade de família homoafetiva, conforme se verifica no excerto abaixo colacionado: As relações de amizade, coleguismo, companheirismo, por si sós, carecem do atributo objetivo de base constitutiva da sociedade civil. Nessas situações, mesmo que haja afeição e desejo sincero de conviverem como se fossem uma família, nem por isso serão juridicamente consideradas como tais. A sociedade sobrevive e se perpetua sem elas, mas não sem a relação marital homem-mulher e a relação de filiação. Nessas situações, assim como na relação homoafetiva, está ausente a condição de base da sociedade, razão pela qual não é aceitável seu tratamento jurídico como modelo familiar. PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.376.

⁴⁶³ Nesse sentido, asseveram Euclides de Oliveira e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que “a ideia de família é imortal, como a do núcleo básico ao qual nos integramos ao nascer, um ponto de referência central do indivíduo na sociedade, de solidariedade, que lhe dá segurança, transmite-lhe valores e o torna apto a perseguir um projeto para sua realização pessoal e para alcançar a felicidade.” OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. In: OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte, Del Rey – IBDFam, 2002.

⁴⁶⁴ Nas palavras de Virgílio Sá Pereira “o elemento celular e orgânico da sociedade”. PEREIRA, Virgílio Sá. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Litho - Tipografia Fluminense, 1923, p. 31.

microcosmos sociais compostos por indivíduos a ele associados de maneira diversificada. A lógica da família romana como conjunto de pessoas e coisas vinculadas ao *pater* é exemplo disso, tal como o são as formatações de famílias constitucionalmente estabelecidas.

Outrossim, caso se analise a questão ao se tomar como base interpretação teleológica ou sistemática da norma, não se pode concluir que a vontade do legislador e o quadro jurídico por ele definido constitucionalmente levem a crer que o objetivo proposto era proteger uma modalidade de entidade familiar em detrimento de outra, em razão de reconhecer-se aquela como mais importante.

Isso porque, como dito alhures, o constituinte fez questão de romper com o paradigma matrimonial na formação de entidades familiares e, além disso, é cediço que o ordenamento jurídico estabelecido pela CRFB tem como escopo precípua a dignidade humana, a igualdade e a perquirição por uma sociedade justa e plural⁴⁶⁵, o que não se constrói com discriminação, com o estabelecimento de escala de importância para institutos idênticos – ainda que em objetivos – ou com adoção de critérios morais e jurídicos tendentes a excluir pessoas de seu âmbito protecionista.

Desse modo, é forçoso reconhecer que a conformação da sociedade depende da construção de laços familiares estáveis, pois somente a estabilidade familiar pode gerar prolongada pacificação social. Entretanto, faz-se necessário reconhecer, também, que a família não encontra a sua estabilidade apenas na relação matrimonial, visto que, hodiernamente, sequer há consequências para o descumprimento das obrigações decorrentes do vínculo marital⁴⁶⁶ e, ainda, não há qualquer empecilho para que se adote o divórcio direto a qualquer tempo após a celebração do matrimônio⁴⁶⁷.

Deve-se reconhecer, portanto, que o argumento apresentado por autores mais conservadores, como Ives Gandra Martins e Antônio Jorge Pereira Júnior, de que o

⁴⁶⁵ Conforme se depreende da leitura do preâmbulo constitucional, abaixo citado na íntegra: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte **para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” (Grifos nossos).

⁴⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. **Casamento**: nem direitos nem deveres, só afeto. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/cod2_550\)1_casamento_nem_direitos_nem_deveres_so_afeto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/cod2_550)1_casamento_nem_direitos_nem_deveres_so_afeto.pdf). Acesso em: 15 dez. 2019.

⁴⁶⁷ MULTEDO, Renata Vilela; MORAES, Maria Celina Bodin de. A privatização do casamento. **civilistica.com**: revista eletrônica de direito civil, v. 5, n. 2, p. 1-21, 27 maio 2018.

matrimônio gera maior estabilidade e segurança em razão do conteúdo e cogência das normas que a ele se aplicam, não deve prosperar. A uma, porque o Estado não intervém mais para que as pessoas casadas assim se mantenham⁴⁶⁸; a duas, porque não há mais discussão sobre quem deu causa à separação/divórcio, o que, conseqüentemente, gerava prejuízos na partilha de bens e demais direitos inerentes à dissolução da convivência e do vínculo matrimonial.

Assim é que as normas cogentes relacionadas ao matrimônio não possuem mais a eficácia e a efetividade de outrora que, de certa forma, além de garantir a manutenção do *status* de casado, possibilitava maior controle por parte do Estado das relações convivenciais decorrentes da manifestação de vontade manifestada perante o Juiz, nos termos do art. 1.535 do Código Civil Brasileiro de 2002. A fim de exemplificar, basta analisar a forma como a doutrina e a jurisprudência tratam, nos últimos anos, as obrigações matrimoniais dispostas no art. 1.566⁴⁶⁹ do referido código.

3.1.2.1 Do reconhecimento da família como instrumento de proteção e promoção dos indivíduos que a compõem pelo constituinte brasileiro de 1987

O reconhecimento da importância e da necessidade da família para a formação e a manutenção das relações sociais foi considerado excepcional pelo constituinte. Entretanto, além disso, o legislador originário do texto constitucional concomitantemente reconheceu a relevância da família na promoção e na proteção dos indivíduos que a compõem⁴⁷⁰, ao estabelecer a entidade familiar como primeira ponte na consecução do desenvolvimento individual do ser humano, conforme se depreende do extenso rol de enunciados normativos, conforme se passará a expor.

Inicialmente, é oportuno salientar a observação de Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira⁴⁷¹, no sentido de que o constituinte se utilizou, expressamente, do

⁴⁶⁸ Como fazia quando da existência da figura jurídica da separação de fato e separação de corpos que eram tidas como medidas intermediárias e necessárias à futura propositura do divórcio entre os cônjuges.

⁴⁶⁹ “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.”

⁴⁷⁰ Conforme entendimento apontado por Gustavo Tepedino, a ideia de dignidade da pessoa humana associada ao objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito relacionado à erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, conjugado com a previsão do parágrafo 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, configuram cláusula geral de promoção e tutela (proteção) do interesse dos indivíduos. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, que segundo o que se expõe na presente pesquisa somente se torna eficaz com a presença da família, já que este é o organismo social mais propenso, por questões biológicas, afetivas e morais a atender à proteção e a promoção dos indivíduos.

⁴⁷¹ O constituinte utiliza-se da expressão “dignidade da pessoa humana” apenas quatro vezes ao longo da Constituição. Na primeira, nela fundamenta a República (art. 1º, III, CF); todas as demais foram reservadas ao

ideário da dignidade da pessoa humana apenas em quatro oportunidades em todo o texto constitucional. A primeira delas no inciso III do art. 1.º da CRFB de 1988 para delimitar desde logo a atuação do Estado brasileiro nascente ao respeito e à promoção da dignidade humana, pois que estabeleceu este como valor fundante do Estado Democrático de Direito que alicerçava.

Nas duas outras oportunidades, o termo “dignidade” foi utilizado no Título VIII, Capítulo VI, do texto constitucional, exatamente para tratar dos direitos e obrigações familiares. No §7.º do art. 226, o constituinte elenca a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável como fundamentos do livre planejamento familiar que decorre, unicamente, de decisão do casal, conforme prescrição expressa do referido dispositivo, restando vedada qualquer tentativa de coerção de instituições públicas ou privadas no exercício da livre manifestação de vontade das partes.

Destaque-se, ainda, que, em que pese o texto constitucional trate a matéria a ressaltar a figura do casal como destinatário do direito ao planejamento familiar⁴⁷², é imperioso que se entenda que este é direito inerente à pessoa humana analisada de forma singular e inserida numa relação conjugal/convivencial. Dito de outro modo, o planejamento familiar é direito individual outorgado a toda e qualquer pessoa, independentemente de compor relação conjugal ou convivencial com outrem, a importar, menos ainda, se essa relação, se houver, é pautada na heterossexualidade ou na homoafetividade⁴⁷³.

Entender diferente seria criar contradição no texto constitucional que, em verdade, não existe, a despeito da aparente escolha equivocada de vocábulos pelo constituinte ao tratar da questão. Explica-se. Se os preceitos constitucionais garantem o reconhecimento da relação monoparental como entidade familiar a que deve ser destinada a proteção integral do Estado,

capítulo que ora se comenta: dignidade das crianças e dos adolescentes (art. 227), dignidade dos idosos (art. 230) e neste §7º do art. 226, onde funda nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável o direito ao livre planejamento familiar, reforçando a proteção aos mais vulneráveis. BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2.223.

⁴⁷² Aquilo que Guilherme Calmon Nogueira da Gama entende tratar-se de direito fundamental de reprodução, elencado pelo autor como direito fundamental de quarta geração. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus**: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 27.

⁴⁷³ O planejamento familiar, como referido na CF, baseia-se nos princípios que regem a dignidade humana e a paternidade responsável, sendo papel do Estado fornecer todos os recursos cabíveis para que a norma se operacionalize. No artigo 226, a Constituição define “família” como entidade instituída mediante casamento ou união estável, biológica ou adotiva, ampliando o conceito para qualquer tipo de relação de afetividade com características de família. SILVA, José Lennarte da *et al.* Planejamento para famílias homoafetivas: releitura da saúde pública brasileira. **Rev. bioét.** (Impr.), v.27, n.2, p.276-80, 2019. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1905/2095. Acesso em: 10 dez. 2019.

em igualdade de forma com a família conjugal, não faria sentido entender que o direito ao planejamento familiar⁴⁷⁴ seria outorgado apenas às relações familiares pautadas na existência de casais – cônjuges ou conviventes –, sobretudo se for levado em consideração o entendimento de que a monoparentalidade apontada no texto constitucional não é aquela decorrente de divórcio ou separação⁴⁷⁵, mas de formação familiar que, em sua essência, é construída sobre o pilar da monoparentalidade⁴⁷⁶.

Coaduna-se com esse entendimento o disposto nos arts. 1.º e 2.º da Lei nº 9.263/1996 que, ao disciplinar o planejamento familiar insculpido no §7.º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, asseveram que o direito a planejar livremente sua família – sem a interferência do Estado ou de entidades privadas – é outorgado a todo cidadão, seja ele considerado individualmente – homem e mulher – ou ao formar casal⁴⁷⁷.

Acerca do planejamento familiar, Santos e Freitas⁴⁷⁸ destacam que “la planificación” da família não deve representar unicamente o planejamento dos filhos, mas de vários aspectos da convivência familiar que envolvem, dentre outras coisas, o nascimento e a educação dos filhos, o trato dos parentes idosos e a morte. Observa-se, assim, que o espectro que abrange o planejamento familiar é maior do que o simples estabelecimento de quantos filhos o casal ou par homoafetivo pretende ter, mas representa engendrar todos os passos a serem dados como família.

Além disso, no art. 227, o constituinte assegurou às crianças, aos adolescentes e aos jovens⁴⁷⁹ a proteção ao seu direito à dignidade, a outorgar à família, em primeiro lugar, o dever

⁴⁷⁴ Entendido aqui como a possibilidade de determinação quantitativa de reprodução da espécie humana que a(s) pessoa(s) tem por interesse exercer.

⁴⁷⁵ Nos casos em que a figura jurídica ainda pode ser considerada aplicada. Destaca-se aqui aquelas separações de fato que ocorreram antes da promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010 e que, por terem sido praticadas de acordo com o direito vigente à época, devem ser consideradas válidas e eficazes mesmo após a instituição do divórcio direto, em respeito ao ato jurídico perfeito.

⁴⁷⁶ “A família monoparental descrita na Constituição não é aquela derivada da situação de viuvez, separação ou divórcio, mas a que nasce de monoparental, ou seja, aquela na qual a criança é registrada apenas no nome do pai ou da mãe”. In: coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra; coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.381.

⁴⁷⁷ “Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei. Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”

⁴⁷⁸ SANTOS, Júlio César; FREITAS Patrícia Martins de. Planejamento familiar na perspectiva do desenvolvimento. **Ciência e Saúde Colet.**, v.16, n.3, p.1813-20 2011, p. 1816. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/csc/2011.v16n3/1813-1820/pt/#ModalArticles>. Acesso em: 10 dez. 2019.

⁴⁷⁹ Sempre salutar ressaltar que os jovens foram incluídos no rol do art. 227 por meio da Emenda Constitucional n.º 65/2010, em razão de ter-se reconhecido que, de modo geral, o jovem, mesmo tendo alcançado a maioridade, ainda não possui a madureza suficiente para lidar com todas as questões fático-jurídicas inerentes à convivência social, razão pela qual a família continua tendo papel fundamento na sua proteção e

de atuar na proteção e na promoção dessas pessoas que se encontram em momento de vulnerabilidade em razão de estarem a vivenciar momento crítico de desenvolvimento físico, emocional e espiritual - tema que será retomado adiante.

Por fim, por meio do art. 230, é estabelecido o dever à família – não somente, mas prioritariamente a ela, – de amparar as pessoas idosas, com o escopo de garantir a sua participação na sociedade e defender a sua dignidade e bem-estar, a garantir o direito à vida a estas pessoas⁴⁸⁰ que se encontram em posição de vulnerabilidade.

Vê-se, assim, que à entidade familiar foi reconhecido papel central de proteção e promoção das pessoas que se encontram em posição de vulnerabilidade em razão da idade e das condições físico-psíquicas. Salta aos olhos, portanto, que o constituinte não apenas considerou a entidade familiar como elemento fundamental do Estado por questões procriativas – como fez crer o argumento anteriormente analisado –, mas em razão da família ser o núcleo social mais próximo aos indivíduos, cabendo-lhe, portanto, o poder-dever de atuar na proteção dos interesses dos indivíduos que a compõem.

Os arts. 227 e 230 do texto constitucional⁴⁸¹, anteriormente mencionados, por exemplo, preveem rol de direitos a serem outorgados às crianças, aos adolescentes, aos jovens e aos idosos, a reconhecer para essas pessoas – em razão de seus atributos físicos e psíquicos – a outorga de atenção especial e de proteção condizente com as circunstâncias fisiológicas, espirituais e psíquicas naturais dos seus estados de pessoa.

Diga-se, ainda, que foi a Constituição Cidadã a primeira a prever tão extenso, significativo e pormenorizado rol de direitos a essas pessoas. E, além disso, estabeleceu responsabilidades na persecução de tais direitos e no atendimento dessas proteções a três entes sociais distintos, quais sejam, a família, a sociedade e o Estado. Vê-se, pois, que a família, posta no primeiro ponto avançado de atendimento aos ditames constitucionais, possui

desenvolvimento.

⁴⁸⁰ BRASIL. Lei n.º 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a política nacional do idoso e cria o Conselho Nacional do Idoso. “Art. 3º A política nacional do idoso reger-se-á pelos seguintes princípios: I - a família, a sociedade e o estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

⁴⁸¹ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

extremado valor na manutenção da dignidade das pessoas que a compõem, ao abrir espaço para a comunidade e o Estado apenas quando na impossibilidade de sua atuação direta e efetiva.

Além dos dispositivos supramencionados, é importante ressaltar, ainda, o § 3.º, VI, e o § 5.º do art. 227 da CRFB de 1988, por meio dos quais resta evidente a necessidade de inserção das pessoas em entidade familiar como forma de possibilitar o seu pleno desenvolvimento⁴⁸². O primeiro dispositivo prevê o estímulo do Estado por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios no acolhimento, sob a forma de guarda de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

A simples previsão de estímulo ao acolhimento de crianças e adolescentes abandonados ou órfãos, por famílias substitutas, ainda que apenas como guarda, demonstra a necessidade de convivência dessas crianças em ambiente familiar sadio com incentivo ao desenvolvimento de suas habilidades, desejos e sonhos, diferente do ambiente de acolhimento institucional em que não há, como regra, a construção desses sentimentos de proteção e de amparo.

Tal entendimento se complementa com o encorajamento à adoção dessas crianças por pessoas ou famílias dispostas a “abraçar” esses menores que restam abandonados por circunstâncias alheias ou não à vontade de seus pais, conforme estabelece o inciso VI do §3.º do texto constitucional. Nesse mesmo sentido, Pierangelo Catalano⁴⁸³ assevera que *“el niño por nacer tiene derecho a pertenecer a una familia que, aún en el caso de adopción, se ajuste a la reglas de la naturaleza, también en cuanto a la edad de los padres”*.

Ainda que se pudesse opor apartes ao argumento do referido autor, sobretudo no que se refere ao atendimento de parâmetros naturais em relação à família adotiva, certo é que se concorda integralmente com a ideia central exposta por ele, qual seja, a necessidade de que toda criança pertença a uma família. Assim também entendeu o constituinte originário pelo que se pode depreender do estímulo oferecido para a prática da adoção e da imposição de que a família seja reconhecida como o primeiro elemento de proteção e de desenvolvimento dos indivíduos.

⁴⁸² DOMINGOS, Sérgio. A família como garantia fundamental ao pleno desenvolvimento da criança. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, v. 1, p. 251-279, jan./jun. 2013.

⁴⁸³ CATALANO, Pierangelo. El concebido “sujeto de derecho” según el sistema jurídico romano. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.). **Direitos de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 393-414.

Não pertencer à entidade familiar, portanto, pode gerar gravames psíquicos e espirituais de tal magnitude que o seu futuro estará marcado pela falta de afeto que essa não inclusão causará⁴⁸⁴. Por óbvio que não é apenas essa ausência que atinge frontalmente os direitos constitucionalmente garantidos às crianças, aos adolescentes, aos jovens e aos idosos, como dito antes, pessoas expressamente previstas no texto constitucional em razão de suas situações peculiares de desenvolvimento ou declínio físico e psíquico, posto que a existência de família que transgrida, voluntariamente ou não seus direitos, também gerará impactos no seu comportamento social futuro⁴⁸⁵.

Ao se refletir sobre a atuação nefasta que estruturas familiares formadas sem responsabilidade podem causar às pessoas em pleno desenvolvimento, Áurea Pimentel Pereira⁴⁸⁶ apontou, pouco tempo após a promulgação do texto constitucional, que o conceito de menor abandonado – outrora entendido como o menor que desconhecia seus pais – transmutou-se, e passou à negligência e permissividade contumaz de ascendentes descompromissados com o labor paternal e que acabam por lançar à sociedade personalidade mal formada com toda espécie de vícios e desvios de conduta.

Por isso mesmo é que o legislador entabulou diversos preceitos normativos, no intuito de garantir que o indivíduo inserido no convívio familiar – natural ou jurídico – tivesse observado e respeitado o rol de direitos de que se faz credor em relação ao Estado e no que diz respeito aos demais indivíduos integrantes da sua entidade familiar e da sociedade como um todo⁴⁸⁷.

A necessidade de proteger o indivíduo, mesmo em suas relações mais íntimas, entretanto, não afasta a necessidade de sua inserção em célula básica da sociedade. Em razão disso é que, ainda no art. 227, o constituinte assegurou às crianças, aos adolescentes e aos jovens, de forma expressa, o direito fundamental de convivência familiar, o que fora reproduzido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁸⁸, dando ênfase à família natural,

⁴⁸⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 29.

⁴⁸⁵ PLANELLA, Jordi. A violência como forma de comunicação nas crianças e adolescentes em situação de risco social. **Revista do Instituto de Reinserção Social - Infância e juventude**, v.97, n.4, p. 91, out./dez. 1997.

⁴⁸⁶ PEREIRA, Áurea P. **A nova constituição e o direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 91.

⁴⁸⁷ Bem como em atenção ao disposto no §8.º do art. 226 do texto constitucional: “Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (*omissis*) § 8.º 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.”

⁴⁸⁸ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo

conforme será posteriormente assinalado. O que se destaca, desde logo, como item propenso à modificação legislativa proximamente, é a busca de manutenção do menor na família biológica, visto que se tem reconhecido cada vez mais a necessidade de inserir crianças e adolescentes em ambiente seguro e propenso ao desenvolvimento de suas qualidades, ainda que fora da família natural ou extensa, a fim de evitar que o cometimento de pequenos abusos se transforme em atentados à vida e à dignidade dessas pessoas.

Desse modo, a família deve ser entendida como o *locus* onde crianças, jovens e adolescentes têm a possibilidade de desenvolver-se natural e gradativamente, em ambiência de respeito, apoio e amor, ainda que tal círculo íntimo de convivência não seja formado por pessoas das quais ele descende diretamente ou em relação a quem possua tronco comum.

Segundo Emília Lopes⁴⁸⁹ aponta, o referido direito à convivência familiar, além de significar a garantia de que crianças e adolescentes convivam em harmonia, num ambiente de amor, afetividade e compreensão, o que terá o condão de assegurar o pleno desenvolvimento de sua personalidade, auxilia na superação da cultura da institucionalização que fora

de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 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. § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas”.

⁴⁸⁹ LOPES, Emília. **Os filhos do Estado**: a institucionalização de crianças e adolescentes à luz do direito fundamental à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 148.

manifestamente adotada a menores infratores, sobretudo com o Código de Menores, de Melo Mattos⁴⁹⁰.

Ou seja, se de um lado caminha-se para proteger a criança e o adolescente das referências negativas e do comportamento delitivo de ascendentes despreparados, irresponsáveis e, muitas vezes, inescrupulosos, bem como se tenciona a não criação de massa de crianças institucionalizadas, a inserção em famílias substitutas e adotivas ganha relevo e importância na salvaguarda dos interesses individuais dessas pessoas vulneráveis pelas suas condições biológicas.

Logo, não se pode compreender que o direito à convivência familiar deve dar-se, prioritariamente, na família natural ou extensa, mas que deve efetivar-se em relação familiar que proporcione à criança e ao adolescente a real possibilidade de desenvolvimento pleno, eficaz e harmonioso de sua personalidade. Isso porque a expressão “prioritariamente” tenciona a adoção, por parte de intérpretes legalistas, de medidas que busquem consecutivas tentativas de reinserção na família natural, que podem apresentar-se mais prejudicial ao menor do que o encaminhamento para o processo de adoção, a exemplo do ocorrido no caso do “menino Ruan”⁴⁹¹.

Desse modo é que se concorda, parcialmente, com o entendimento de Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel⁴⁹², quando assevera que a convivência familiar e comunitária é fundamental para a segurança e a estabilidade do menor, a garantir-lhe o seu desenvolvimento, sendo violação ao direito à vida do infante o afastamento do núcleo familiar. Isso porque a autora associa a ideia de núcleo familiar à lógica da família natural – biológica – e, conforme destacado, entende-se que a política de proteção integral deve sempre afastar o menor daquilo que lhe acarrete perigo concreto, iminente ou potencial, independentemente dos vínculos biológicos ou jurídicos existentes entre os menores e aquelas pessoas que são a causa das ameaças a que estão suscetíveis as pessoas em desenvolvimento.

⁴⁹⁰ BRASIL. **Decreto n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

⁴⁹¹ Cujas tentativas de reinserção da criança no “ambiente familiar” de uma mãe irresponsável e inconsequente, acabou por ocasionar a morte bárbara da criança, não sem antes ter vivenciado diversas espécies de tortura dentre as quais se destaca a castração do menor realizado pela mãe e sua companheira. GALVÃO, Walder. **Rhuan Maycon, menino que foi esquartejado, teve pênis cortado há um ano**. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/06/03/interna_cidadesdf,759663/rhuan-maycon-sofria-maus-tratos-antes-de-morrer.shtml. Acesso em: 30 nov. 2019.

⁴⁹² MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. *In*: AMIN, Andréa Rodrigues *et al.* Coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos práticos e teóricos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 149.

3.3 A legislação infraconstitucional e a tratativa da temática familiar

Apresentada a temática familiar tal como tratada pelas normas internacionais de que o Brasil se fez signatário e no texto constitucional de 1988, faz-se imperioso analisar como a entidade familiar é dimensionada e tratada pelo legislador infraconstitucional nacional, a fim de verificar se o ideário da família como instituição de suma importância para a manutenção do todo social, estabelecido nas normativas internacionais e na Lei Maior do Estado brasileiro, encontra-se também delineado na legislação abaixo da Constituição da República de 1988.

Ao se partir da lógica kelseniana concretizada pela pirâmide normativa⁴⁹³, seria possível asseverar, de pronto, que a legislação infraconstitucional deveria ter continuado no reconhecimento da família como base fundamental da sociedade, a destinar-lhe proteção e guarida. Entretanto, faz-se oportuno verificar o modo pelo qual a legislação infraconstitucional reconhece o surgimento, a manutenção da entidade familiar e a metodologia pela qual essa legislação exerce a proteção e a promoção da família.

A referida análise não se debruçará sobre o conjunto de leis infraconstitucionais que tratam da temática familiar, posto que esse exercício hercúleo não se apresenta fundamental para o objetivo a que se propõe, pois basta, para tanto, a análise pormenorizada do Código Civil brasileiro de 2002, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso, do Estatuto do Jovem e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, por se entender ser a análise desses microssistemas legais suficiente para a demonstração da forma pela qual a família é tratada pela legislação infraconstitucional.

3.3.1 O Código Civil e a composição da entidade familiar

Ao se iniciar a análise pelo Código Civil (CC/02) – Lei n.º 10.406/2002 –, faz-se impreterível apontar que é a referida codificação que estabelece quais as delimitações impostas para o reconhecimento jurídico dos vínculos familiares. Assim, é oportuno e necessário verificar quais as limitações apontadas na legislação, uma vez que é com base nessa delimitação que será possível estabelecer quais conjuntos de pessoas poderão ser designados de família e quais aqueles aglomerados humanos que serão designados por outros *nomens*.

⁴⁹³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

A priori, é importante delimitar o que se pretende dizer com “composição da família”, a fim de que não haja confusão com a expressão “modalidades de famílias” amplamente utilizada pela doutrina⁴⁹⁴ e pela jurisprudência⁴⁹⁵ para fazer alusão à lógica de diversidade de modelos familiares propiciada pela abertura conceitual da entidade familiar apresentada pela Constituição da República de 1988.

Desse modo, é possível afirmar, desde logo, que por composição da entidade familiar entende-se a configuração preestabelecida pela lei retromencionada que permita verificar a formação de entidade familiar. Dito de outro modo, a composição da família, como entendida pelo ordenamento jurídico brasileiro, depende da verificação de elementos que, caso existentes, possibilitam o reconhecimento daquela relação observada como relação familiar. A análise da composição da entidade familiar é, portanto, o processo de individualização de tais elementos e, após isso, a subsunção de tais elementos em diferentes modalidades de convivência social, a fim de delimitar a quais desses conjuntos pode ser outorgado o *nomen* “família”.

Ao passar à análise proposta, é possível afirmar que a família possui três elementos básicos, quais sejam, o objetivo que se traduz nas pessoas que compõem a entidade familiar; o

⁴⁹⁴ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 56.

⁴⁹⁵ À título de exemplo destaca-se julgado Superior Tribunal de Justiça, por meio do qual a ministra Nancy Andrighi entendeu que a união estável entre pessoas do mesmo sexo configurava-se como uma “das várias modalidades de entidade familiares reconhecidas pelo direito brasileiro. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO AFETIVA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO POST MORTEM CUMULADA COM PEDIDO DE PARTILHA DE BENS. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM. 1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela. Essa circunstância não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para regular as relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. 2. Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar. 3. O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal - a de união estável - com a evidente exceção da diversidade de sexos. 4. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos. 5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome do falecido, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida. 6. Recurso especial provido.” (REsp 930.460/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/05/2011, DJe 03/10/2011).

componente subjetivo, que é o meio pelo qual as pessoas que se consideram integrantes da mesma família estabeleceram seus vínculos; e, por fim, o elemento sociojurídico, que é o liame social/jurídico existente entre as pessoas que compõem a entidade familiar.

No que diz respeito ao elemento objetivo, é possível dizer que a família, tal como entendida na presente pesquisa, é somente aquela composta por pessoas humanas, a excluir-se assim as pessoas não humanas – animais⁴⁹⁶ e pessoa jurídica –, ainda que seja reconhecida pelo direito certa personalidade jurídica a elas, bem como às coisas. Por mais lógico que isto possa parecer, entende-se razoável a ressalva, a fim de que se evite a utilização da ideia de família de forma coloquial para todo e qualquer conjunto de pessoas/coisas em que se verifique algum tipo de relação, ainda que afetiva.

Desse modo, entre o proprietário e seu cão não existe vínculo familiar, ainda que haja por parte do dono sentimentos em relação ao, ainda⁴⁹⁷, objeto de sua propriedade e que exista, por parte da coisa considerada, aparente resposta ao sentimento de seu proprietário. Não se estabelecem, portanto, do ponto de vista jurídico, relações familiares entre pessoas e coisas, por maior que seja o sentimento que a pessoa nutre pela coisa que possui. A uma, porque não é reconhecida personalidade jurídica às coisas, ou seja, a capacidade de contrair obrigações e de ser destinatária de direitos⁴⁹⁸.

O segundo elemento a ser destacado é exatamente o subjetivo, que representa o meio pelo qual fora estabelecida a vinculação existente entre as pessoas que compõem a relação familiar. Acerca deste ponto, é importante ressaltar que o Código Civil prevê três formas distintas de estabelecimento de laços familiares entre as pessoas.

A primeira delas é o laço biológico, ou seja, a ideia de ascendência e descendência direta ou indireta, quando as pessoas tomadas como familiares descendam umas das outras ou de tronco comum. A segunda possibilidade é o vínculo jurídico, que se caracteriza pelo

⁴⁹⁶ Em agosto do ano de 2019 foi aprovado no Senado o Projeto de Lei nº 6.799/2013 – Câmara dos Deputados, que estabelece natureza jurídica *sui generis* aos animais que são tidos, para o referido Projeto de Lei, como pessoas não humanas a quem se deve outorgar proteção jurídica equivalente, conforme se pode depreender do art. 3º do mencionado Projeto. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁴⁹⁷ Considerando que o texto do Projeto de Lei nº 6.799/2013 fora modificado no Senado, ele deve retornar à Câmara dos Deputados para nova apreciação da matéria com a alteração proposta no Senado. <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/07/senado-aprova-projeto-que-inclui-direitos-dos-animais-na-legislacao-nacional>.

⁴⁹⁸ Quanto a esta questão específica aponta-se que, após a aprovação do Projeto de Lei nº 6.799/2013, aos animais será concedido direito de proteção genericamente considerado, ou seja, em que pese o referido Projeto não especifique os direitos e garantias destinados aos animais, permitirá que outras Leis os estabeleçam, tornando-os assim destinatários de direitos.

reconhecimento do estabelecimento de relação familiar decorrente da manifestação de vontade das partes, ainda que entre elas não haja relação sanguínea alguma, como se verifica nos casos clássicos do casamento e da adoção. Por fim, a terceira possibilidade apontada pelo Código Civil, para o estabelecimento de relações familiares, é abrangente e faz-se presente no CC/02, por meio da locução “outra origem”.

Em que pese se esteja a utilizar como base para a assertiva acima proposta o previsto no art. 1.593⁴⁹⁹ do Código – que trata especificamente da formação da relação paterno-materno-filial –, ver-se-á que a mesma lógica ali descrita pelo legislador é aplicável a toda e qualquer relação familiar socialmente estabelecida e juridicamente reconhecida.

Quando se menciona o vínculo biológico como meio de estabelecimento das relações familiares, faz-se menção, por óbvio, às relações de parentesco em linha reta e em linha colateral, conforme apontadas nos arts. 1.591 e 1.592 da codificação civil. Este vínculo familiar que se prorroga até o quarto grau – independentemente do exercício de escolha dos indivíduos, decorre de questões naturais relacionadas à procriação inerente a toda e qualquer espécie animal⁵⁰⁰.

O direito, portanto, apenas reconhece e dá guarida à situação decorrente da natureza animal do homem e que, independentemente da atuação do direito tendente a proteger e a promover tal modalidade de parentesco, continuaria a existir e a gerar efeitos sociais. Nesse ponto, não há qualquer inovação do direito brasileiro, posto que a legislação de todos os países ocidentais reconhece essa forma de estabelecimento de relação de parentesco⁵⁰¹.

É preciso que se diga, entretanto, que a consanguinidade, *de per se*, não é fator suficiente para o estabelecimento das relações parentais, sobretudo aquela relativa à relação paterno-filial. Isso porque, por se tratar de informação genética que depende de exame específico para sua verificação – o que é, pode-se dizer, relativamente recente –, os códigos civis brasileiro e ocidentais, de modo geral, se utilizaram durante longo período, e até hoje o fazem, da figura da “presunção de filiação” – *Pater ist est qui justas nuptias demonstrat* –

⁴⁹⁹ “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

⁵⁰⁰ No mesmo sentido MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima**: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 425.

⁵⁰¹ Destacam-se algumas legislações sul-americanas e europeias acerca da temática, abaixo elencadas: “Código Civil Argentino. Art. 240. **La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. Codificación Civil Francesa Article 310-3 La filiation se prouve par l'acte de naissance de l'enfant, par l'acte de reconnaissance ou par l'acte de notoriété constatant la possession d'état. Código Civil Chileno Art. 179. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial.**”

como meio objetivo para reconhecer a filiação sanguínea⁵⁰². A título de exemplo, destacam-se as legislações brasileira⁵⁰³, italiana⁵⁰⁴, portuguesa⁵⁰⁵, argentina⁵⁰⁶, francesa⁵⁰⁷ e uruguaia⁵⁰⁸.

Daí se poder afirmar – em discordância parcial com o asseverado por Mairan Maia Júnior⁵⁰⁹ – que, ao menos do ponto de vista histórico e da praxe jurídica, a genética não é o elemento necessário para a verificação objetiva de existência dos vínculos biológicos entre pais e filhos, mas a preexistência, entre os ascendentes da pessoa considerada, de relação matrimonial ou convivencial⁵¹⁰. Corrobora, ainda, o fato da análise de DNA e definição, em razão dela, da relação sanguínea entre as pessoas consideradas só ter sido utilizada no Brasil a partir de meados dos anos 80 do século passado, a tornar-se financeiramente acessível à massa populacional apenas no início dos anos 2000, o que impossibilitava, até então, a vinculação

⁵⁰² Excetuados os casos em que o exame de DNA se faz necessário em razão da negativa de paternidade por parte do suposto ascendente da criança.

⁵⁰³ “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

⁵⁰⁴ “Art. 231 *Paternità del marito Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio.*”

⁵⁰⁵ “Artigo 1826.º 1. Presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimônio tem como pai o marido da mãe.”

⁵⁰⁶ “Art. 243. *Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que nació después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.*”

⁵⁰⁷ “Article 311-1 *La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant. La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions.*”

⁵⁰⁸ “213. *Se considerarán legítimos únicamente los hijos que procedan de matrimonio civil y los legitimados adoptivamente.*”

⁵⁰⁹ O referido autor apresenta a seguinte assertiva em sua obra: “Historicamente, o parentesco é estabelecido pela origem biológica, sendo a consanguinidade, a causa preponderante e mais relevante, mesmo nos dias atuais, da instituição do vínculo de parentalidade”. MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial**: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 402. Em outro momento, entretanto, o autor reconhece a utilização da presunção como esteio do reconhecimento da filiação biológica, conforme se depreende do excerto abaixo colacionado: “[...] a incerteza quanto à paternidade tornou necessário o desenvolvimento de sistema de presunções que permitissem sua afirmação, quando presentes determinados pressupostos fáticos, tornando despendiosa a realização de prova, para fins de comprovação da filiação natural ou consanguínea. Nesse passo, a regra básica de presunção de paternidade é o nascimento do filho na constância do matrimônio.” (p. 427).

⁵¹⁰ Em que pese a presunção de filiação não se aplique como regra aos conviventes, já que para estes aplica-se a regra do reconhecimento voluntário da paternidade previsto no art. 1604 do Código Civil Brasileiro, tem-se reconhecida a sua aplicação da referida presunção aos casais que vivem em união estável. Nesse sentido tem-se a manifestação de SIGNORINI, Terezinha de Jesus Presunção de paternidade na união estável. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, ano 3, n. 5, p. 434-444, dez. 2016. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/mppr/revista_juridica_mppr. Acesso em: 21 dez. 2019.

genético-biológica entre as pessoas, a fazer-se premente a aplicação das presunções sobreditas.

Deve-se destacar, ainda, entretanto, que hodiernamente a referida presunção de paternidade é afastada se demonstradas determinadas situações de fato que impediriam a reprodução por parte da pessoa considerada genitor com base na presunção⁵¹¹. Por outro lado, a presunção mantém-se quando o suposto pai – ou descendentes – recusa a realização do exame⁵¹². Ainda, deve-se destacar as situações em que a recusa do possível genitor ou

⁵¹¹ “Ação de alimentos gravídicos – Indeferimento do pedido de tutela provisória de urgência – Partes casadas desde o ano de 2018, tendo a autora descoberto a gravidez durante período de separação do casal – Nada obstante a presunção advinda do Artigo 1.597, II, do Código Civil o agravado trouxe exame médico anterior ao período da concepção que indica possível esterilidade – Circunstância que afasta os indícios de paternidade capazes de embasar o pedido de tutela provisória – Oportuno o aguardo da realização da perícia técnica designada nos autos principais para dirimir a questão – Decisão mantida – Recurso não provido.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2097130-92.2019.8.26.0000. Relator (a): Marcia Dalla Déa Barone. Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Pires - 2ª Vara. Data do Julgamento: 23/09/2019. Data de Registro: 23/09/2019).

⁵¹² “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. FAMÍLIA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ARESTO RECORRIDO FUNDAMENTADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 89 DO NCPC. EXAME DE DNA. RECUSA. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE. DECISÃO RECURSAL EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DO STJ. PRETENSÃO RECURSAL QUE ENVOLVE O REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA NOS MOLDES LEGAIS. INCIDÊNCIA DOS ÓBICES SUMULARES. RECURSO PROTETATÓRIO. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Não há falar em violação do art. 489 do NCPC quando a decisão está clara e suficientemente fundamentada, resolvendo integralmente a controvérsia 3. A decisão do Tribunal de origem está em conformidade com a jurisprudência desta Corte no sentido de que a recusa do suposto pai a se submeter ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. 4. A alteração das conclusões do acórdão recorrido exige reapreciação do acervo fático-probatório da demanda, o que faz incidir o óbice da Súmula nº 7 do STJ. 5. Não se conhece de recurso especial interposto pela divergência jurisprudencial quando esta não esteja comprovada nos moldes dos arts. 541, parágrafo único, do CPC/73 (art. 1.029, § 1º, do NCPC) e 255 do RISTJ. Precedentes. 6. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que não é possível o conhecimento do recurso especial interposto pela divergência jurisprudencial na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos, e não na interpretação da lei. Isso porque a Súmula nº 7 do STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea c do permissivo constitucional. Precedente: AgRg no Ag 1.276.510/SP, Rel. Ministro PAULO FURTADO (Desembargador Convocado do TJ/BA), DJe 30/6/2010. 7. Em virtude do não provimento do presente recurso, e da anterior advertência em relação a aplicabilidade do NCPC, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei. 8. Agravo interno não provido, com imposição de multa. (AgInt no AREsp 1404779/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/08/2019, DJe 14/08/2019) INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Recurso contra sentença de procedência que condenou o investigado, ainda, a pagar alimentos à investigada, reconhecida como sua filha biológica – Descabimento – Reiterado comportamento de não comparecimento ao exame genético – Presunção legal de paternidade – Súmula 301 do STJ – Incidência dos arts. 231 e 232 do Código Civil – Alimentos devidos, em razão da menoridade – Procedência mantida – Recurso desprovido.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 0014507-44.2009.8.26.0068; Relator (a): Rui Cascardi; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/12/2019; Data de Registro: 03/12/2019).

descendentes não enseja a aplicação da presunção *juris tantum*, em razão da falta de lastro probatório para a configuração da relação paterno-filial⁵¹³.

Além da figura da presunção que, como visto, em determinadas circunstâncias pode se mostrar assaz controversa, a manifestação de vontade declarada daqueles que assumem o papel de pais e mães também acarreta o estabelecimento do vínculo paterno-materno-filial, o que leva à segunda forma de estabelecimento das relações familiares, qual seja, a manifestação de vontade. O referido meio de estabelecimento das relações familiares dá

⁵¹³ “APELAÇÃO CÍVEL. CPC/1973. DIREITO DE FAMÍLIA. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO, AFASTADA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE PÓS MORTE. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA ALEGADA PATERNIDADE. OS AUTORES NÃO SE INCUMBIRAM DE PRODUIR PROVAS DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO SEU DIREITO (ART. 333, I, DO CPC). RECUSA DOS HERDEIROS DO SUPOSTO PAI EM CEDER MATERIAL GENÉTICO À REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE, EM VIRTUDE DA INEXISTÊNCIA DE PROVAS INDICIÁRIAS QUE CORROBREM PARA O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA DOS RECORRENTES. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E MPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO: De acordo com a Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Nº 80/94), artigo 128, ‘São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: I - receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos;’ 2. Na hipótese, muito embora tenha sido expressamente consignado no termo de audiência que as partes estariam desde logo intimadas da sentença em 01/12/2015, o Juiz determinou que os autos ainda deveriam ser encaminhados para a Defensoria Pública com vistas, o que ocorreu somente em 26/01/2016, conforme certidão de fls. 237-238. Destarte, o recurso de apelação interposto em 23/02/2016, às fls. 239-253, é tempestivo, razão pela qual, afasto a Preliminar de Intempestividade arguida pelos recorridos. 3. MÉRITO: Cinge-se à controvérsia em verificar se os recorrentes se incumbiram de produzir as provas quanto aos fatos constitutivos do seu direito na ação de investigação de paternidade que deu azo ao presente recurso, bem como se é possível aplicar o princípio da presunção de veracidade dos fatos em virtude da recusa dos descendentes do suposto pai em submeterem-se ao exame de DNA, quando outras provas não foram produzidas pelos investigandos. 4. Nesse sentido, prescreve a Súmula 301, do STJ, que: ‘EM AÇÃO INVESTIGATÓRIA, A RECUSA DO SUPOSTO PAI A SUBMETER-SE AO EXAME DE DNA INDUZ PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE PATERNIDADE.’ 5. Todavia, in casu, não vejo como acolher, de plano, a pretensão aqui deduzida, sem que os autores/recorrentes tenham produzido qualquer outra prova que indiciem a existência da alegada paternidade biológica. É certo que não se logrou realizar o exame do DNA, não obstante as tentativas efetuadas, o que faria incidir as regras dos arts. 231 e 232 do CCB, do parágrafo único do art. 2º-A da Lei Nº 8.560/02, assim como a Súmula 301 do STJ. No entanto, alguma outra prova deve ser produzida para corroborar com a presunção de veracidade da paternidade, tendo em vista que apenas a recusa dos investigandos em realizar o exame de DNA, não é suficiente para adotar o entendimento sumular acima descrito, uma vez que essa presunção é relativa e não absoluta. 6. Acerca da matéria o Parágrafo Único do artigo 2º-A da Lei Nº 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, prescreve: ‘Parágrafo único, art. 2º-A, da Lei Nº 8.560/92. ‘A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.’ 7. Assim, a recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório (p. único do art. 2º-A da Lei 8.560/92). Ou seja, é aplicável a Súmula 301 do STJ, desde que aliada ao contexto probatório disposto nos autos. 8. Entretanto, na espécie, os autores ingressaram com petição inicial de apenas duas folhas, a qual foi juntada tão somente os documentos de identificação e os comprovantes de endereços dos autores, sem colacionar nenhuma outra prova documental, tais como fotos, comprovantes de pagamentos de despesas das crianças arcadas pelo de cujus, cartas, etc. (fls. 1/10). 9. Por outro lado, restou frustrada a tentativa de realização de exame de DNA mediante a coleta de material genético dos filhos do suposto pai, em virtude das suas manifestas recusas, posto que não compareceram ao Laboratório no dia e horas marcados para tal finalidade. Também restou infrutífera a exumação do cadáver do suposto pai para fins de colheita do material genético, ante a impossibilidade de sua identificação, uma vez que os seus restos mortais se encontravam misturados com outros cadáveres, conforme Laudo, emitido pela Perícia Forense, acostado às fls. 165-167. 10.

origem aos vínculos jurídicos e àqueles denominados de “outra origem”, a depender do caso específico.

Explica-se. Entende-se aqui que o vínculo jurídico é aquele decorrente de manifestação de vontade expressada perante o Estado, seja diante do cartorário responsável pela lavratura do termo de nascimento ou do termo de casamento ou união estável, seja diante do juiz em processo de investigação de paternidade, de adoção ou de conversão de união estável em casamento, por exemplo. O fato é que o liame jurídico se estabelece quando as partes manifestam, de forma clara, livre e expressa – perante o Estado – seu desejo de constituir relação familiar entre si.

O exemplo mais pujante de vínculo jurídico decorrente da manifestação de vontade é o matrimônio contraído nos termos do art. 1.535 do CC/02, com o objetivo de comunhão plena de vida dos consortes⁵¹⁴ e com observância aos preceitos jurídicos relacionados aos impedimentos matrimoniais, deveres conjugais e obrigações para com os futuros filhos, caso sejam gerados. Isso não se deve, entretanto, à pretensa superioridade do matrimônio – conforme mencionado, quando da análise dos preceitos constitucionais aplicáveis à matéria das famílias – em face das demais modalidades de constituição familiar previstas na Constituição da República de 1988 ou reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência.

Em casos semelhantes, admite-se a prova indireta e indiciária. E, com base em tais provas, deve-se verificar o preenchimento de 03 requisitos: a) se houve relações sexuais da mãe dos investigantes com o instituidor do espólio investigado; b) se a gravidez da investigante coincidiu com o período de relacionamento sexual entre os pais; c) se houve aparente fidelidade da mãe da investigante ao investigado. 11. Porém, quanto a produção da prova oral, constata-se que a única testemunha trazida pelos autores não foi compromissada, uma vez que teria sido amiga íntima da mãe dos promoventes. Em razão disso, a declarante pouco pode esclarecer sobre os fatos, pois informou que foi vizinha dos autores apenas por dois anos, presenciando a existência do relacionamento extraconjugal do falecido, porém sem esclarecer detalhes sobre esse convívio, uma vez que o de cujus não coabitava com a mãe dos autores, nem agia como um casal perante a sociedade (fl. 234, declarações gravadas em CD-rom). 12. Portanto, em não havendo os apelantes produzido nenhuma prova constitutiva do seu direito, nos termos do artigo 333, I, do CPC, não há como aplicar, isoladamente a Súmula 301, do STJ para, apenas com base na presunção juris tantum, reconhecer a paternidade requestada. 13. Quanto a pretensão dos promoventes/recorrentes de inversão do ônus da prova para imputar às recorridas a obrigação de provar a inexistência de relação extraconjugal entre o suposto pai e a sua genitora, trata-se de inaceitável distribuição do ônus da prova à parte que não pode suportá-la, ou melhor dizendo, trata-se de prova diabólica, qual seja, aquela modalidade de prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida como, por exemplo, a prova de um fato negativo. Sendo assim, como os herdeiros do de cujus provariam que o seu pai NÃO teve um relacionamento amoroso, embora extraconjugal, com a mãe dos recorrentes??? Ou seja, nenhum meio de prova possível é capaz de permitir tal demonstração, razão pela qual, inadmitte-se, no caso, a inversão do ônus da prova. 14. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. ACORDÃO Acordam os integrantes da Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, em conformidade com o voto da e. Relatora.” (Relator (a): Maria de Fátima de Melo Loureiro; Comarca: Sobral; Órgão julgador: Vara Única de Família e Sucessões da Comarca de Sobral; Data do julgamento: 13/12/2017; Data de registro: 13/12/2017).

⁵¹⁴ “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

A pujança do exemplo e a segurança jurídica que o matrimônio proporciona decorrem do estabelecimento de normas jurídicas atinentes a delinear o instituto matrimonial, meio pelo qual o matrimônio deve ser formalizado perante o Estado, bem como da previsão de suas consequências jurídicas apontadas de forma pormenorizada pelo legislador infraconstitucional. Disso não se deve concluir que o casamento é o melhor meio de estabelecimento das relações familiares, mas apenas aquele que fora mais detalhado pelo legislador quando da formulação da norma civil, em decorrência, sobretudo, do antecedente histórico brasileiro que remonta às Ordenações Filipinas e ao Código Civil de 1916, e do fato de que o Código Civil de 2002 tem fundamento em texto de 1976, que tinha como escopo substituir a codificação civil vigente no país, àquela época.

Além do matrimônio tem-se, como exemplo de vínculo jurídico decorrente do exercício da vontade das partes, a adoção de criança ou adolescente abandonado ou que foram destituídos do poder de sua entidade familiar biológica nuclear. Neste caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que se o menor contar com 12 anos de idade, ou mais, terá o direito de ser ouvido sobre sua vontade de ser adotado por aquelas pessoas que se dispõem a recebê-lo em sua família como parte integrante daquele convívio familiar⁵¹⁵.

Outro exemplo, ainda, é a autorização outorgada pelo futuro pai à utilização, por parte de sua esposa e futura mãe, de material biológico de terceiro, a fim de possibilitar a inseminação artificial heteróloga prevista no art. 1.597, V, do Código Civil de 2002, e que estabelece entre a criança e o futuro pai o vínculo parental em decorrência da presunção de paternidade estabelecida no citado artigo. Veja-se que, neste caso, em que pese a filiação tenha sido estabelecida por meio do sistema de presunção, foi a autorização do marido que tornou possível a geração do filho no útero materno, com a conseqüente vinculação jurídica a ele.

Os três exemplos citados que caracterizam manifestações de vontade capazes de estabelecer vínculos jurídicos entre as pessoas envolvidas na relação familiar possuem algo em comum, qual seja, os liames por eles formados não são resultado de relação familiar propriamente dita – entendida aqui como a convivência contínua, duradoura e exteriorizada à sociedade –, mas é o fator que desencadeia, na maioria das vezes, a convivência íntima que resultará no reconhecimento social da relação familiar ali construída.

⁵¹⁵ “Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.”

Quer-se dizer com isso que ninguém forma entidade familiar simplesmente com a aposição de sua manifestação de vontade em documento ou perante o Estado, mas ao contrário, esse é apenas o primeiro passo para o estabelecimento das relações familiares que dependerão, necessariamente, de período de convivência íntima entre as pessoas para que, com o passar do tempo, aquela manifestação de vontade primeira tenha criado raízes profundas, de modo a não ser mais possível fazer o germe familiar deixar de florescer.

Entende-se de tal forma, em razão de diversas situações cotidianas que se apresentam, em que a manifestação de vontade por parte do casal de realizar a comunhão plena de vidas não suporta mais do que dias ou semanas de convivência íntima, a levar ao exercício do direito individual de solicitarem ao Estado a realização de processo de divórcio⁵¹⁶ – amigável ou não –, com a conseqüente desvinculação jurídica daquelas pessoas que, ao fim e ao cabo, sequer chegaram a formar o liame de afeto que sustenta e mantém as relações familiares.

Ou ainda, no caso da filiação, veem-se casos em que os pais – biológicos ou adotivos – após a manifestação de vontade perante o Estado⁵¹⁷ de estabelecerem com aqueles seres naturalmente vulneráveis a relação paterno-filial, deixam, voluntariamente, de participar da vida dos supostos filhos, por entenderem razoável para o papel de pai apenas o pagamento de alimentos ou dos estudos⁵¹⁸, sem, contudo, participarem efetivamente da construção do caráter e do sentimento de família que essas crianças e adolescentes carregaram para sempre em seus corações.

Nas duas situações acima delineadas, que são frequentes no dia a dia de um universo considerável de pessoas, o vínculo jurídico, mesmo que decorrente da manifestação de vontade das partes, ou daquela que já possuía a capacidade de exercê-la, acaba não sendo suficiente para que o vínculo jurídico se transmude em vínculo de afeto.

Por outro lado, o vínculo familiar decorrente de “outra origem” é aquele que se expressa por meio de manifestação de vontade latente e contínua, ou seja, aquela que apesar de não ter

⁵¹⁶ Que desde a Emenda Constitucional n.º 66/2010 pode ser feito de forma direta, sem a necessidade de separação de fato anterior, o que facilitou, e muito, a dissolução dos vínculos conjugais. Nesse mesmo sentido manifesta-se LOBO, Fabíola Albuquerque. As transformações do direito de família brasileiro à luz da Constituição 1988. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 8, n. 3, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/as-transformacoes-do-direito-de-familia/>. Acesso em: 25 de jan. 2020.

⁵¹⁷ Que se dá por meio do registro voluntário do menor, nos casos em que não se aplique a sistemática das presunções de paternidade, ou por meio do processo de adoção.

⁵¹⁸ Que representa, em certa medida, o dever de cuidar e educar os filhos menores, estabelecido no art. 1.566, “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges do CC/02.”

sido expressamente pronunciada perante o Estado, é constatável em razão do comportamento social que as pessoas adotam entre si, a demonstrar, social e intimamente, o desejo de constituir família, a enquadrar-se aqui os casos de união estável sem lavratura do respectivo termo e que, após a morte de um dos conviventes, é reconhecida em juízo para fins de garantia de direitos ao companheiro sobrevivente ou, ainda, nos casos em que se estabelece a “posse do estado de filho” entre, por exemplo, o padrasto e seu enteado ou entre o tio e um sobrinho – situação esta que será tratada na segunda seção do presente estudo.

Veja-se, portanto, que no caso do vínculo decorrente de “outra origem” – que não a estritamente jurídica, anteriormente apresentada – a relação familiar é construída com a demonstração quotidiana, contínua e manifesta perante a comunidade onde vivem e na intimidade do lar⁵¹⁹, sendo apenas, de forma posterior, reconhecidas pelo Estado, o qual lhes

⁵¹⁹“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. FILHO HAVIDO DE RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE QUANDO ATENDER AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APLICAÇÃO DA RATIO ESSENDI DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL. SOBREPOSIÇÃO DO INTERESSE DA GENITORA SOBRE O DA MENOR. RECURSO DESPROVIDO. 1. O propósito recursal diz respeito à possibilidade de concomitância das paternidades socioafetiva e biológica (multiparentalidade). 2. O reconhecimento dos mais variados modelos de família veda a hierarquia ou a diferença de qualidade jurídica entre as formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico (ADI n. 4.277/DF). 3. Da interpretação não reducionista do conceito de família surge o debate relacionada à multiparentalidade, rompendo com o modelo binário de família, haja vista a complexidade da vida moderna, sobre a qual o Direito ainda não conseguiu lidar satisfatoriamente. 4. Apreciando o tema e reconhecendo a repercussão geral, o Plenário do STF, no julgamento do RE n. 898.060/SC, Relator Ministro Luiz Fux, publicado no DJe de 24/8/2017, fixou a seguinte tese: ‘a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.’ 5. O reconhecimento de vínculos concomitante de parentalidade é uma casuística, e não uma regra, pois, como bem salientado pelo STF naquele julgado, deve-se observar o princípio da paternidade responsável e primar pela busca do melhor interesse da criança, principalmente em um processo em que se discute, de um lado, o direito ao estabelecimento da verdade biológica e, de outro, **o direito à manutenção dos vínculos que se estabeleceram, cotidianamente, a partir de uma relação de cuidado e afeto, representada pela posse do estado de filho.** 6. As instâncias ordinárias afastaram a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade na hipótese em questão, pois, de acordo com as provas carreadas aos autos, notadamente o estudo social, o pai biológico não demonstra nenhum interesse em formar vínculo afetivo com a menor e, em contrapartida, o pai socioafetivo assiste (e pretende continuar assistindo) à filha afetiva e materialmente. Ficou comprovado, ainda, que a ação foi ajuizada exclusivamente no interesse da genitora, que se vale da criança para conseguir atingir suas pretensões. 7. Ressalva-se, contudo, o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, da menor pleitear a inclusão do nome do pai biológico em seu registro civil ao atingir a maioridade, momento em que poderá avaliar, de forma independente e autônoma, a conveniência do ato. 8. Recurso especial desprovido. (REsp 1674849/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018). (grifos nossos) AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. ADOÇÃO PÓSTUMA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEQUÍVOCA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO ADOTANTE FALECIDO. AGRADO INTERNO PROVIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 1. Em que pese o art. 42, § 6º, do ECA estabelecer ser possível a adoção ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento de adoção, a jurisprudência evoluiu progressivamente para, em situações excepcionais, reconhecer a possibilidade jurídica do pedido de adoção póstuma, quando, embora não tenha ajuizado a ação em vida, ficar demonstrado, de forma inequívoca, que,

outorga, em boa parte das vezes, o reconhecimento devido, a despeito da existência de normas que estabeleçam todas as possibilidades de concretização e suas consequências, já que, como dito, o legislador delimitou – em razão de conteúdo histórico – a relação matrimonial como sendo aquela capaz de formatar as relações familiares.

O terceiro elemento básico necessário à formação da relação familiar na pós-modernidade, sobretudo, é o vínculo sociojurídico que se forma entre as pessoas e o que permeia as relações familiares, de tal forma que é impossível confundi-la com as demais relações sociais em que o ser humano se vê inserto.

Oportuno destacar que o vínculo sociojurídico aqui apontado não se confunde com os meios de estabelecimento das relações familiares anteriormente abordados – biológico e manifestação de vontade –, mas se apresenta como a consequência social e jurídica da efetiva relação familiar voltada ao desenvolvimento pleno das capacidades, personalidades e vontades das pessoas que compõem a família. É dizer, trata-se do vínculo de afeto que se forma entre as pessoas e que se fortalece por meio da convivência, do enfrentamento das dificuldades e do gozo das vitórias, pela entidade familiar, de cada um de seus membros.

Esses três elementos unificados em determinada relação analisada é que permitem a verificação da formação do relacionamento familiar. Separados, sobretudo os dois primeiros, dão azo à configuração de qualquer tipo de relacionamento. O vínculo empregatício, por exemplo, é formado pela manifestação de vontade das partes envolvidas e desde que se considere a relação empregador-empregado estabelecida entre pessoas humanas, ter-se-ia o adimplemento dos dois primeiros elementos acima delineados. Entretanto, tal vinculação não

diante de longa relação de afetividade, o falecido pretendia realizar o procedimento. 2. Segundo os precedentes desta Corte, a comprovação da inequívoca vontade do falecido em adotar segue as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. Nesse sentido: REsp 1.663.137/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 15/08/2017, DJe de 22/08/2017; REsp 1.500.999/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 12/04/2016, DJe de 19/04/2016. 3. **A posse do estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, foi atestada pelo Tribunal de origem diante das inúmeras fotos de família e eventos sociais, boletins escolares, convites de formatura e casamento, além da robusta prova testemunhal, cujos relatos foram uníssonos em demonstrar que os adotandos eram reconhecidos como filhos, tanto no tratamento como no sobrenome que ostentavam, e assim eram apresentados ao meio social.** 4. Afastada a impossibilidade jurídica do pedido, na situação concreta o pedido de adoção post mortem deve ser apreciado, mesmo na ausência de expresso início de formalização do processo em vida, já que é possível extrair dos autos, dentro do contexto de uma sólida relação socioafetiva construída, que a real intenção do de cujus era assumir os adotandos como filhos. 5. Agravo interno provido para dar provimento ao recurso especial.” (AgInt no REsp 1520454/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 16/04/2018) (grifos nossos).

se confunde com aquela formada pela família, uma vez que no emprego/trabalho há encontro de interesses (mão de obra – salário), mas não há afeto.

Isso também se dá em contrato de locação no qual, por exemplo, existem interesses recíprocos e há a manifestação de vontade das partes que permite a formação do ajuste, mas não há entre locatário e locador o interesse de proteção recíproca ou o intento de auxílio mútuo referente aos seus desenvolvimentos pessoais, psíquicos e sentimentais.

3.3.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a expressa necessidade de manutenção/inserção da pessoa em desenvolvimento em entidade familiar

As disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente contribuem de forma ímpar na construção que se está a fazer, sobretudo os preceitos que estabelecem o direito fundamental à convivência familiar, aqueles relativos à perda do poder familiar e à adoção. Isso porque o conjunto dessas locuções normativas dá ensejo à compreensão de que a comunidade familiar é necessária e indispensável para a construção do ser integral que se pretende entregar à sociedade com a maioria, é dizer, com a formação física, psíquica e espiritual de todo e qualquer ser humano.

Essa prescindibilidade é resultado do papel de preparação e formação que somente a entidade familiar pode propiciar e que nela se destaca, mais que em qualquer outra seja de caráter privado ou estatal, em razão dos laços de afeto, respeito e solidariedade que se formam entre seus componentes, conforme assinalado anteriormente. Fatores esses que são determinantes, inclusive, para a formação da identidade pessoal da pessoa em desenvolvimento⁵²⁰.

Esse espaço familiar, contudo, não deve mais ser compreendido unicamente como aquele relacionado à família biológica do indivíduo, isso porque as mudanças sociais, jurídicas e de tecnologia genética permitem que as famílias naturais possam ser compreendidas como aquelas comunidades em que a criança primeiro esteve inserida como

⁵²⁰ Que, segundo Edna Raquel Hogemann e Solange Ferreira de Moura “[...] não é inata e pode ser entendida como uma forma sócio histórica de individualidade. O contexto social fornece as condições para os mais variados modos e alternativas de identidade. O termo identidade pode, então, ser utilizado para expressar, de certa forma, uma singularidade construída na relação com outros homens.” HOGEMANN, Edna Raquel; MOURA, Solange Ferreira de. O direito fundamental à identidade pessoal e o estigma do abandono. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [s.l.], v. 9, n. 1, p. 55-68, maio 2018. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/504>. Acesso em: 10 dez. 2019.

parte integrante do convívio familiar e não, necessariamente, como aquela entidade em relação à qual a criança ou o adolescente possui vínculos sanguíneos.

Com o intuito de exemplificar a assertiva sobredita, destaca-se a figura da inseminação artificial heteróloga – tratada anteriormente –, sobretudo quando se está diante de situação fática em que ambos os gametas responsáveis pela formação biológica do futuro indivíduo pertencem a pessoas diferentes daquelas que exercerão os papéis parentais. Nesse caso, o filho gerado não possuirá identidade genética com nenhum dos pais, entretanto, disso não se supõe que aqueles que exerçam o labor parental não possam ser reconhecidos como a família natural daquele indivíduo em formação.

Outro exemplo destacável, e que se encontra previsto no ECA, em seu art. 19-A⁵²¹, é a possibilidade de entrega voluntária de criança por parte de sua mãe a terceiros. Nesse caso, tal como no anterior, àqueles que recebem o recém-nato em seu lar e propiciam ao menor a experiência material e afetiva de família não podem deixar de reconhecer o *nomen* família natural, pois que, a despeito de não existirem vínculos biológicos entre eles, o vínculo afetivo e espiritual – necessário em qualquer relação familiar – que decorre da condição humana que ali se faz presente⁵²².

⁵²¹ “Art. 19-A. A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude.”

⁵²² Deve-se destacar, entretanto, que a assunção do papel parental por aqueles que não possuem vínculos biológicos com as crianças que são objeto da entrega voluntária deve pautar-se no cumprimento da legislação pertinente à matéria, não podendo ser resultado de atuação de má-fé por parte dos pretendidos pais, sob pena de que não se cumpra o primado do atendimento ao devido interesse do menor de forma prioritária. Em sentido oposto ao que se assinala, destaca-se julgado ressoante do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cuja ementa é elucidativa quanto à necessidade de atenção ao referido princípio da proteção integral da criança e do adolescente: “APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO AUTURAL. VERSÃO DOS AUTORES QUE SE MOSTRA INVEROSSÍMIL. AUTORES QUE CONHECERAM A MÃE DAS INFANTES DURANTE A GRAVIDEZ, PASSANDO A ACOMPANHAR A GESTAÇÃO, INCLUSIVE COMPARECENDO NOS EXAMES DE PRÉ-NATAL, FORNECENDO AJUDA ALIMENTAR, PAGANDO AS PASSAGENS E DANDO UM VENTILADOR E UMA GELADEIRA DE PRESENTE. NO PERÍODO DO NASCIMENTO DAS GÊMEAS, OS AUTORES, CONDUZIRAM A GESTANTE ATÉ O HOSPITAL, TENDO A AUTORA E A SUA CUNHADA, SE REVEZADO NO QUARTO ATÉ A ALTA MÉDICA. NO PRÓPRIO QUARTO DO HOSPITAL, AS DUAS IRMÃS GÊMEAS FORAM SEPARADAS, FICANDO UMA COM OS AUTORES E A OUTRA COM A CUNHADA DA AUTORA. AS CRIANÇAS NÃO FORAM DEVIDAMENTE AMAMENTADAS, APESAR DE OS AUTORES SEREM PROFISSIONAIS DE SAÚDE QUE CONHECEM A IMPORTÂNCIA DA AMAMENTAÇÃO NESTA PRIMEIRA FASE DA VIDA. DESTA FORMA, ALÉM DE HAVER UMA VIOLAÇÃO AO DIREITO DAS CRIANÇAS À CONVIVÊNCIA FAMILIAR, TAMBÉM HOVE A FRUSTRAÇÃO DO DIREITO À AMAMENTAÇÃO, TENDO AS MENORES DESENVOLVIDO ANEMIA. SUSPEITA DA OCORRÊNCIA DE "ADOÇÃO PRONTA". CABE RESSALTAR QUE AS CRIANÇAS, QUANDO CHEGARAM AO ABRIGO, NÃO SE RECONHECIAM COMO IRMÃS E QUE HOJE ESTÃO COMPLETAMENTE ADAPTADAS. ORA, O QUE SE CONSTATA NA PRESENTE DEMANDA É A MÁ-FÉ DOS AUTORES, QUE AGIRAM SEMPRE EM BUSCA DA SOLUÇÃO DE SEUS PROBLEMAS, NÃO SE IMPORTANDO COM OS MELHORES INTERESSES DOS BEBES, NÃO SENDO, PORTANTO, OS MAIS ADEQUADOS PARA EXERCEREM A GUARDA DAS CRIANÇAS. SENTENÇA QUE NÃO MERECE REFORMA. ENTENDIMENTO DESTA EGRÉGIA TRIBUNAL DE

De início, portanto, entende-se necessário romper a barreira da biologia, posto que existem situações juridicamente tuteladas que preveem, ainda quando da inexistência de tal liame, a formação de famílias consideradas primeiras na vida e no desenvolvimento de crianças e adolescentes. Essa constatação, entretanto, longe de afastar a essencialidade das relações familiares na estruturação psíquica e moral da criança, a fortalece⁵²³.

Isso porque os parágrafos que seguem o *caput* do art. 19-A do referido Estatuto propõem, exaustivamente, a necessidade de inserção daquela criança voluntariamente abandonada aos cuidados de seio familiar. Aponta a legislação pela busca do genitor da criança, a fim de outorgar-lhe a guarda do menor se for de sua vontade; após, parte-se em busca da família extensa⁵²⁴ e, caso essas tentativas não frutifiquem, dá-se a entrega da criança à guarda de terceiros, que poderão propor a Ação de Adoção para consolidarem sua posição de parentalidade em relação ao adotado.

JUSTIÇA SOBRE O TEMA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.” (Apelação n. 0024329-18.2017.8.19.0021. Des(a). CLEBER GHELLENSTEIN - Julgamento: 04/12/2019 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL).

⁵²³ Roberto João Elias entende ser “importante que o menor cresça e seja educado no seio de sua família ou de outra substituta, pois somente assim poderá desenvolver plenamente sua personalidade”, isso porque a família é o habitat natural do ser humano, devendo ser garantido à criança e ao adolescente o direito de crescer numa família. ELIAS, Roberto João **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31 e ss.

⁵²⁴ “Que nos termos do próprio estatuto – art. 25 - perfaz-se naquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. À título exemplificativo, destaca-se julgado do Tribunal do Rio de Janeiro por meio do qual se garantiu a guarda à tia paterna da menor em razão do estabelecimento de vínculo socioafetivo entre as partes, conforme ementa abaixo elencada: AÇÃO DE GUARDA FORMULADA POR TIA PATERNA. CRIANÇA COM MAIS DE DEZ ANOS DE IDADE DEIXADA AOS SEUS CUIDADOS DESDE OS SEIS MESES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. MELHOR INTERESSE DA MENOR PRESERVADO. MANUTENÇÃO. Apelação da sentença que julgou procedente o pedido de guarda formulado por tia paterna, considerando que ela vem cuidando da criança desde que a genitora a deixou sob os seus cuidados, quando contava com apenas seis meses de idade, bem como que, passados vários anos, deve ser resguardado o espaço psíquico-familiar garantidor da tranquilidade e bem-estar da menor. O provimento não merece reparo. 1. O enfoque deste caso deve ser o do melhor interesse da infante. No direito brasileiro, o art. 227 da Carta Magna assegura às crianças e adolescentes, dentre outros, os direitos à saúde, a dignidade, ao respeito e à convivência familiar encargos de há muito assumidos com sucesso pela apelada, que não só exerce todas as tarefas de criação e educação da criança, como também lhe deu um lar e estabeleceu forte vínculo socioafetivo com a mesma, que, inclusive, a tem por mãe. 2. O estudo social do caso é claro ao sinalizar que os direitos sociais da menina são plenamente atendidos, que ela está sendo assistida adequadamente e se sente satisfeita com a atual organização familiar. 3. Forçoso considerar que, por ora, o interesse da menor reside na manutenção do status quo, ao qual seu genitor também deve se submeter. Recurso desprovido.” (Apelação n. 0014685-10.2017.8.19.0067. Des(a). Ricardo Rodrigues Cardozo - Julgamento: 12/11/2019 - Décima Quinta Câmara Cível).

Caminho similar se desenvolve quando se está diante da figura da adoção⁵²⁵, isso porque a adoção, como processo complexo que é para assegurar o atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente e sua proteção integral, depende, para sua concretização, de diversas etapas, dentre as quais se entende mais relevantes para o escopo da presente pesquisa as seguintes: a) destituição do poder familiar por parte dos pais biológicos; b) observância de período mínimo de institucionalização do menor; e c) período de adaptação à família adotiva, acompanhado por equipe multidisciplinar.

No que se refere à primeira etapa acima elencada – e em adição ao mencionado anteriormente –, pode-se observar que o legislador optou por utilizar-se da perda do poder familiar⁵²⁶ como última medida⁵²⁷ de salvaguarda dos interesses do menor, havendo clara menção legal à necessidade de tentar-se a reinserção da criança e do adolescente na família natural⁵²⁸.

Nesse sentido, Neidemar José Fachinetto⁵²⁹ assevera que o direito à convivência familiar jamais deverá ser retirado da criança e do adolescente, sem que haja situação em que se verifique ameaça real tendente a violar seus direitos e, havendo outras medidas adotáveis ao

⁵²⁵ Que nas palavras de Galdino Augusto Coelho Bordallo é a mais completa de todas as modalidades de colocação da criança e do adolescente em família substituta, pois “há a inserção da criança/adolescente no seio de um novo núcleo familiar, enquanto as demais (guarda e tutela) limitam-se a conceder ao responsável alguns dos atributos do poder familiar. A adoção transforma a criança/adolescente em membro da família, o que faz com que a proteção que será dada ao adotando seja muito mais integral”. BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Adoção*. In: AMIN, Andréa Rodrigues *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. Coordenação de Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 348.

⁵²⁶ “Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.”

⁵²⁷ “Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta. [...] § 9º Em sendo constatada a impossibilidade de reintegração da criança ou do adolescente à família de origem, após seu encaminhamento a programas oficiais ou comunitários de orientação, apoio e promoção social, será enviado relatório fundamentado ao Ministério Público, no qual conste a descrição pormenorizada das providências tomadas e a expressa recomendação, subscrita pelos técnicos da entidade ou responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, para a destituição do poder familiar, ou destituição de tutela ou guarda.”

⁵²⁸ “Art. 19. [...] § 3º A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será está incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.”

⁵²⁹ FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária** – contextualizando com as políticas públicas (in)existentes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

caso, sobretudo as relativas ao fortalecimento dos vínculos familiares – naturais –, estas devem ser tentadas. Em não sendo possível a manutenção do menor no seu lar natural, deve ser garantida a convivência familiar pela adoção de medidas outras que assegurem esse direito às pessoas em desenvolvimento.

A reincidente tentativa de manutenção⁵³⁰ da criança e do adolescente à sua família natural pode, entretanto, acabar por gerar prejuízo maior àquele a quem o Estatuto visa proteger, isso porque, a depender da espécie de agressão ou omissão, da condição física e psicológica da criança e do adolescente, pode não haver segunda oportunidade em afastá-lo do perigo potencial que a convivência com seus pais naturais estaria a acarretar. Nesse sentido, parece que o legislador pecou por excesso e, mais do que ele, o Estado, na pessoa de juízes e promotores, tem pecado pelo arraigamento à letra fria da lei.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve, ainda, que caso o menor tenha que ser retirado provisória ou definitivamente do convívio dos pais e desde que não seja acolhido por demais familiares que compõem, como visto, a família extensa, deverá sofrer o acolhimento institucional que, nos termos do art. 19, §§ 1.º e 2.º⁵³¹, não poderá exceder a 18

⁵³⁰ “Destituição do poder familiar. Genitora reclusa. Confirmação posterior da paternidade do requerido. Infante nascido em estabelecimento prisional. **comportamento desidioso dos apelantes, sem perspectivas de alteração significativa.** Demonstração do abandono moral, material e afetivo dos genitores. Hipóteses previstas nos artigos 1.638 do Código Civil e 24 do ECA. Prevalência do superior interesse da criança a impor a manutenção da sentença. Recurso desprovido. 1. Conjunto probatório que demonstra a inaptidão dos genitores de prover as necessidades do filho. Situação de vulnerabilidade demonstrada, tendo em vista o comportamento desidioso dos requeridos. 2. Reintegração familiar impossibilitada pela ausência de condições da família natural, referendada por laudos técnicos. Menor sem referências paterna e materna, desde seu nascimento. 3. Impossibilidade de inserção do infante em família extensa. 4. Decretação da perda do poder familiar, nas hipóteses do artigo 1.638 do Código Civil e artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que se impõe. 5. Recurso não provido”. (TJSP; Apelação Cível 1002190-52.2017.8.26.0638; Relator (a): Artur Marques (Vice-Presidente); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Tupi Paulista - 2ª Vara; Data do Julgamento: 03/07/2013; Data de Registro: 19/11/2019) (grifos nossos) Recurso De Apelação. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação de destituição do poder familiar. Apelo tirado pelos genitores em face da sentença de primeiro grau que julgou procedente a ação, decretando a perda de seu poder parental sobre os filhos menores. Irresignação que não prospera, por não encontrar suporte no conjunto probatório, bem valorado na tecnicamente embasada e fundamentada sentença recorrida. **Crianças acolhidas para resguardá-las da situação periclitante que viviam na companhia dos pais. Genitores que, além de negligenciarem os filhos em suas necessidades básicas, os expunham a ambiente doméstico marcado por violência e hipersexualização. Recorrentes resistentes em aderir aos encaminhamentos propostos pelos técnicos da rede de atenção psicossocial.** Apelantes, portanto, comprovadamente inábeis para o exercício da parentalidade responsável. Infrutífero esgotamento dos esforços engendrados no sentido de viabilizar a reinserção das crianças no seio familiar biológico, até em razão da inexistência de parentes aptos ou interessados em assumir a guarda dos petizes. Descumprimento das obrigações do poder familiar caracterizado. Violação aos artigos 22 da lei nº 8.069/1990 e 1.634 do Código Civil. Perda do poder familiar que se justifica na hipótese dos autos, na forma do artigo 1.638, inciso II, do Código Civil. Recurso não provido.” (TJSP; Apelação Cível 1003316-22.2019.8.26.0007; Relator (a): Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional VII - Itaquera - Vara da Infância e da Juventude; Data do Julgamento: 14/11/2019; Data de Registro: 14/11/2019) (grifos nossos).

⁵³¹ “Art. 19. [...] § 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária

meses, a determinar, ainda, a reavaliação da condição do menor a cada três meses de internação, o que demonstra, claramente, tratar-se de medida provisória e excepcional.

Isso porque, desde que se reconheça o papel fundamental da família como ambiente propício ao melhor desenvolvimento da criança e do adolescente⁵³², deve-se entender que a institucionalização, por privar o menor dessa ambiência benéfica à sua condição, tende a criar empecilhos ao seu pleno desenvolvimento.

A despeito disso, é salutar pontuar que nem todo ambiente familiar é propício a outorgar à criança e ao adolescente as condições adequadas para o seu melhor desenvolvimento. Ao demonstrar essa realidade, destaca-se interessante julgamento realizado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no qual a ministra Nancy Andrigli, em voto exarado nos autos do Habeas Corpus n.º 513874/SP, entendeu que a manutenção do acolhimento da menor era medida que se impunha em razão da flagrante instabilidade emocional estabelecida em sua família, o que, conforme entendeu, não pode ser considerado ambiente “minimamente apropriado para receber a menor em tenra idade”.⁵³³

competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. § 2^ª A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito meses), salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.”

⁵³² Fala-se aqui de famílias que estruturadas no afeto e na observância de seus deveres, possam propiciar este ambiente que gera o sentimento de pertencimento e de acolho às pessoas em pleno desenvolvimento.

⁵³³ “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. HABEAS CORPUS. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE MENOR. APARENTE ADOÇÃO À BRASILEIRA E FRAUDE EM REGISTRO DE NASCIMENTO. RETORNO AO CONVÍVIO FAMILIAR INVIÁVEL, INCLUSIVE EM VIRTUDE DA EXISTÊNCIA DAS DIVERSAS AÇÕES JUDICIAIS QUE ENVOLVEM A GUARDA E A FILIAÇÃO DA MENOR. VÍNCULO BIOLÓGICO, ALIÁS, AFASTADO PELA PROVA TÉCNICA RECENTEMENTE COLHIDA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO, ADEMAIS, NÃO SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADO DIANTE DO ABRIGAMENTO DA MENOR AINDA EM TENRA IDADE. NECESSIDADE DE JUÍZO DE CERTEZA QUE SE AVIZINHA PARA QUE SEJAM TOMADAS MEDIDAS DEFINITIVAS QUANTO À ADOÇÃO, GUARDA E EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. 1- O propósito do presente habeas corpus é definir se deve ser mantida a ordem de acolhimento institucional da menor diante da apuração, pelos graus de jurisdição ordinários, de indícios de fraude em registro de nascimento, burla ao cadastro nacional de adotantes, adoção à brasileira, ausência de vínculo socioafetivo e risco à menor. 2- Conquanto o Superior Tribunal de Justiça tenha firmado entendimento de que o acolhimento institucional de menor é medida de natureza excepcional, devendo ser prestigiada, sempre que possível, a sua manutenção do menor em um ambiente de natureza familiar, os precedentes não se aplicam na hipótese em que o ambiente familiar em que a criança será mantida seja minimamente equilibrado, emocionalmente estável, sólido e apto a recebê-la com conforto, carinho e atenção. 3- **Hipótese em que pendem de decisão de mérito duas ações judiciais, em que são partes aquele que alegava ser pai biológico (o que não se confirmou em recente exame de DNA), a genitora biológica com quem supostamente teria mantido vínculo amoroso no passado e a sua então companheira, pretensa adotante, mas com quem o genitor teria desfeito o vínculo para se relacionar novamente com a mãe biológica.** 4- **Cenário familiar bélico e emocionalmente instável do núcleo familiar, cuja existência e atual composição não se tem sequer certeza, que não pode ser considerado como um ambiente minimamente apropriado para receber a menor de tenra idade,** sobretudo porque somente agora aportaram ao processo elementos probatórios necessários e suficientes para o adequado esclarecimento dos fatos e que, após regular contraditório, serão objeto de decisão de mérito que evidentemente se avizinha. 5- Ordem denegada.” (HC

Em outro julgado, entretanto, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu *habeas corpus* em favor de menor que havia sido institucionalizado em razão de burla ao cadastro nacional de adoção praticado pelos pretensos adotantes⁵³⁴. Na oportunidade, o relator, ministro Paulo de Tarso Sanseverino, asseverou que a despeito da burla ao cadastramento necessário para a realização da adoção, a criança havia sido retirada de ambiente familiar em relação ao qual não havia provas concretas que caracterizassem o seu desabono, razão pela qual se deveria aplicar a primazia do acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional, o que impunha a concessão da ordem, de plano.

Veja-se, portanto, a reconhecida importância de inserção ou manutenção da criança e do adolescente em ambiente familiar dada pelo Estado brasileiro. Não por outro motivo, a Lei n.º 13.509/2017 inseriu no ECA a figura do apadrinhamento⁵³⁵, com o escopo de garantir às crianças e aos adolescentes institucionalizados um mínimo de convivência familiar com pessoas que se disponham a exercer o labor inerente ao apadrinhamento que, nas palavras de Jorge Fulgêncio Chaves⁵³⁶, é proporcionar vínculos afetivos com o afilhado institucionalizado.

É importante ressaltar que o modelo de apadrinhamento não é novo no Brasil, em que pese tenha sido objeto de regulamentação apenas no ano de 2017. De mesmo modo, modelo de apadrinhamento é experienciado desde o ano de 2009 em Portugal (Lei n.º 103/2009)⁵³⁷ com algumas diferenças fundamentais do modelo adotado em território nacional. Isso porque, em

513.874/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 22/11/2019)

⁵³⁴ “HABEAS CORPUS. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO 'INTUITU PERSONAE'. BURLA AO CADASTRO DE ADOÇÃO. BUSCA E APREENSÃO. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL EM ABRIGO. PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Controvérsia a respeito do acolhimento institucional de criança entregue à adoção 'intuitu personae'. 2. Inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus* diretamente neste Superior Tribunal de Justiça em face de decisão de relator que, no tribunal de origem, indeferiu liminar (Súmula 691/STF). Ressalva da possibilidade de concessão da ordem de ofício, conforme jurisprudência desta Corte Superior. 3. Caso concreto em que a criança foi retirada do ambiente familiar e institucionalizada em abrigo com fundamento na burla ao Cadastro Nacional de Adoção. 4. Inexistência, nos autos, de indício de fatos que desabonem o ambiente familiar em que a criança se encontrava. 5. Nos termos do art. 34, § 1º, do ECA: ‘A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei’. 6. Primazia do acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional. Precedentes desta Corte Superior. 7. Existência flagrante ilegalidade no ato coator, a justificar a concessão da ordem de ofício. 8. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.” (HC 487.812/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 01/03/2019)

⁵³⁵ “Art. 19-B. A criança e o adolescente em programa de acolhimento institucional ou familiar poderão participar de programa de apadrinhamento. § 1º O apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro.”

⁵³⁶ CHAVES, Jorge Fulgêncio. O apadrinhamento civil: possibilidades de implementação em Portugal e no Brasil. *Revista Vozes dos Vales da UFVJM*, Minas Gerais, ano I, n. 02, p. 1-21, 2012.

⁵³⁷ Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/103/2009/09/11/p/dre/pt/html>. Acesso em: 09 dez. 2019.

terras portuguesas, o apadrinhamento se apresenta como figura jurídica intermediária entre a filiação e a tutela, pela quantidade e qualidade dos direitos e deveres estabelecidos entre padrinho e afilhado.

Lá, entretanto, a experiência não tem sido tão proveitosa quanto se esperava⁵³⁸, e isso se deve, talvez, à configuração de apadrinhamento adotada naquele país, que estabelece entre as partes uma relação permanente⁵³⁹ com vínculos e poderes próprios da parentalidade, o que inclui a administração dos bens do menor, a inclusão como dependente no imposto de renda daquele país e a responsabilização pelos atos do menor, conforme se depreende da legislação própria.

A despeito da experiência não tão positiva em Portugal com a figura do apadrinhamento, é possível observar que a institucionalização tem sido objeto de preocupação em diversos países que atuam na proteção integral da criança e do adolescente, e, por conseguinte, reconhecem a necessidade de convivência familiar como direito fundamental a eles destinado.

Vistas as figuras da convivência familiar e da perda do poder familiar, ainda que de forma sucinta, resta por fim analisar o modo como o Estatuto da Criança e do Adolescente tratou a questão da adoção. De início, destaca-se a menção do legislador ordinário de que a adoção é medida excepcional que somente pode ser levada a cabo pelo Estado quando da impossibilidade de manutenção da criança ou adolescente com sua família natural ou extensa⁵⁴⁰, a reforçar, ainda uma vez, a necessidade de inserção da pessoa em desenvolvimento em seio familiar.

Ademais, o ECA estabelece como requisito para a realização da adoção que adotante e adotando estabeleçam convívio por período máximo de 90 dias⁵⁴¹, a fim de que se avalie nessa

⁵³⁸ Em notícia publicada no Jornal Diário de Notícias, Ana Malfada Inácio noticiou que apenas 34 das sete mil crianças institucionalizadas de Portugal se beneficiaram do programa que era visto como a solução para a preocupante situação da institucionalização de crianças e adolescentes. INÁCIO, Ana Malfada. Apadrinhamento: a lei que pode tirar mais crianças das instituições e que é ignorada há dez anos. **Diário de Notícias**, 05 maio 2019. Disponível em: <https://www.dn.pt/vida-e-futuro/apadrinhamento-a-lei-que-pode-tirar-mais-criancas-das-instituicoes-e-que-e-ignorada-ha-dez-anos-10860583.html>. Acesso em: 09 dez. 2019.

⁵³⁹ “Artigo 2.º Definição O apadrinhamento civil é uma relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais e que com ele estabeleçam vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento, constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo civil.”

⁵⁴⁰ “Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. § 1.º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.”

⁵⁴¹ A própria mudança no art. 46 do ECA acarretada pela promulgação da Lei n.º 13.509/2017, demonstra a preocupação do legislador ordinário com a manutenção da criança em ambiente familiar. Isso porque o período

fase se o adotante demonstra possuir as condições adequadas para o exercício da paternidade⁵⁴² decorrente do processo adotivo e se a criança ou adolescente adapta-se, efetivamente, à convivência com aquela(s) pessoa(s) que assumirá(ão) o papel parental em sua vida⁵⁴³. Esse período de convivência é dispensável apenas nos casos em que as partes do processo de adoção já possuem período de convivência suficiente para aferir a capacidade e a vontade deles para levar a cabo o referido processo⁵⁴⁴.

Uma análise comparativa do art. 46 do ECA demonstra que, a despeito da importância e da necessidade do período de convivência, o prazo fixado para este fim, que antes era estabelecido pelo Juiz, ante o caso concreto, passou a ter limite máximo de 90 dias, o que demonstra a agilidade que o Estado pretende empregar nos processos de adoção que são, por sua própria natureza e consequências jurídicas, complexos, conforme assinalado alhures.

A título de exemplificação da celeridade que o Estado tem demonstrado em retirar as crianças e adolescentes do convívio institucional, pode-se destacar a Lei nº 12.955/2014⁵⁴⁵ que inseriu o §9.º no art. 47 do ECA, a determinar que os processos de adoção de crianças e adolescentes com doenças crônicas ou com deficiência teriam prioridade na tramitação. Sobre a referida legislação, em oportunidade pretérita⁵⁴⁶, analisou-se a sua potencial efetividade, ao apontar-se, naquela oportunidade, que, em razão das diversas prioridades processuais pré-existentes, dentre as quais se destacam aquelas outorgadas ao idoso e à mulher, a Lei nº

que antes era determinado pelo juízo competente para o julgamento da adoção, passou a ter o prazo máximo de 90 dias, a fim de diminuir o lapso temporal de convivência “precária” entre as partes e, de mesmo modo, possibilitar que o processo de adoção se dê de modo mais eficaz e eficiente.

⁵⁴² “Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso.”

⁵⁴³ Nesse sentido, José de Farias Tavares assevera que “o estágio de convivência propicia condições de conhecimento mútuo entre aqueles que se preparam para a séria e grave vinculação familiar, completa e definitiva. Destina-se ao aferimento dos atributos pessoais, ou incompatibilidades.” TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 46-47. Em que pese a manifestação dos autos tenha se dado antes da alteração legal perpetrada pela Lei nº 13.509/2017 que, estabeleceu o prazo de 90 dias como período máximo de convivência familiar, a lógica da necessidade de período tal para que os possíveis familiares se conheçam e se entendam permanece.

⁵⁴⁴ “§ 1º-O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.”

⁵⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 12.955/2014**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112955.htm. Acesso em: 09 dez. 2019.

⁵⁴⁶ ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo; BRAGA, André Luiz Albuquerque Gomes da Silva. Lei 12955-2014. Igualitária e efetiva. In: AMARAL, Sérgio Tibiriçá do (org.). **Sistema constitucional de garantias: ensaios e reflexões**. Birigui: Boreal, 2014, p. 110-125.

12.955/2014 estaria fadada ao insucesso. A ineficácia da lei foi posteriormente confirmada⁵⁴⁷, ainda que por outros motivos.

Independentemente disso, a legislação tinha o propósito de garantir a curta permanência de crianças e adolescentes, com os caracteres físicos que impõem maior cuidado, em instituição de acolho, a denotar ainda mais a temporalidade da medida, sobretudo para as pessoas que, a despeito de vivenciarem o pleno desenvolvimento de sua personalidade, enfrentam outros desafios físicos.

3.3.3 *O Estatuto do Idoso e a garantia à convivência familiar*

É preciso pontuar, antes de apresentar os aspectos das disposições da referida lei que impactam a temática abordada na presente pesquisa, que a Constituição da República de 1988, como havia feito em outros segmentos, neste aspecto inovou de forma eficaz e garantista quando elencou, dentre os preceitos estabelecidos no art. 230, direitos e garantias às pessoas idosas. Isso porque, à época de sua promulgação, o Brasil ainda possuía população eminentemente jovem⁵⁴⁸ e experimentava um *boom* demográfico.⁵⁴⁹

Em que pese não conste do texto constitucional, a pessoa idosa também tem assegurado o direito de convivência familiar e comunitária, por meio do art. 3.º da Lei nº 10.741/2003, que instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o Estatuto do Idoso, cujo objetivo é regulamentar e assegurar os direitos destinados às pessoas idosas que, segundo a mencionada lei, é a pessoa que conta com idade igual ou superior a 60 anos.^{550 551}

⁵⁴⁷ XAVIER, Luiz Gustavo. **Lei que facilita adoção de criança com deficiência completa 2 anos sem muitos resultados.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cpd/noticias/lei-que-facilita-adocao-de-crianca-com-deficiencia-completa-2-anos-sem-muitos-resultados>. Acesso em: 09 dez. 2019.

⁵⁴⁸ CAROLINO, Jacqueline Alves; SOARES, Maria de Lourdes; CÂNDIDO, Gesinaldo Ataíde. Envelhecimento e cidadania: possibilidades de convivência no mundo contemporâneo. **Qualitas Revista Eletrônica**, [s.l.], v. 11, n. 1, apr. 2011. ISSN 1677-4280. Disponível em: <http://revista.uepb.edu.br/index.php/qualitas/article/view/1182/597>. Acesso em: 05 dez. 2019.

⁵⁴⁹ ESTAS são as décadas em que o Brasil começou a mudar de fato. **Exame**. <https://exame.abril.com.br/brasil/estas-sao-as-decadas-em-que-o-brasil-comecou-a-mudar-de-fato/>. Acesso em: 20 dez. 2019.

⁵⁵⁰ “Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”

⁵⁵¹ Acerca do critério etário para a conceituação do Idoso destaca-se a manifestação de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Marília Ferreira de Barros no sentido de que, além da idade, outros fatores devem ser levados em consideração para tornar possível a determinação de dada pessoa como idosa. VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, fev. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66610>. Acesso em: 17 jan. 2020.

O art. 3.º do mencionado diploma legal, em similaridade ao que faz o art. 227 da Constituição da República, estabelece rol de direitos a serem assegurados ao idoso pela família, pela comunidade e pelo Estado, dentre os quais se têm o direito à vida, à liberdade, à dignidade e à convivência familiar, que se perfaz no objeto de análise do presente item. Destaca Sibhelle Katherine Nascimento que tais direitos devem ser observados com prioridade absoluta, por força do dispositivo do Estatuto do Idoso mencionado⁵⁵².

Veja-se que, mais uma vez, o legislador brasileiro destaca a importância da inserção das pessoas em ambiente familiar, pois que não se pode presumir que a convivência familiar possa se dar fora do lar, ou seja, que ele possa ser concretizado sem que a pessoa sob análise esteja inserida em entidade familiar. O que destaca, também, a institucionalização como última medida a ser adotada para a proteção e a promoção das pessoas idosas⁵⁵³, tendente a ser sempre temporária.

Acerca da importância da manutenção da pessoa idosa em seu convívio de família, Fernanda Galvan e Maria de Lourdes Alves Lima Zanatta⁵⁵⁴ asseveram que o grupo familiar deve despender energia na consecução da interação social da pessoa idosa⁵⁵⁵, bem como proporcionar ao idoso a garantia de cuidados que mantenham sua saúde física e mental que, pelas próprias características pessoais, encontra-se, usualmente, em decadência⁵⁵⁶.

Nesse ponto, é oportuno ressaltar que a ideia de idoso como pessoa debilitada e dependente tem sido superada no Brasil e no mundo, de forma geral. Segundo aponta Mariana Lenharo⁵⁵⁷, parcela significativa da população idosa brasileira se encontra em pleno gozo de suas capacidades laborais, a contribuir para a força de trabalho nacional⁵⁵⁸, o que demonstra a

⁵⁵² NASCIMENTO, Sibhelle Katherine. A proteção do idoso no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil** – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 22, p. 17-32, out./dez. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/500/326>. Acesso em: 20 jan. 2020.

⁵⁵³ Nesse sentido também se manifesta Pérola Melissa Vianna Braga ao asseverar que “no Brasil, diferentemente de outros países, a família aparece como principal responsável pelo idoso. E apenas o idoso sem família, ou com família carente, será responsabilidade do Estado”. BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 14.

⁵⁵⁴ GALVAN, Fernanda; ZANATTA, Maria de Lourdes Alves Lima. A proteção dos direitos sociais e garantias constitucionais na fragilidade de idosos em vulnerabilidade social. **Trayectorias Humanas Trascontinentales** [En ligne], 5, 2019. Disponível em: <https://www.unilim.fr/trahs/1465>. Acesso em: 05 dez. 2019.

⁵⁵⁵ Perspectiva essa prevista na norma constitucional (art. 230).

⁵⁵⁶ NAVARRO, Fabiana Magalhães; MARCON, Sônia Silva. Convivência familiar e independência para atividades de vida diária entre idosos de um centro DIA. **Cogitare Enfermagem**, [s.l.], v. 11, n. 3, dez. 2006. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/7306/5238>. Acesso em: 05 dez. 2019.

⁵⁵⁷ LENHARO, Mariana. Mundo terá 1 bilhão de idosos em dez anos e falta estratégia, adverte ONU. **Estadão**. São Paulo, 02 out. 2012. Caderno Geral. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,mundo-tera-1-bilhao-de-idosos-em-dez-anos-e-falta-estrategia-adverte-onu-imp-,938764>. Acesso em: 05 dez. 2019.

⁵⁵⁸ Pode-se destacar como exemplo a Emenda Constitucional 88/2015 que possibilitou a prorrogação da permanência do servidor idoso no serviço público, desde que atendidos os critérios de Lei Complementar a ser

sua participação efetiva na produção laboral e de riqueza para o país e garante a essa população a inclusão social necessária para a manutenção de seu vigor físico, mental e espiritual.

Entretanto, seja o idoso ativo ou não, o aparato familiar tem fundamental importância na sua proteção e na promoção de seus interesses. Como ressalta Paula Guimarães⁵⁵⁹, a família é a linha da frente da relação humanizada, personalizada e dignificante da pessoa, em qualquer fase da vida e em qualquer idade e, se tem por função proteger as pessoas em desenvolvimento – crianças e adolescentes –, tem também, por outro lado, o dever de amparar e proteger a pessoa idosa por ser a sociedade familiar o primeiro escudo protetor contra ameaças a seus direitos mais caros, que vão desde a integridade física, até o direito à honra e à imagem.

Essa lógica de reciprocidade entre os integrantes da relação familiar levou ao entendimento, por parte da doutrina⁵⁶⁰, da existência de princípio constitucional da solidariedade decorrente dos direitos e deveres recíprocos de assistência estabelecidos entre pais e filhos pelo art. 229 do texto constitucional e cujo descumprimento do dever de cuidado dos pais em relação aos filhos tem gerado dever de indenização por parte daquele que descumpre o mencionado dever em favor da outra parte que deixou de receber os cuidados devidos, conforme ressaltam Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira⁵⁶¹, em razão do dano potencial ou concreto causado pela inobservância do mencionado dever.

Outrossim, é importante notar que, ainda mais uma vez, o Estado, ao reconhecer o seu natural distanciamento do indivíduo, outorga ao núcleo social mais próximo da pessoa – a família –, o dever de zelar pelo fiel cumprimento dos direitos a ela garantidos. O que denota que o ideário da família como base da sociedade não pode estar vinculado à lógica procriacionista, senão ao desenvolvimento de comportamentos conscientes de liberdade,

editada pelo Congresso Nacional. A referida EC prolongou, de forma imediata a permanência, até os 75 de idade, dos Ministros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União.

⁵⁵⁹ GUIMARÃES, Paula. Famílias e envelhecimento - como reinventar a história do capuchinho vermelho. *In: A pessoa idosa e a sociedade, Perspectiva Ética, Lisboa*, Atas do VI Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, presidência do conselho de ministros, 2000, p. 94. (Coleção Bioética VI).

⁵⁶⁰ Os entendimentos de GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais e direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/2008: família, criança adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 73-75 e MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do direito de família e guarda dos filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 38, são no mesmo sentido.

⁵⁶¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 117-139, set./dez. 2016.

solidariedade e afeto, sem os quais a manutenção de idosos em suas relações familiares não seria compreensível, já que, em idade avançada, e com as debilidades naturais da idade, a procriação não é o ideal, o desejo ou o intento das pessoas na terceira idade.

A preocupação com a temática tem grande relevância no estágio atual de desenvolvimento demográfico brasileiro, uma vez que o Brasil se encontra em rápido processo de envelhecimento de sua população⁵⁶². Desse modo, a tratativa da pessoa idosa – que antes se imiscuia a decisões domésticas⁵⁶³ – passa a ser matéria de relevância pública, sobretudo em razão da prescrição de direitos fundamentais fincados pelo texto constitucional que fora complementado pelo Estatuto retromencionado, que visam, acima de tudo, garantir ao idoso o desempenho de sua cidadania⁵⁶⁴ e dignidade.

Nesse diapasão, a convivência familiar e comunitária é assaz importante para a integração da pessoa idosa ao meio social, sobretudo pela influência benéfica que ela pode fornecer ao meio familiar e pela proteção física, psicológica e moral que a família pode propiciar à pessoa idosa, o que, de regra, não pode ser outorgado pelas instituições de internação, pela ausência do elemento fundamental para tanto, o afeto.

3.3.4 *O direito à família entabulado no Estatuto da Pessoa com Deficiência*

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.156/2016), pautado na Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, primeira legislação internacional internalizada por meio do quórum previsto no §3.º do art. 5.º do texto constitucional – a tratar, assim, de Emenda à Constituição da República Federativa do Brasil –, trouxe grande avanço na tratativa

⁵⁶² “[...] de acordo com os resultados das projeções divulgadas pelo IBGE, configuravam, em 2010, um contingente de 19,6 milhões de pessoas, devendo aumentar para 66,5 milhões em 2050 (PROJEÇÕES [...], 2013b). Daí, a importância de aprofundar alguns pontos relacionados à questão do processo de envelhecimento da população brasileira e seus desdobramentos futuros. [...] percebe-se um aumento constante do índice de envelhecimento da população brasileira. Na fase inicial da transição da fecundidade (1970), esse índice, que era de apenas 12,1 idosos para cada 100 crianças e adolescentes de 0 a 14 anos de idade, passou para 39,3 em 2010 e, em 2020 e 2050, as estimativas projetam, respectivamente, de 66,1 e 208,7 idosos para cada 100 crianças (Tabela 26 e Gráfico 33).” SIMÕES, Celso Cardoso da Silva. **Relações entre as alterações históricas na dinâmica demográfica brasileira e os impactos decorrentes do processo de envelhecimento da população**. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98579.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

⁵⁶³ CAROLINO, Jacqueline Alves; SOARES, Maria de Lourdes; CÂNDIDO, Gesinaldo Ataíde. Envelhecimento e cidadania: possibilidades de convivência no mundo contemporâneo. **Qualitas Revista Eletrônica**, [s.l.], v. 11, n. 1, abr. 2011. Disponível em: <http://revista.uepb.edu.br/index.php/qualitas/article/view/1182/597>. Acesso em: 05 dez. 2019.

⁵⁶⁴ Tratando da temática, Thomas H. Marshal assevera que a cidadania é composta por vários elementos que vão desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social do meio em que está inserido. Além disso, assevera o autor que a cidadania se desdobra em três espécies distintas de direitos, quais sejam os civis, os políticos e os sociais. MARSHAL, Thomas H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

da temática da pessoa com deficiência, sobretudo no que se refere à sua capacidade de civil, ou seja, na possibilidade de a pessoa com deficiência praticar atos da vida civil de forma válida e eficaz⁵⁶⁵.

Antes do advento do referido Estatuto, a pessoa com deficiência tinha assegurada a capacidade de direito⁵⁶⁶, em razão do seu nascimento com vida, mas não tinha direito ao exercício da capacidade de fato⁵⁶⁷, haja vista estarem inseridas no rol de pessoas que o Direito, a título de proteção, impossibilitava de praticarem atos jurídicos de forma livre, em razão da presunção de falta de discernimento para a compreensão dessas práticas e suas consequências no plano dos fatos e do direito⁵⁶⁸.

No que diz respeito à questão familiar, propriamente dita, o Estatuto sob análise trouxe disposições de grande relevância para a temática, tais como os incisos do art. 6.º da referida lei que se passa à análise. O *caput* do referido dispositivo ressalta a ideia de capacidade da pessoa com deficiência para a prática dos atos da vida civil de forma genérica, a deixar ao Estado, por meio da figura do juiz, decidir em quais casos essa capacidade não poderá ser exercida em razão do comprometimento da consciência ou do discernimento da pessoa com deficiência⁵⁶⁹.

Além da expressa previsão de capacidade civil como regra das pessoas com deficiência, e em consequência desta constatação que se transmudou em preceito normativo, os incisos do

⁵⁶⁵ Apresentam entendimento no mesmo sentido GOZZO, Débora; MONTEIRO, Juliano Ralo. A concretização da autonomia existencial e a Lei n. 13.146/15: apontamentos sobre o casamento da pessoa com deficiência. **Civilistica.com.**, Rio de Janeiro, ano 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/a-concretizacao-da-autonomia-existencial/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁵⁶⁶ Que nas palavras de Álvaro Vilaça de Azevedo, “é a aptidão para adquirir direitos”. AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. **Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 33.

⁵⁶⁷ Que se traduz na aptidão para exercer os direitos da vida civil. *Ibid.*, 2019, p. 33.

⁵⁶⁸ O CCB/02 estabelecia, em seu artigo 3º, que eram absolutamente incapazes os menores de 16 anos, aqueles que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, bem como os que, mesmo em razão de causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. O Direito afasta tais pessoas da atividade jurídica por considerá-las desprovidas do necessário discernimento, em razão de não terem ainda a idade necessária, de enfermidade mental ou de alguma causa transitória que lhes impeça a livre manifestação de vontade. MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio/ago. 2016.

⁵⁶⁹ A manifestação do juízo, no entendimento de Francisco Amaral dar-se-á em processo de interdição, cuja consequência será a outorga de curador à pessoa com deficiência mental grave no caso de ser dada procedência ao pedido de interdição. Destaca ainda o autor que a sentença não possui efeitos retroativos, o que não impede, entretanto, a declaração de nulidade dos atos praticados anteriormente, desde resulte provada a incapacidade do agente no momento em que os praticou. AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 9. ed. rev. modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 335.

art. 6^o⁵⁷⁰ do Estatuto mencionado prescreve diversos direitos atribuídos à pessoa com deficiência com o viés de garantir o exercício de sua autonomia⁵⁷¹. Dentre os direitos ali delineados, mostram-se assaz importantes para o escopo do presente trabalho aqueles entabulados nos incisos I, II, III e V, conforme se passará a discorrer.

O inciso de abertura do art. 6.º do referido Estatuto estabelece a possibilidade de contração do matrimônio ou de estabelecimento da relação convivencial pela pessoa com deficiência. A previsão é importante para demonstrar que o casamento e a união estável são vistos pelo legislador ordinário, de modo geral, como institutos que, a despeito das diferenças formais que possuem, tem a mesma finalidade, qual seja, garantir o exercício de vontade das pessoas de unirem suas vidas às de outras pessoas de forma a estabelecerem comunhão plena.

Veja-se, ainda, que a ideia de matrimônio e de união estável está inteiramente dissociada da lógica de exercício da liberdade sexual, do direito ao planejamento familiar e do direito à família previstos nos incisos II, III e V do referido Estatuto, a salientar a ideia de dissociação entre família e matrimônio/união estável, anteriormente assinalada. Tal segregação é importante, pois destaca que: a um, o casamento não possui mais o viés meramente autorizativo para prática de relações sexuais entre as pessoas⁵⁷², que o adotam como meio de construção da própria felicidade e, tampouco, se apresenta como instrumento à consecução da reprodução humana e consequente estabilização e crescimento populacional.

Além disso, a separação dos institutos do casamento, liberdade sexual e planejamento familiar no Estatuto da Pessoa com Deficiência só vem reforçar a ideia anteriormente exposta, no sentido de que as pessoas mesmo solteiras, deficientes ou não, têm o direito de planejar a formação de sua entidade familiar – entendida aqui como família monoparental – da forma que lhe aprouver, sendo balizada, apenas, pelos princípios da paternidade-maternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, excluída da equação a necessidade de

⁵⁷⁰ “Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

⁵⁷¹ GOZZO, Débora; MONTEIRO, Juliano Ralo. A concretização da autonomia existencial e a Lei n. 13.146/15: apontamentos sobre o casamento da pessoa com deficiência. **Civilística.com.**, Rio de Janeiro, ano 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/a-concretizacao-da-autonomia-existencial/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁵⁷² Nas palavras de Clóvis Beviláqua o casamento é o contrato bilateral e solene, por meio do qual homem e mulher se unem indissolúvelmente, legalizam suas relações sexuais e estabelecem a mais estreita comunhão de vida e de interesses, comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer. BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 1903, p. 20.

contração de matrimônio para tanto. Ademais, prescreve que o exercício da liberdade sexual não está condicionado à existência de parceiro fixo com quem se tenha contraído matrimônio ou união estável.

Por fim, o inciso V estabelece, de forma literal e expressa, o direito à família e à convivência familiar à pessoa com deficiência. Existem, portanto, dois direitos distintos que são garantidos pelo mencionado dispositivo legal que se complementam e que auxiliam grandemente na construção do entendimento que se intenta demonstrar. Explica-se.

O referido inciso garante o direito à convivência familiar a pessoas com deficiência tal qual o art. 227 do texto constitucional e o art. 4º do ECA haviam feito em relação à criança e ao adolescente, bem como o art. 3º do Estatuto do Idoso havia deferido à pessoa na terceira idade, todos já apresentados e analisados. Entretanto, é oportuno ressaltar, ainda uma vez, que o direito de convivência familiar visa garantir que a pessoa – independentemente de suas características físicas – possa manter relação cotidiana e contínua de convivência com as pessoas em relação às quais mantenha vínculo jurídico-afetivo, ainda que se trate – como exemplificado anteriormente – de família substitua ou adotiva.

Nisso o Estatuto da Pessoa com Deficiência não inova – a não ser, é claro, pelo fato de outorgar de forma expressa esse direito às pessoas com deficiência –, mas inova grandemente ao dizer o óbvio, qual seja, a necessidade de se garantir às pessoas o direito à família de forma anterior à garantia da convivência familiar. É dizer, a garantia de convivência familiar só restará plenamente atendida se, antes disso, for garantido às pessoas o direito a estarem inseridas em alguma entidade familiar⁵⁷³.

O raciocínio, apesar de óbvio, não parece ser compreendido por todos aqueles que se debruçam para analisar as normas atinentes à relação familiar estabelecidas ou internalizadas pelo Brasil. A razão para essa aparente incompreensão decorre do fato de o direito à família não ter sido claramente delimitado pelo constituinte no texto de 1988. A falta de previsão expressa, entretanto, não impede o reconhecimento de tal direito e sua fundamentalidade, conforme se demonstrará a seguir.

3.4 Do direito à família

⁵⁷³ Entendimento similar foi apontado por Joyceane Bezerra de Menezes e Cecília Barroso de Oliveira ao assinalarem a necessidade de garantir às pessoas homoafetivas o direito à construção de entidade familiar. MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. Direito fundamental à constituição de entidade familiar por pessoa homossexual. *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 15, n. 1, p. 61-74, jan./abr. 2010.

Como asseverado ao final do item precedente, a Constituição da República de 1988 não apresenta dispositivo específico a estabelecer e garantir às pessoas humanas o direito à família, ou seja, o direito de construir entidade familiar com as peculiaridades resultantes das características de cada indivíduo que se proponha à construção dessa entidade basilar da sociedade. Sequer há disposição expressa a entabular direito à construção das entidades familiares constitucionalmente previstas: matrimonial, convivência e monoparental.

Nesse sentido, o constituinte apenas elencou a possibilidade de formação da entidade familiar a quem seria outorgada proteção especial, conforme assinalado linhas atrás. De modo diferente, diversos textos constitucionais estrangeiros optaram por garantir, expressamente, o direito à família. Dentre as constituições passíveis de apontamento, destacam-se aquelas de países que, como o Brasil, possuem a língua portuguesa como oficial e que foram promulgadas entre os anos 1990 e 2000.

A Constituição de Angola, por exemplo, após afirmar que a família merece proteção especial do Estado e se funda no matrimônio e na união estável, assevera que a todos é concedido o direito de formar entidade familiar que atenda aos requisitos estabelecidos naquele texto constitucional e na legislação infraconstitucional daquele respectivo país⁵⁷⁴. De modo similar, a Constituição da República Democrática de Timor Leste destaca o direito à constituição da família e à vivência familiar⁵⁷⁵, em similitude à convivência familiar prevista no texto constitucional brasileiro, anteriormente tratada. Igualmente sucede na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Federativa da China⁵⁷⁶, na Constituição da República de Cabo Verde⁵⁷⁷ e no texto fundamental da República democrática

⁵⁷⁴ “Art. 35 1. A família é o núcleo fundamental da organização da sociedade e é objecto de especial protecção do Estado, quer se funde em casamento, quer em união de facto, entre homem e mulher. 2. Todos têm o direito de livremente constituir família nos termos da Constituição e da lei.” ANGOLA. **Constituição da República da Angola**. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/ao/ao001pt.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

⁵⁷⁵ “Artigo 39.º 1. O Estado protege a família como célula base da sociedade e condição para o harmonioso desenvolvimento da pessoa. 2. Todos têm direito a constituir e a viver em família. 3. O casamento assenta no livre consentimento das partes e na plena igualdade de direitos entre os cônjuges, nos termos da lei. 4. A maternidade é dignificada e protegida, assegurando-se a todas as mulheres protecção especial durante a gravidez e após o parto e às mulheres trabalhadoras direito a dispensa de trabalho por período adequado, antes e depois do parto, sem perda de retribuição e de quaisquer outras regalias, nos termos da lei.” TIMOR LESTE. **Constituição da República Democrática**. Disponível em: http://timor-leste.gov.tl/wp-content/uploads/2010/03/Constituicao_RDTL_PT.pdf. Acesso em: 11 dez. 2019.

⁵⁷⁶ “Artigo 38. A liberdade de contrair casamento e o direito de constituir família e de livre procriação dos residentes de Macau são legalmente protegidos”. CHINA. **Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Federativa da China**. Disponível em: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/leibasica/index.asp>. Acesso em: 11 dez. 2019.

⁵⁷⁷ “Artigo 81. 1. A família é o elemento fundamental e a célula base de toda a sociedade. 2. A paternidade e maternidade são valores sociais eminentes. 3. Todos têm o direito de constituir família.” CABO VERDE. **Constituição da República de Cabo Verde**. Disponível em: <https://www.governo.cv/governo/constituicao/>.

de São Thomé e Príncipe⁵⁷⁸ – que possui previsão idêntica àquela contida na Constituição portuguesa⁵⁷⁹.

Veja-se, portanto, que os referidos textos constitucionais promulgados nas décadas de 90 e nos anos 2000 – com exceção da Constituição portuguesa, que passou por profunda reforma no ano de 2005, mas que teve sua promulgação em período anterior ao sobredito –, possuem preceitos normativos que preveem o direito à constituição de entidade familiar, que é outorgado aos cidadãos e residentes daqueles países, o que denota preocupação com a garantia de que todos aqueles que se vinculam aos referidos Estados formados tenham acesso à inclusão na célula *mater* social que, em todas as constituições mencionadas, recebem especial proteção do Estado.

Preocupação similar se denota na Constituição da República Federativa do Brasil, inclusive com maior número de dispositivos a tratar da temática familiar e, até certo ponto, com maior densidade que nas constituições dos referidos países irmãos, o que, conforme demonstrado alhures, se prorroga à normativa infraconstitucional e, inclusive, infralegal⁵⁸⁰ – temática esta não abordada no presente trabalho. Assim é que ao tomar o critério sistemático para fundamentar a análise das disposições promulgadas pelo constituinte brasileiro e pelo legislador infraconstitucional – tanto no que diz respeito às normativas por ele desenvolvidas, bem como aquelas normas internacionais que foram internalizadas com seu auxílio –, é possível e necessário reconhecer a existência de direito à entidade familiar que é outorgado a todos os cidadãos e residentes do país.

A fundamentalidade do referido direito à família encontra embasamento jurídico na necessidade de se garantir às pessoas humanas, sobretudo aquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade, a inserção em seio familiar acolhedor e protetor que possua como escopo garantir a atenção aos direitos básicos das pessoas que o compõem.

Acesso em: 11 dez. 2019.

⁵⁷⁸ “Artigo 26. 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.” REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE SÃO THOMÉ E PRÍNCIPE. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/saotomeeprincipe/constituicao/constituicao-da-republica-democratica-de-s.tome-e>. Acesso em: 11 dez. 2019.

⁵⁷⁹ “Artigo 36. 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.” CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 11 dez. 2019.

⁵⁸⁰ Como exemplo de normas infralegais que tratam da temática familiar com o viés protecionista estabelecido pelo texto constitucional pode-se destacar as Resoluções 175/2013 e 289/2019 do Conselho Nacional de Justiça que, apesar da controversa relacionada à competência do referido Órgão para a formulação das normas com o conteúdo que possuem, tem claro escopo de proteger a formação de entidades familiares e assegurar às crianças e adolescentes o atendimento ao direito de convivência familiar.

Os preceitos normativos que estabelecem essa manutenção/inclusão das pessoas em entidade familiar são reincidentes em diversas leis esparsas, algumas delas analisadas anteriormente, o que sustenta a necessidade da entidade familiar à plena formação da pessoa humana e à manutenção da saúde física e mental do ser humano, o que o torna, por conseguinte, materialmente fundamental à consecução da manutenção da dignidade humana.

4 DO DIREITO FUNDAMENTAL À FAMÍLIA E À LIBERDADE DE (CON)FORMAÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR

No capítulo imediatamente anterior foi defendida a existência de direito fundamental à família, cuja demonstração seria deixada para o capítulo seguinte. Tem-se, então, que demonstrar a existência do referido direito fundamental e, mais que isso, discutir a possibilidade de construção de outro direito necessário ao pleno desenvolvimento da personalidade do ser humano que se relaciona com a possível formação da entidade familiar da maneira que lhe convier, segundo os ditames de sua vontade, sem que seja necessária a observância do modelo nuclear matrimonial secularizado pela história ocidental e que fora, como demonstrado alhures, fortemente desenvolvido no ordenamento jurídico pátrio ao longo de sua existência soberana.

Para esse alcance, faz-se necessário o apontamento da lógica dos direitos fundamentais e de seus elementos históricos e fáticos, ainda que brevemente, de modo que permitam o seu reconhecimento como direitos imanentes à dignidade humana. Deve-se ressaltar, entretanto, que o discurso que se pretende desenvolver buscará não se utilizar de argumentos relacionados, exclusivamente, à dignidade da pessoa humana e à igualdade, visto que muitos autores defenderam tais posicionamentos, chegando a ser afirmado que o conteúdo da dignidade humana encontrava-se em via de esvaziamento axiológico, dada a quantidade de casos em que o referido fundamento fora apresentado como razão para essa ou aquela decisão jurisprudencial ou científica.

Desse modo, parte-se da premissa de que a dignidade humana é fato dado e reconhecido pelo ordenamento jurídico e seus intérpretes, que além de ser responsável pela conformação do ordenamento em si atua diretamente na interpretação e na aplicação das normas por parte daqueles que se arvoram nesse labor. De modo similar, entende-se que a igualdade de tão mencionada e defendida não precisa mais ser desenvolvida desde o seu nascedouro, de modo que cabe aqui apenas a análise de sua aplicabilidade aos casos que serão apresentados como paradigmas para a defesa do entendimento que se pretende construir.

Isso não significa dizer, entretanto, que os princípios supramencionados não serão referidos e que não estão na base da argumentação que se desenvolverá, porque eles são parte dos alicerces que mantêm o direito garantista e protetivo erigido pela Constituição de 1988. O que se quer dizer é que as bases de tais princípios serão tidas como pressupostos devidamente apresentados e desenvolvidos pela doutrina nacional e estrangeira, não havendo necessidade de se repetir argumentos apresentados.

Antes de tudo, porém, entende-se necessário apresentar, de maneira breve, a conceituação de direitos fundamentais, a fim de que as bases necessárias para a compreensão do estudo sejam devidamente alicerçadas e a fim de permitir uma introdução propedêutica e sistematizada, ainda que em escala reduzida de abrangência, da matéria a ser tratada.

4.1 Dos direitos fundamentais

Antes de adentrar na tratativa específica do direito fundamental que se propõe, entende-se necessário apontar as premissas básicas da referida modalidade de direito, tendo em vista que é com esteio nessas premissas que se buscará formular o entendimento que se apresenta como cerne central da presente pesquisa.

Desse modo, com o fito de garantir que a construção da ideia proposta se dê de forma lógico-racional e a levar em conta as manifestações doutrinárias que a precedem e lhe servem de base, aponta-se pela imprescindibilidade de apresentar a delimitação conceitual do direito fundamental, bem como examinar o modo pelo qual ele se projeta nos ordenamentos jurídicos, além, é claro, de demonstrar os efeitos que o reconhecimento de um dado direito fundamental gera no ordenamento em que está inserido.

4.1.1 Delimitação conceitual

Historicamente, os direitos fundamentais são o reconhecimento, por meio do texto constitucional, da condição humana e dos direitos inerentes a esta condição que se apresentam de forma a garantir a limitação do Estado no que pertine às interferências que este poderia empregar na vida das pessoas que compõem o seu quadro social. Observa-se que nesse entendimento tem-se forte viés jusnaturalista, pois se reconhecem os direitos inerentes aos seres humanos como antecedentes à formação do próprio Estado⁵⁸¹.

⁵⁸¹ Nesse mesmo sentido, tem-se a manifestação de HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Revista Direito e Democracia*, Canoas, v. 1, n. 1, 1º sem. 2000, p. 113-122.

Otfried Höffe⁵⁸², entretanto, diferencia os direitos humanos dos direitos fundamentais ao assegurar que aqueles são padrões morais em relação aos quais a ordem jurídica deveria se submeter, enquanto estes são normas jurídicas limitadas à respectiva coletividade e possuem vigência jurídica.

Entendimento similar é apresentado por Dimoulis e Martins⁵⁸³, para quem os direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos dispostos na Constituição e que, por isso, “encerram caráter supremo dentro do Estado”, com o objetivo de limitar a atuação deste no que pertine à minoração das liberdades individuais. Veja-se que os autores apontam para a previsão de tais direitos em normas constitucionais, ou seja, trata-se de valores positivados pelo direito interno, como afirmara Höffe.

É dizer, os direitos fundamentais manifestam-se por meio de dispositivos constitucionais e tem como escopo limitar a atuação do Estado nas interferências que ele possa vir a fazer em relação à liberdade das pessoas que o compõem, ao se apresentar como verdadeiro elemento nuclear dos Estados Democráticos de Direito. Vê-se, assim, que os autores ressaltam a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, ou seja, declaram como sendo fundamentais apenas aqueles direitos exarados pelo texto constitucional, “mesmo quando o alcance ou relevância social forem relativamente limitados”⁵⁸⁴.

Nessa mesma direção é a manifestação de Jorge Miranda⁵⁸⁵, para quem a presença da espécie supramencionada de direitos no texto constitucional transfere deste para aqueles o caráter de fundamentalidade que tem por escopo impor sua observância a todas as entidades públicas e privadas. O referido autor, entretanto, não despreza a natureza material dos direitos fundamentais, posto reconhecer que tais direitos são dirigidos aos homens em razão da sua característica humana⁵⁸⁶, ou seja, independentemente de previsão expressa em dado ordenamento jurídico.

⁵⁸² HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 417.

⁵⁸³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 52.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, 2018, p. 53.

⁵⁸⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV, p. 52.

⁵⁸⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV, p. 53.

Bodo Piroth e Bernhard Schlink⁵⁸⁷, ao apresentar evolução dos direitos fundamentais na doutrina e na jurisprudência alemã, apontam no sentido de que, do ponto de vista histórico, os direitos fundamentais são direitos do indivíduo anteriores ao Estado e que legitimam a origem do próprio Estado⁵⁸⁸ e limitam a sua atuação. De outro lado, entendem serem direitos fundamentais, também, aqueles que são outorgados aos indivíduos, não pela sua origem humana, mas pela inserção no conjunto de indivíduos membros do Estado⁵⁸⁹. Finalizam a análise, ao apontar, de forma sucinta, a ideia de que os direitos fundamentais que vinculam o Estado, cuja particularidade essencial é a previsão constitucional⁵⁹⁰.

Em sentido similar, Rafael Xerez⁵⁹¹ defende que os direitos fundamentais são posições subjetivas de vantagem do indivíduo em relação ao Estado, estabelecidas por normas constitucionais.

No que diz respeito à previsão constitucional dessa classe de direitos, há entendimento doutrinário largamente disseminado no sentido de que a previsão no texto constitucional de direitos básicos com escopo de proteção do indivíduo e de seu desenvolvimento humano é o que diferencia os direitos fundamentais dos direitos humanos⁵⁹², sendo estes aquelas previsões internacionais com viés protetivo que, ao serem internalizadas nas soberanias, por meio do processo de constitucionalização de tais direitos, passam a ser nomeados de direitos fundamentais⁵⁹³.

Vê-se, portanto, que os direitos fundamentais caracterizam-se formalmente pela previsão no texto constitucional, do qual tiram sua força normativa⁵⁹⁴, e materialmente pelo

⁵⁸⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução de António Francisco de Souza, António Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 50.

⁵⁸⁸ Entendimento este que se mostra similar à ideia exortada por Carl Schmitt acerca dos direitos fundamentais, para quem os direitos fundamentais não são outorgados pelo Estado, mas apenas tem sua importância por ele reconhecida, exatamente porque aqueles antecedem a este. Assevera ainda o autor que os direitos fundamentais são apenas aqueles ligados à liberdade do homem frente ao Estado. SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Traducción Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 1996, p. 169-170.

⁵⁸⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, *op. cit.*, 2019, p. 50.

⁵⁹⁰ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard, *op. cit.*, 2019, p. 51.

⁵⁹¹ XEREZ, Rafael. **Concretização dos direitos fundamentais: teoria, método, fato e arte**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014, p. 05.

⁵⁹² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70-71.

⁵⁹³ Entendimento diferente é apresentada por Martín Borowski, que defende serem os direitos humanos prescrições meramente morais de defesa dos indivíduos, enquanto que os direitos fundamentais – que podem ser internacionais ou nacionais – são as prescrições formuladas por meio de enunciados normativos cuja observância é obrigatória para o(s) Estado(s) cuja constituição se analisa ou que se fez signatário de norma internacional, bem como é de obrigatória observância aos demais particulares. BOROWSKI, Martín. **La estructura de los derechos fundamentales**. Traducción Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 20-22.

⁵⁹⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

estabelecimento de deveres estatais que, se no Estado Liberal estavam condicionados à abstração estatal, hodiernamente pressupõem atuação do Estado, a fim de garantir que os indivíduos tenham seus direitos assegurados⁵⁹⁵.

4.1.2 Normas de direito fundamental

Em seguimento à conceituação de direito fundamental, deve-se assinalar que os referidos direitos inerentes à condição humana e definidos pelo ordenamento(s) jurídico(s), tal qual ocorre com os demais direitos, são emanados por meio de normas jurídicas que se apresentam como proposições prescritivas de natureza jurídica, ou seja, são “um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade”⁵⁹⁶ e são utilizadas para prescrever comportamentos queridos e, ao mesmo tempo, delimitar as sanções⁵⁹⁷ ou promoções⁵⁹⁸ decorrentes do cumprimento ou não das referidas prescrições.

Essas prescrições, entretanto, são manifestadas por meio de enunciados normativos que podem ser identificados como a expressão linguística de proposição interpretativa ou jurídico-dogmática que descreve ou determina o conteúdo semântico da norma jurídica⁵⁹⁹. Há, portanto, como se observa, clara diferença entre o enunciado normativo e a norma. Sobre a temática, Giuseppe Lumia⁶⁰⁰ afirma que os enunciados são o “complexo léxico-sintático dos sinais linguísticos pelos quais se expressa a proposição”, sendo esta entendida como o meio de propugnação da norma jurídica, tal qual asseverado anteriormente⁶⁰¹.

Pode-se afirmar, portanto, que a mesma norma pode ser expressa por enunciados diversos e, do mesmo modo, diversos enunciados podem conjugar-se para formular única norma jurídica que será utilizada na solução do conflito, posto no caso concreto em estudo. Sendo assim, é possível concluir que a norma jurídica, ao menos sob o ponto de vista de seu

⁵⁹⁵ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário**. 2009. 151 f. Tese (Doutorado) - Faculdade Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 22.

⁵⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 5. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2012, p. 74 e ss.

⁵⁹⁷ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.49.

⁵⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria de direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007, p. 1 e ss.

⁵⁹⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 02 e ss.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, 2014, p. 39-40

⁶⁰¹ Em sentido similar é a manifestação de BOROWSKI, Martín. **La estructura de los derechos fundamentales**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 27.

conceito semântico ora destacado, é aferida pela interpretação dos enunciados jurídicos⁶⁰² descritos no ordenamento jurídico sob análise⁶⁰³ e, por isso mesmo, possuem fluidez que não se mostra contraposta à segurança jurídica defendida pela doutrina positivista.

O próprio reconhecimento da segurança jurídica como norma principiológica decorre, no ordenamento jurídico brasileiro, da interpretação de diversos enunciados jurídicos que tem como objetivo garantir a estabilidade do ordenamento e a solução de conflitos decorrentes da convivência social com base no sistema de proposições existente em tal ou qual sociedade. Ou seja, não há uma proposição – enunciado jurídico – que, *de per si*, prescreva a segurança jurídica como direito do cidadão ou do sistema jurídico, por assim dizer.

No caso dos direitos fundamentais, ocorre o mesmo, visto que tais direitos possuem a mesma estrutura lógico-normativa das demais normas jurídicas, a diferenciar-se das demais apenas pelo fato de estarem positivadas no texto constitucional (fundamentalidade formal⁶⁰⁴) ou em razão da relevância do conteúdo que emana na salvaguarda da dignidade humana (fundamentalidade material⁶⁰⁵).

Ao se tomar em consideração o que se destacou e ao procurar introduzir as informações supramencionadas na tratativa específica a que o presente trabalho se propõe, pode-se afirmar que o inciso II do art. 5.º do texto constitucional, que contém o seguinte enunciado normativo

⁶⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

⁶⁰³ Destaca Humberto Ávila que a interpretação deve se dar de forma sistemática e levando em consideração o conjunto do texto normativo sob análise. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

⁶⁰⁴ Para Carl Schmitt, além da previsão constitucional, os direitos fundamentais deveriam versar sobre o fundamento do próprio Estado que, à época de sua manifestação, representava o Estado Liberal, razão pela qual para o referido autor os direitos fundamentais eram aqueles que prescreviam direitos individuais de liberdade em face do Estado. SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Traducción Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 1996. Acerca da fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, Robert Alexy assevera o seguinte: “*La definición formal se basa en la manera en que está dispuesta la normatividad de derecho positivo de los derechos fundamentales. Según su variante más simple, los derechos fundamentales son todos los derechos catalogados expresamente como tales por la propia Constitución*”. ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 17.

⁶⁰⁵ Jorge Miranda, em comentário à Constituição Portuguesa de 1976, assevera que os direitos fundamentais materiais são aqueles garantidos por meio de normas infraconstitucionais ou internacionais, em decorrência da abertura outorgada a tais normas pelo constituinte por meio do art. 16, n.º 1 da referida Constituição portuguesa, que emana norma similar àquela apontada pela Nona Emenda à Constituição Estadunidense. Jorge MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV, p. 11 e 139. Sobre a abertura constitucional apontada por Jorge Miranda, é possível afirmar que a Constituição brasileira de 1988 emanou norma similar por meio do art. 5.º, § 2º, em que se verifica a eloquente assertiva do constituinte originário no sentido de que as normas de direitos fundamentais elencadas nos incisos do já mencionado dispositivo constitucional não encerravam todas as normas protetivas a serem endereçadas aos indivíduos, sendo possível a inclusão de novos enunciados normativos e, conseqüentemente, novas normas em tal catálogo em decorrência dos princípios e valores adotados pela Constituição de 1988, bem como pela adesão a tratados internacionais pelo Estado brasileiro.

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, prescreve a seguinte norma jurídica “somente a Lei poderá obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo”. Tal norma poderia ser expressa de diferentes modos, dentre os quais se destacam os seguintes: (1) “Somente a lei está autorizada a limitar o exercício de liberdade do indivíduo” ou, ainda, (2) “É proibido o condicionamento do comportamento dos indivíduos, salvo através de lei” e (3) “É permitido o livre exercício da vontade, exceto nos casos em que a lei dispuser em sentido contrário”.

Veja-se, portanto, que as assertivas 1, 2 e 3 fazem a mesma prescrição protetiva aos indivíduos, direcionada ao Estado e aos demais particulares, a emanar assim a mesma norma contida no inciso II do art. 5º do texto constitucional de 1988. Verifica-se, portanto, que o direito à liberdade que promana do mencionado dispositivo constitucional pode ser considerado norma de direito fundamental, de natureza formal – posto que está prevista de forma expressa no catálogo dos direitos individuais elencados no art. 5º do texto constitucional de 1988 e depreende-se que o direito em si difere do enunciado normativo que viabiliza a sua manifestação no texto constitucional, no sentido de que o direito não está constricto à literalidade do texto normativo.

Mesmo assim, pode-se afirmar que a norma que prescreve o direito à liberdade restringível apenas pela lei⁶⁰⁶ não necessita de nível elevado de interpretação para ser encontrada pelo intérprete, ou seja, a norma está em proximidade tal ao enunciado jurídico do qual provém que é quase óbvio chegar ao resultado sobredito. Nestes casos, diz-se que tais normas são chamadas de direito fundamental expressamente estatuído⁶⁰⁷. Esta, entretanto, não é a tônica das normas que emanam direitos fundamentais ou, ao menos, por meio de interpretação simplificada não se pode chegar a todas as normas que um mesmo enunciado normativo pode emanar⁶⁰⁸.

Em razão disso é que diante de situações mais complexas, a resolução dos conflitos postos pode – e até certo ponto deve – utilizar-se da interpretação de normas de direitos fundamentais para estabelecer normas que, a despeito de não estarem expressamente

⁶⁰⁶ Aqui não se pretende entrar na discussão acerca da restrição precisar ser emanada por Lei em sentido estrito ou lato, pois que se entende que o aprofundamento na mencionada temática resultaria em desvio na análise do objeto de pesquisa.

⁶⁰⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 119.

⁶⁰⁸ PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 98.

formuladas no texto constitucional, encontram fundamentação fático-jurídica em normas expressas. Desse exercício surge a norma de direito fundamental adstrita – na tradução espanhola da obra de Alexy “Teoria dos Direitos Fundamentais” – ou atribuídas – como foram nomeadas na tradução brasileira de Virgílio Afonso da Silva.

Tais normas são elaboradas por três meios diversos, conforme pontua Jane Reis Gonçalves Pereira⁶⁰⁹. A primeira delas toma lugar quando se está diante de enunciado normativo, cuja indeterminação não permite que seja definido o conteúdo da norma de forma inequívoca. Nessa situação, os Tribunais estabelecem normas semânticas com o fito de “dotar de sentido os enunciados normativos que contêm expressões imprecisas”⁶¹⁰. O intuito é de que determinado conteúdo semântico das expressões que possuem significados diversos, seja possível, ante o caso concreto, alcançar a melhor aplicação da norma de direito fundamental para a resolução do litígio sob análise.

A título de exemplo, pode-se destacar o julgamento da ADPF 54 pelo Supremo Tribunal Federal, momento em que, por maioria dos votos, decidiu-se que o aborto de feto anencéfalo não se subsume na tipificação dos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal, partindo-se da necessária conceituação de vida – direito fundamental garantido no art. 5º, *caput*, do texto constitucional e em demais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais –, com esteio de determinar se o feto anencéfalo teria condições de, fora do útero, ter vida própria⁶¹¹. Nesse caso, entendeu-se que não violava o direito fundamental à vida o referido aborto pela impossibilidade de existência de vida pelo feto na condição de anencefalia após o nascimento, a criar-se, portanto, certa limitação à abrangência do referido direito fundamental.

A segunda hipótese diz respeito à construção de norma fundamental por meio de interpretação coordenada de diversos dispositivos constitucionais, hipótese essa apresentada anteriormente. Com o esteio de exemplificar a referente metodologia de interpretação do texto

⁶⁰⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 119.

⁶¹⁰ *Ibid.* 2018, p. 120.

⁶¹¹ Em seu voto, o Relator da ADPF 54 destaca o seguinte: “Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescido, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.” E continua: “Senhor Presidente, mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida. No ponto, são extremamente pertinentes as palavras de Padre Antônio Vieira com as quais iniciei este voto. O tempo e as coisas não param. Os avanços alcançados pela sociedade são progressivos. Inconcebível, no campo do pensar, é a estagnação. Inconcebível é o misoneísmo, ou seja, a aversão, sem justificativa, ao que é novo”.

constitucional e, por conseguinte, delimitação de normas de direitos fundamentais, por meio da interpretação sistemática do texto maior, pode-se destacar o Recurso Extraordinário 1211446/RG que, apesar não ter tido a matéria de fundo julgada ainda pelo Supremo Tribunal Federal, teve sua repercussão geral reconhecida em 7 de novembro de 2019⁶¹².

Da ementa do referido julgamento – que admitiu repercussão geral do recurso – é possível depreender que a análise a ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal, no referido caso, se dará por meio da conjugação e da análise sistemática de direitos fundamentais expressos no texto constitucional, quais sejam, a liberdade – neste caso àquela reprodutiva, mas ainda assim um braço da liberdade –, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, que se perfaz em fundamento do Estado Democrático de Direito instituído pela CF/88.

A análise conjugada de tais normas de direito fundamental servirá para que o STF delimite a possibilidade, ou não, de reconhecimento e concessão de licença maternidade de companheira homoafetiva de mulher que gerou o filho com a utilização de técnicas de inseminação artificial. Quanto a este julgamento futuro, sem pretender fazer exercício de futurologia, é possível prever um julgamento favorável à concessão do referido direito, haja vista o histórico recente do Supremo Tribunal Federal na concessão de direitos por meio da interpretação sistemática do texto constitucional, sobretudo em matéria de direito das famílias⁶¹³.

Além disso, já existe jurisprudência nos Tribunais brasileiros no sentido de reconhecer a outorga de licença paternidade pelo prazo de 120 dias prorrogáveis a 180 em casos específicos, como o falecimento da mãe da criança no parto ou o abandono do menor pela

⁶¹²“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-MATERNIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE NÃO GESTANTE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. PLURIPARENTALIDADE. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL. (RE 1211446 RG, Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 07/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-251 DIVULG 18-11-2019 PUBLIC 19-11-2019).”

⁶¹³ Nesse diapasão destacam-se os julgados da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito de casais homoafetivos constituírem uniões estáveis nos mesmo termos previstos para casais heteroafetivos. (ADPF 132. Relator(a): Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. DJe-198 DIVULG 13-10-2011 public 14-10-2011 ement vol-02607-01 pp-00001). De modo similar tem-se o reconhecimento da possibilidade de formação de vínculos parentais múltiplos decorrente da conjugação do parentesco biológico e do socioafetivo, por meio do RE 898060 em que se referendou a seguinte tese de repercussão geral: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (RE 898060. Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016. processo eletrônico repercussão geral - mérito DJe-187 Divulg 23-08-2017 Public 24-08-2017).

genitora⁶¹⁴, bem como a concessão de licença maternidade nos casos de adoção de menor⁶¹⁵. Desse modo, ao se levar em conta o comportamento garantista do STF e a existência de jurisprudência com certa similaridade nos Tribunais Estaduais e Federais, é possível – senão provável – que os Ministros do Supremo Tribunal Federal entendam pela concessão do direito de licença maternidade à companheira da mãe biológica.

Feitas as considerações acima alinhavadas e de retorno à temática da interpretação das normas fundamentais com o fito de resolução de casos concretos, deve-se destacar o último meio pelos quais os Tribunais têm buscado fazer tais interpretações e aplicações das normas de direitos fundamentais que se concretizam por meio da formulação de normas de direito fundamental que não estejam expressamente elencadas nos dispositivos do texto constitucional. Como exemplo, utiliza-se o caso citado por Jane Reis Gonçalves Pereira⁶¹⁶, em que a Suprema Corte Americana – em *Griswold v. Connecticut* – invalidou Lei que proibia o uso de contraceptivos por pessoas casadas, por meio da formulação de direito à privacidade no casamento, que fora extraído da nona emenda à Constituição americana que estatui, conforme asseverado anteriormente, a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais para além daqueles expressamente elencados no texto constitucional.

Dentre estas formas de obtenção de normas de direito fundamental, a segunda hipótese é assaz importante para o desenvolvimento da presente pesquisa, isso porque a metodologia de interpretação conjugada de normas constitucionais de direito fundamental expressas na obtenção de outra norma de direito fundamental que, *a priori*, não está assinalada manifestadamente no texto constitucional, permite a construção do que Robert Alexy intitulou de norma de direito fundamental atribuída, conforme será analisado em momento oportuno.

⁶¹⁴TRF4 garante licença-paternidade de 180 dias para pai de gêmeos. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=13592. Acesso em 20 jan. 2020.

⁶¹⁵ “EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA ADOTANTE DE DURAÇÃO DIVERSA DAQUELA PREVISTA PARA SERVIDORA GESTANTE. LEI 8.112/90, ART. 210. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. CF/88, ART. 227, § 6º. É inconstitucional a regra do art. 210, ‘capu’ e parágrafo único, da Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Cíveis da União - Lei 8.112/90, que instituiu licença para servidoras mães adotantes de duração inferior àquela prevista para servidoras gestantes, e variável conforme a idade da criança adotada. Violação ao preceito contido no art. 227, § 6º, da Constituição da República de 1988, que estabelece a igualdade entre os filhos, de qualquer condição. Portanto, a servidora pública mãe adotante faz jus à licença maternidade, com a mesma duração que o fazem as servidoras mães biológicas, independentemente da idade da criança adotada.” (TRF4, MS 0000190-57.2013.4.04.0000. Quarta turma. Relator Cândido Alfredo Silva Leal Junior, D.E. 30/06/2016).

⁶¹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 121-122.

Antes disso, porém, faz-se importante apontar outra premissa das normas de direito fundamentais que diz respeito à sua estrutura ou, como se nomeou nessa oportunidade, o modo pelo qual tais normas se projetam no ordenamento jurídico brasileiro, tema este que passa a ser analisado a seguir.

4.1.3 *A projeção das normas de direitos fundamentais no ordenamento jurídico*

No que pertine ao modo pelo qual as normas de direitos fundamentais se projetam no ordenamento jurídico brasileiro e, de modo geral, nos ordenamentos ocidentais, deve-se destacar a existência de bivalência no formato de suas manifestações. Isso porque, conforme salientado, os direitos fundamentais encontram-se elencados no texto constitucional e as normas de tal espécie são expressas por meio de regras e princípios⁶¹⁷.

Assim, quando se diz que essas normas assumem o caráter ou estrutura de regras e princípios, entende-se que esse é o modo pelo qual se dão suas projeções em dado ordenamento. É dizer, tais normas se fazem perceber pelo intérprete sob essa dupla vertente, cuja diferenciação é assaz importante para determinar o seu alcance e as possibilidades e espécies de limitações que ela pode vir a sofrer no confronto com outras normas de mesma espécie, conforme apontado por Jane Reis Gonçalves Pereira⁶¹⁸.

4.1.3.1 Regras jurídicas: aplicabilidade e definitividade

A primeira forma pela qual as normas constitucionais podem se manifestar no ordenamento jurídico é por meio de regras que, de acordo com Atienza e Manero⁶¹⁹, sob o ponto de vista estrutural, apresentam relação entre previsão e resolubilidade de conflito fechada, ou seja, deve haver total equivalência entre a norma e o caso concreto a ser solucionado por ela. Daí porque, ao analisar a questão referente ao conflito de regras, Ronald Dworkin asseverou que na ocorrência de tal choque uma delas deve ser aplicada e a outra afastada, a utilizar-se a dicotomia “tudo ou nada”⁶²⁰.

⁶¹⁷ ATIENZA, M.; MANERO, J. R. Sobre princípios e regras. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 4, n. 01, p. 04-24, 13 out. 2017.

⁶¹⁸ *Ibid.*, 2017, p.127.

⁶¹⁹ *Ibid.*, 2017.

⁶²⁰ Diferenciando os princípios das regras, o referido autor assevera o seguinte: “Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39.

Pela tese defendida por Dworkin, é possível asseverar que a característica das regras jurídicas é que elas devem ser aplicadas em sua integridade⁶²¹, ou seja, não é possível falar-se em aplicabilidade parcial dessa espécie normativa, devendo o enunciado normativo, por meio do qual ela é manifestada no ordenamento jurídico, subsumir-se por completo à situação fática que se pretende seja regulada⁶²².

O entendimento de Robert Alexy acerca da aplicabilidade das regras é similar ao de Dworkin, no sentido de que ou elas são aplicáveis ao caso concreto ou não o são em razão de sua característica de definitividade⁶²³. Diferem, entretanto, pelo fato de Alexy apontar pela possibilidade de existência de exceção que fundamenta a inaplicabilidade no caso concreto sob análise, o que, por conseguinte, não invalida a regra de forma genérica, mas apenas diante daquele caso específico em decorrência da norma de afastamento a ele vinculada.

Não sendo possível, entretanto, opor-se exceção à aplicação de determinada regra à solução do caso concreto sob análise, uma das regras em conflito deverá ser declarada inválida e, em consequência disso, extirpada do ordenamento jurídico⁶²⁴, visto não ser possível haver dois juízos concretos de dever, se contraditórios entre si⁶²⁵. Observe-se que ao assinalar a ideia de concretude da espécie normativa regra, o autor faz alusão à lógica de definitividade assinalada anteriormente.

Luís Afonso Heck aponta que a espécie normativa com grau de definitividade tal, o das regras não apresenta capacidade de conter ou propugnar normas de direitos fundamentais, isso porque a colisão entre tais normas resulta, como asseverado, sempre, na invalidação de uma e

⁶²¹ SOUSA, Felipe Oliveira de. Raciocínio jurídico: entre princípios e regras. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011, 10/2011.

⁶²² “[...] as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90-91.

⁶²³ Acerca da temática o autor assevera que “as regras são normas que, no caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. [...] Sua forma característica de aplicação é a subsunção. ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 85. De mesmo modo manifesta-se Luís Afonso Heck, para quem “Segundo o modelo das regras, normas jurídicas têm somente a característica de regras, ou seja, elas valem ou não valem. Toda vez que o seu tipo ocorrer a sua consequência jurídica deve ser aceita. Regras são normas que exigem que algo seja feito dentro das condições fáticas e jurídicas dadas. Elas são mandamentos definitivos. HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais”. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v. 1, n. 1, 1º sem. 2000, p. 113-122.

⁶²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípio e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v.1, p. 607-630, 2003.

⁶²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 92.

na aplicação de outra, e mesmo nos casos em que se possa aplicar exceção à regra, disso pode resultar a caracterização de outra colisão, a gerar ciclo vicioso⁶²⁶.

4.1.3.2 Princípios: abstração e maleabilidade

No que diz respeito aos princípios, estes seriam espécies de norma que teriam a estrutura aberta, o que significaria dizer que maior número de casos fáticos poderia ser resolvido por meio da aplicação de um princípio, por não haver a necessidade de estrita subsunção entre o enunciado normativo e a situação de fato sob análise.

Na visão de Robert Alexy, os princípios são comandos de otimização⁶²⁷ e, por isso mesmo, em que pese possuam menor densidade normativa que as regras, os princípios apresentam maior maleabilidade decorrente da vagueza dos enunciados, por meio dos quais são manifestados⁶²⁸ para adequarem-se aos casos concretos postos à resolução de conflitos. Disso resulta que os princípios, diferente das regras, podem ser adimplidos ou aplicados em vários graus⁶²⁹, devendo-se observar a máxima efetividade dos comandos por eles emanados.

A referida maleabilidade dos princípios vai além da possibilidade de resolução de diversas situações conflituosas, pois que também significa que, no caso de conflito entre normas de tal espécie, o atrito não se resolve por meio da invalidação de um e a aplicação integral de outro – como acontece com as regras –, mas por meio da ponderação⁶³⁰ entre os

⁶²⁶ Assinala o autor o seguinte: “Os meios contidos no modelo das regras e empregados para a solução de conflito de regras mostram-se insatisfatórios para resolver colisões de direitos fundamentais. Senão vejamos: a) o emprego do meio da inserção da cláusula de exceção ocorre sem a ponderação desta exceção. Com isso, todavia, pode resultar outra colisão que carece de ponderação para ser resolvida, como, por exemplo, a resultante pela limitação, introduzida por exceção, no caso do artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal; b) o meio, segundo o qual a lei posterior derroga a lei anterior, também não é apropriado para a solução, porque a colisão de direitos fundamentais sempre se dá no âmbito de uma mesma constituição; e, c) pelo meio, segundo o qual a lei especial derroga a lei geral, igualmente não se avança, porque ele vale para leis de mesmo grau hierárquico e direitos fundamentais colidem na dimensão da constituição”. HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v. 1, n. 1, 1º sem. 2000, p. 113-122.

⁶²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, *op. cit.*, 2012, p. 90-91.

⁶²⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 13.

⁶²⁹ O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90-91.

⁶³⁰ Luís Roberto Barroso, em análise à teoria de Robert Alexy, assevera que “a ponderação é um aspecto de um princípio mais abrangente, que é o princípio da proporcionalidade. Como é corrente, o princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito”. E complementa: “A ponderação, em última análise, envolve a busca da solução ótima à vista de princípios concorrentes”. BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito*

princípios, que se caracteriza pela possibilidade de afastamento momentâneo⁶³¹ de um a fim de que outro possa ser aplicado, ainda que parcialmente, na resolução do conflito posto.

Virgílio Afonso da Silva⁶³², em análise feita à teoria de Robert Alexy, utilizada como referencial teórico na presente pesquisa, assinala que os argumentos apontados pelo autor alemão não são aplicáveis ou ao menos recognoscíveis pelo direito brasileiro, tendo em vista a forma pela qual a doutrina pátria trata a questão.

Segundo argumenta o autor, a ideia de princípios no Brasil parte do pressuposto da fundamentalidade das normas emanadas pelos dispositivos do texto constitucional, enquanto que a teoria de Alexy se utiliza da sua formatação estrutural para defini-la como princípio ou regra. Essa diferença na tratativa dos princípios anularia a utilização da teoria do professor alemão como base teórica para, por exemplo, o apontamento de tipologia de princípios constitucionais, haja vista boa parte das normas que os doutrinadores brasileiros consideram como princípios deveriam, com base na aplicação da tese de Alexy, ser consideradas regras⁶³³.

Tal argumentação, entretanto, não merece acolhimento. Explica-se. A adoção da teoria que diferencia regras de princípios com base na estrutura normativa que possuem, não exclui a possibilidade de reconhecimento da existência de princípios constitucionais em decorrência da fundamentalidade que tais normas apresentam no ordenamento jurídico brasileiro, mas, ao contrário, dá esteio a tal entendimento. Isso porque a estrutura das normas de direitos fundamentais, como apontadas por Robert Alexy, estabelece diferença fundante entre as espécies de norma, qual seja, o grau de concretude ou de abstração que cada qual possui.

Assim é que os princípios constitucionais apontados pela doutrina brasileira, dentre os quais podem ser destacados os princípios da proteção integral e convivência familiar, os quais, em que pese estejam previstos expressamente no texto constitucional, possuem grau de abstração e de fundamentalidade na conformação do direito interno – sobretudo no ramo de

contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 17, n. 200, p. 9-17, out. 2017. Disso resulta que o exercício da ponderação deve passar, necessariamente, pela validação dessas três máximas, ou seja, um princípio somente será considerado precedente em relação ao outro se a sua aplicação for mais adequada à solução do conflito, se o resultado proveniente da aplicação do princípio for necessária à solução do conflito e se houverem razões fático-jurídicas suficientes para fundamentar a precedência de um princípio em detrimento de outro.

⁶³¹ OLIVEIRA, Othoniel Alves de; XEREZ, Rafael Marcílio. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1185-1206, set./dez. 2019.

⁶³² SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 1, p. 607-630, 2003.

⁶³³ Virgílio Afonso da Silva elenca, exemplificativamente, os princípios da legalidade, *nulla poena sine lege* e anterioridade como normas que são consideradas princípios no reordenamento jurídico brasileiro, mas que, pela aplicação da teoria de Alexy deveriam ser consideradas regras. *Ibid.*, 2003, p. 607-630.

direito das famílias e da criança e do adolescente – que exigem seu reconhecimento como normas da espécie princípios.

A fim de demonstrar tal entendimento, é possível assinalar que as referidas normas expressas no art. 227, *caput*, do texto constitucional em vigor, não possuem densidade normativa que lhes outorguem a característica de regra, ou seja, nelas não está determinada a extensão do conteúdo das possibilidades fático-jurídicas para a resolução do conflito de fato em que sua aplicação se faça possível. O que significa dizer que as normas relacionadas à proteção integral e à convivência familiar conferem, apenas, o direcionamento de resolubilidade da questão posta sob a análise do Estado Juiz.

Exatamente por isso é que se faz possível a utilização do ideário da proteção integral da criança ou do adolescente com o fulcro de proceder à: (1) destituição do poder familiar exercido pelos pais⁶³⁴; (2) manutenção da guarda de menor com um dos pais em detrimento do

⁶³⁴ “APELAÇÃO. DIREITO DE FAMÍLIA. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. SUBSTRATO PROBATÓRIO REUNIDO NO FEITO QUE PERMITE CONCLUIR PELA NEGLIGÊNCIA DOS PAIS COM OS DEVERES DE SUSTENTO, GUARDA E EDUCAÇÃO DOS FILHOS. ABANDONO. INCIDÊNCIA DO ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Em princípio sabe-se que o exercício do poder familiar é direito natural dos genitores. Contudo, em atenção à segurança e ao bem estar da criança, cabe ao Estado interferir nesta relação para determinar a suspensão ou, em casos mais extremos, a extinção, quando verificadas situações previstas no ordenamento jurídico que recomendam referida intervenção. Inteligência dos artigos 1.634, 1635 e 1638 do Código Civil e artigos 22 e 24 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Não merece acolhimento a preliminar sustentada nas razões recursais. Os autos demonstram que embora a destituição do poder familiar não tenha sido requerida expressamente na petição inicial, o pedido foi incluído pelo representante do parquet em momento posterior, na audiência ocorrida aos 10/03/2016. Na ocasião, o membro do Ministério Público ponderou a necessidade de aditamento à inicial diante das informações prestadas pelo CREAS (CENTRO DE REFERÊNCIA ESPECIALIZADO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL) e pelo Conselho Tutelar de Limoeiro do Norte quanto à situação de extrema vulnerabilidade social vivenciada pelos menores. Ato contínuo, a autoridade processante converteu a Ação em destituição do poder familiar. Não se vislumbra qualquer prejuízo efetivo ao direito de defesa dos requeridos porquanto o representante jurídico dos mesmos estava presente ao ato e, embora ciente acerca do novo pedido formulado pelo parquet, não se manifestou na contestação apresentada posteriormente e nem nos memoriais de fls. 314/319. De mais a mais, importante ressaltar que foi observada, in casu, a própria mens legis da regra do art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente a qual disciplina as medidas alternativas de proteção e enfoca, em seu parágrafo 9º, a destituição como medida excepcional porém adequada aos interesses dos infantes diante do caso concreto. A conduta dos genitores, ora apelantes, constituída em exposição dos menores a situação de negligência e abandono, como bem pontuou a Juíza de piso, demonstra grave afronta aos direitos constitucionais e legais de seus filhos e sorte a legitimar o decreto destitutivo consignado na r. sentença. Pelo estudo dos autos também se infere a resistência dos apelantes aos programas de reinserção familiar, e, embora sustentem nas razões recursais a suposta omissão do Poder Público com relação à efetiva assistência, o conteúdo dos autos evidencia o contrário. De menor relevância para o deslinde da matéria realçada nos fólios se mostra a precária situação dos genitores porquanto mesmo pessoas de poucos recursos financeiros podem destinar aos seus filhos nobres sentimentos de amor e cuidado, direcionando-os de maneira digna na medida de seus recursos. Ao contrário do alegado na apelação, em nenhum momento a MM Juíza a quo analisou a questão sob a ótica da situação de miserabilidade dos recorrentes. Revelando os autos os requisitos legais que autorizam a destituição do poder familiar, nega-se provimento ao recurso para manter a r. sentença em todos os seus termos.” Fortaleza, 23 de maio de 2018 Carlos Alberto Mendes Forte Presidente do Órgão Julgador Desembargador Francisco Gomes De Moura Relator (Relator (a): Francisco Gomes De Moura; Comarca: Limoeiro do Norte; Órgão julgador: 3ª Vara; Data do julgamento: 23/05/2018; Data de registro: 23/05/2018).

outro; (3) colocação do menor em família substituta; ou (4) o acolhimento institucional do menor⁶³⁵. Veja-se, portanto, que a mesma norma é aplicada para dar soluções diametralmente opostas a casos analisados, o que demonstra maleabilidade decorrente do seu grau de abstração, característica das normas da espécie princípio.

De modo similar se dá com a norma que garante a convivência familiar às crianças, adolescentes e jovens, uma vez que é possível utilizar-se de tal princípio para fundamentar a (5) determinação da guarda compartilhada, (6) outorga de direitos de visita avoenga, (7) a realização de adoção *intuitu personae*, (8) a tentativa de reinclusão de criança e adolescente em seio de família nuclear do qual fora afastada por decisão judicial, dentre outras possibilidades.

Ademais, os citados princípios, em certos casos, sobrepõem-se, tal como se verifica, sobretudo, nas hipóteses 1, 3, 5 e 8. Nos dois primeiros exemplos, a proteção integral da pessoa em desenvolvimento teve maior peso que a convivência familiar, visto que a necessidade de proteção do indivíduo o afastou, ainda que temporariamente, do convívio familiar. Em contrapartida, nas situações 3 e 8, é possível verificar a maior relevância da convivência familiar em detrimento da proteção integral.

⁶³⁵ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO. SUSPENSÃO DE VISITAS. MELHOR INTERESSE DO MENOR. RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DA CRIANÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não é do melhor interesse do menor o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à integridade física e psíquica da criança. 2. Foi realizada visita domiciliar à casa da família, percebendo-se que há gatos na residência, restos de comida em potes no chão da casa, além de produtos derivados da reciclagem, constatando-se que a higiene do local é inadequada para a criança (Relatório Circunstancial acostado). Concluiu-se que a agravante ainda não tem condições de receber sua filha, necessitando de mais tempo para organizar sua casa e sua vida financeira. 3. O Relatório Técnico exarado pela Equipe Interprofissional de Manutenção do Vínculo do Fórum Clóvis Beviláqua narra que, em visita à residência da agravante, percebeu-se que a higiene do local ainda não é adequada, pois o mau cheiro insuportável é percebido já do lado de fora da casa. Registrou-se, ainda, que foi constatado, por intermédio do sistema SAJ, que a agravante já foi acompanhada pelo Conselho Tutelar em 2015, por negligência de seu primeiro filho. Em 2016, houve nova participação do Conselho Tutelar, em decorrência de referida criança ter sido encontrada sozinha em via urbana, distante de onde residia. 4. A decisão recorrida está embasada no caso concreto e indica, com exatidão, os fundamentos que justificam a manutenção da criança no acolhimento institucional, bem como a suspensão de realização de visitas pela genitora. Os relatórios destacados demonstram, com clareza, os riscos à saúde e integridade da criança (nascida em 02/09/2018) em caso de manutenção do convívio familiar no estado em que atualmente se encontra a agravante. 5. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em CONHECER DO RECURSO, PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Desembargador Relator. Fortaleza, 17 de dezembro de 2019 Francisco Bezerra Cavalcante Presidente do Órgão Julgador Desembargador Raimundo Nonato Silva Santos Relator.” (Relator (a): RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 3ª Vara da Infância e Juventude; Data do julgamento: 17/12/2019; Data de registro: 17/12/2019).

A despeito da exemplificação da solução de conflitos acima assinalada, não há impedimento de que, em caso concreto, a norma de decisão seja diferente em cada uma das situações expostas, ou seja, que em determinado caso em que fora elevado o princípio da proteção integral, se verifique a necessidade de sobrelevação do princípio colidente (convivência familiar). Essa avaliação dependerá do sopesamento dos princípios em conflito, o que depende da análise pontual do caso e de certa discricionariedade do julgador que encontra seu limite na necessidade de fundamentação fático-jurídica da decisão a ser emanada.

4.1.4 Das funções e aplicabilidade dos direitos fundamentais

Em relação às funções dos direitos fundamentais em dado ordenamento jurídico, é possível afirmar, ainda que anteriormente se tenha mencionado a questão de forma indireta, que a principal função dos direitos fundamentais é conformar o ordenamento jurídico e a atuação daqueles a quem compete criar, interpretar e aplicar as normas jurídicas aos valores positivados por meio das normas de direitos fundamentais.

É dizer, os direitos fundamentais produzem efeito de irradiação por todo o ordenamento jurídico em que estão inseridos, a vincular as formas de interpretação e atuação do poder estatal⁶³⁶, no sentido de concretização de que os direitos fundamentais previstos sejam efetivamente concretizados, seja em razão da abstenção de mácula por parte do Estado e da sociedade, seja por meio da atuação positiva desses entes e de outros, porventura, reconhecidos em certa soberania.

A Constituição Federal de 1988 contém exemplo hialino do dever de atuação positiva imposto ao Estado e à sociedade, em associação com a entidade familiar, precisamente no art. 227, no qual estabelece a esses entes a obrigação de perseguirem o atingimento da proteção integral da criança, do adolescente e do jovem, bem como da outorga de direitos a estes indivíduos.

Indubitavelmente, o referido enunciado normativo estabelece norma de direito fundamental, sobretudo quando se avaliam os direitos pontuais que a família, a sociedade e o Estado possuem o dever de assegurar, dentre os quais se destacam, por agora (visto que o referido dispositivo será devidamente analisado posteriormente), os direitos à vida, à saúde, à

⁶³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 47-125.

alimentação e à educação que, como salta aos olhos, se trata de direitos subjetivos básicos para a manutenção da própria vida⁶³⁷ e, do mesmo modo, da observância da dignidade humana das pessoas em pleno desenvolvimento.

4.2. O direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar como norma de direito fundamental atribuída

Viu-se que as normas de direito fundamental atribuídas são aquelas que não são emanadas por dispositivos normativos expressamente entabulados pelo texto constitucional, mas aquelas que: (a) decorrem da interpretação de conjunto de normas de direitos fundamentais expressamente previstos; (b) surge da delimitação de termos vagos dispostos por normas expressamente assinaladas; e (c) por meio da admissão de direitos fundamentais que, mesmo fora do catálogo expresso pelo texto constitucional, podem ser a ele anexados por cláusula de abertura estrutural constitucionalmente prevista.

Dentre as possibilidades assinaladas acima, a que se entende como mais concretizável e a que atende melhor aos parâmetros de análise que se intenta na presente pesquisa é aquela elencada no item “a”, qual seja, o reconhecimento de norma fundamental decorrente da interpretação de outras normas de direito fundamental, expressamente assinaladas no texto constitucional, sobretudo porque essa modalidade é a que permite maior argumentação fundamentada em juízo racional⁶³⁸ e pautada em direitos fundamentais expressos⁶³⁹. Disso não decorre, entretanto, que as demais modalidades não serão utilizadas, mas apenas que a sua utilização dar-se-á com o esteio de fortalecer o método elencado no item “a”.

Ao se partir desse pressuposto, é possível iniciar a verificação da existência ou não de um direito fundamental à liberdade de (con)formação da família, ainda que a referida norma não tenha sido apresentada de forma expressa pelo texto constitucional. A priori, faz-se oportuno delimitar o conteúdo de tal direito, e nesse sentido pode-se considerar que o direito fundamental à liberdade de (con)formação da família seria o direito endereçado a toda e a qualquer pessoa de formar e pertencer a núcleo familiar sanguíneo ou socioafetivo por ele

⁶³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004, p. 12-13.

⁶³⁸ XEREZ, Rafael Marçílio. **Concretização dos direitos fundamentais: teoria, método, fato e arte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 68.

⁶³⁹ “Uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. [...] Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 74.

criado ou a ela aderido pelo exercício da vontade, com o escopo de garantir o seu pleno desenvolvimento e a salvaguarda de seus interesses.

Quando se menciona o pleno desenvolvimento como garantia a ser perquirida pela concessão do direito à liberdade de (con)formação da entidade familiar, dá-se alusão direta à lógica protetiva de crianças e adolescentes que se perfaz em princípio constitucional e, conforme será visto, se caracteriza como direito fundamental desse grupo de pessoas em extrema vulnerabilidade, em decorrência do estágio de maturação física, psíquica e espiritual em que se encontram.

De outro lado, ao mencionar-se a salvaguarda de interesses das pessoas a quem o direito fundamental sob análise, caso existente, deva ser garantido, quer-se fazer menção à situação do idoso que, a despeito de não encontrar-se mais em estágio de desenvolvimento de suas características físicas e psíquicas, encontra-se, ao contrário, em processo de gradativo declínio de suas funções psíquicas e motoras, razão pela qual a vinculação à inserção em núcleo familiar serviria de garantia de proteção de seus interesses mais caros, desde a vida até o exercício pleno de suas liberdades.

Nas fases entre a infância e a velhice, tem-se a vida adulta que não pode ser menosprezada com o afastamento de tal direito àqueles que passam pelo estágio medial supramencionado. Desse modo, em todos os estágios da vida humana, é possível defender-se a necessidade de inserção do indivíduo em *locus* de acolhimento e desenvolvimento de suas faculdades. Esse núcleo mínimo de convivência social denomina-se família, desde tempos imemoriáveis.

4.2.1 *Da necessária delimitação dos termos “família” e “proteção integral”*

A Constituição da República de 1988, em que pese tenha tratado da questão familiar de maneira pormenorizada⁶⁴⁰, ao apresentar inovações sobre a matéria em relação aos textos constitucionais que a antecederam⁶⁴¹, não elencou de forma expressa o conceito de família, razão pela qual se entende que o primeiro passo, para delimitar a existência ou não do referido direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, necessariamente, exige a densificação de dois termos genéricos apresentados no *caput* do art. 226 do texto constitucional, quais sejam, “família” e “proteção integral”.

⁶⁴⁰ Questão tratada na terceira seção da presente pesquisa.

⁶⁴¹ SILVA, Regina Beatriz da. **30 anos de constituição e o compromisso de proteção à família**. Disponível em: <http://reginabeatriz.com.br/30-anos-da-constituicao-e-o-compromisso-de-protecao>. Acesso em: 03 jan. 2020.

4.2.1.1 O significado de família no texto constitucional

Com o propósito de delimitação do termo “família”, faz-se necessário trazer à lume o fato de que o texto constitucional de 1988 rompeu com a tradição histórica, enraizada na vida brasileira, de reconhecimento das relações familiares pautadas no matrimônio⁶⁴², em razão de que não condicionou a relação familiar à contração do casamento civil ou religioso, mas apenas as elencou como possibilidades para a formação da família, nos parágrafos 1.º e 2.º do referido dispositivo, ao lado da união estável (§3.º) e da família monoparental (§4.º).

Diz-se propositadamente que as prescrições relacionadas ao casamento foram postas ao lado das prescrições normativas relacionadas à união estável e à família monoparental, por entender-se não poder ser considerado o argumento de a relação matrimonial estar contida nos parágrafos iniciais do dispositivo e as demais formas de família estarem elencadas nos parágrafos subsequentes como suficiente para o estabelecimento de diferenças entre as modalidades de família constitucionalmente estabelecidas.

Seria o mesmo que defender, por exemplo, que tivesse havido gradação de importância e brasilidade entre os brasileiros natos nascidos no Brasil (art. 12, I, “a”), aqueles que nasceram no estrangeiro em razão dos pais estarem a serviço do país (art. 12, I, “b”) e aqueles outros que nasceram no estrangeiro sem que os pais estivessem a serviço do País (art. 12, I, “c”). Ou, além disso, tivesse estabelecido gradação entre os brasileiros natos e os naturalizados (art. 12, II).

Quanto a este aspecto, é preciso pontuar que a diferença de tratamento entre brasileiros natos e naturalizados, sobretudo aqueles relacionados à assunção em determinados cargos públicos, não pode ser entendida como diferenciação no grau de importância entre uns e outros, mas isso se deu por questão de segurança nacional. Ademais, o tratamento desigual no quesito supramencionado foi estabelecido pelo próprio constituinte originário, a exercer sua ampla possibilidade de criação normativa⁶⁴³, bem como a seguir o histórico constitucional brasileiro⁶⁴⁴ e, ainda, a assinalar para o legislador ordinário que as diferenças aplicáveis aos

⁶⁴² Tema amplamente discutido na terceira seção da presente tese.

⁶⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118-119.

⁶⁴⁴ **Constituição de 1934**. “Art. 52 [...] § 5º - São condições essenciais para ser eleito Presidente da República: ser brasileiro nato, estar alistado eleitor e ter mais de 35 anos de idade”. **Constituição de 1946**. “Art. 38. A eleição para Deputados, Senadores, Presidente e Vice-Presidente da República far-se-á, simultaneamente, em todo o País. Parágrafo único - São condições de elegibilidade para o Congresso Nacional: I - ser brasileiro (art. 129, n.º I e II); [...] Art. 129 - São brasileiros: I - os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, não residindo estes a serviço do seu país; II - os filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos no estrangeiro, se os

brasileiros (natos e naturalizados) somente podem ser estabelecidas pelo texto constitucional, o que reforça a ideia de igualdade formal entre eles.

Além disso, apenas para exemplificar ainda mais o entendimento ora exposto, entender pela prevalência da família matrimonial, em razão da sua previsão anterior à família monoparental, teria o mesmo efeito que afirmar que os direitos elencados nos incisos do art. 5.º do texto constitucional estão elencados a partir do mais ao menos importante. Reconhecer isso seria afirmar, por exemplo, que o direito de livre exercício do pensamento (inciso IX) é mais importante do que a livre locomoção no território nacional em tempos de paz (inciso XV), o que seria contraditório, pois que ambos os direitos promanam da liberdade que, genericamente, é assegurada no *caput* do referido dispositivo constitucional.

Não há, portanto, como concordar com nenhuma das possibilidades acima elencadas, pela contradição lógica do argumento que defende a posição retromencionada. Ademais, entende-se mais relevante do ponto de vista hermenêutico o fato de o constituinte ter rompido com a tradição vinculativa entre família e matrimônio, do que o fato de ter optado por elencar o casamento como forma de constituição da família à frente ou em condição privilegiada em relação às demais modalidades ou possibilidades constitucionalmente reconhecidas.

Assim é que não se pode mais afirmar que a família decorre do matrimônio ou que este é o meio mais adequado, juridicamente, para a formação de entidade familiar. De modo similar, o mesmo não se poderia afirmar em relação à união estável ou à monoparentalidade. O que se deve compreender, entretanto, é a necessidade de estabelecimento de igualdade⁶⁴⁵

pais estiverem a serviço do Brasil, ou, não o estando, se vierem residir no País. Neste caso, atingida a maioria, deverão, para conservar a nacionalidade brasileira, optar por ela, dentro em quatro anos;” **Constituição de 1967.** “Art. 30 - A eleição para Deputados e Senadores far-se-á simultaneamente em todo o País. Parágrafo único - São condições de elegibilidade para o Congresso Nacional: I - ser brasileiro nato; [...] Art. 75 - São condições de elegibilidade para Presidente e Vice-Presidente: I - ser brasileiro nato; [...] Art. 140. [...] § 1º - São privativos de brasileiro nato os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Ministro de Estado, Ministro do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos, Senador, Deputado Federal, Governador e Vice-Governador de Estado e de Território de seus substitutos.” **Constituição de 1969.** “Art. 145. [...] *Parágrafo único.* São privativos de brasileiro nato os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Ministro de Estado, Ministro do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal de Contas da União, Procurador-Geral da República, Senador, Deputado Federal, Governador do Distrito Federal, Governador e Vice-Governador de Estado e de Território e seus substitutos, os de Embaixador e os das carreiras de Diplomata, de Oficial da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.”

⁶⁴⁵ Defendeu-se em artigo ainda não publicado que a família brasileira passou por, pelo menos, dois momentos de aplicação do princípio da igualdade. O primeiro deles diz respeito à igualdade entre os cônjuges ou companheiros no exercício do seu poder familiar, derogando assim o período de poder quase exclusivo do *pater*, bem como entre os filhos havidos ou não na constância de casamento, afastando a doentia diferenciação entre eles. O segundo momento diz respeito à igualação entre as várias modalidades de família estabelecidas pelo texto constitucional e reconhecidas pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

entre as modalidades de família elencadas no texto constitucional, em razão da importância da família como instituição social, e o valor que ela tem para a formação e a manutenção da sociedade⁶⁴⁶.

Ademais, ao considerar o entendimento doutrinário no sentido de que as modalidades elencadas no texto constitucional não perfazem rol fechado de possibilidades para a formação da entidade familiar⁶⁴⁷, bem como ao levar em consideração a situação fática da sociedade brasileira em que se verifica a ocorrência de diversos modelos de convivência familiar, o significado de família deve ser entendido de forma abrangente⁶⁴⁸, a respeitar-se as limitações naturais e jurídicas impostas à temática, com o fito de permitir a maior abrangência possível de entidades familiares protegidas pelo Estado.

4.2.1.2 Do significado e do alcance da “proteção integral” outorgada às famílias pela Constituição de 1988

A “proteção especial”, conforme asseverado, também se perfaz em termo vago que deve ser devidamente definido, a fim de que o conteúdo da norma exposta pelo art. 226 da CF/88 seja devidamente delimitado. Nesse sentido, é preciso utilizar-se do ideário da liberdade e do conteúdo histórico constitucional para definir o respectivo termo.

Isso porque, a depender da definição adotada para família, o termo proteção especial pode variar entre o exercício do Estado de manutenção do *status quo* familiar e a proteção da família genericamente considerada. O primeiro critério levaria à atuação do Estado no sentido de fomentar a formação de entidades familiares pautadas no matrimônio, como regra, a aceitar, apenas como exceção, os modelos familiares da união estável e da monoparentalidade. O segundo, entretanto, representaria o afastamento do Estado das questões familiares no sentido de permitir o exercício da liberdade individual⁶⁴⁹, com

⁶⁴⁶ Entendido aqui inçao no sentido procriativo decorrente da sexualidade exercida pelas pessoas, mas como a capacidade da família em formar cidadãos capazes de conviver em sociedade, exercendo seus direitos e, sobretudo, observados seus deveres que passam pelo respeito aos direitos alheios.

⁶⁴⁷ Em sentido inverso tem-se entendimento doutrinário e Projeto de Lei nº 6.583/2013 (Estatuto da Família) que conceitua a família, em seu art. 2º, como “como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, fazendo clara menção apenas às modalidades de família apontadas pelo texto constitucional.

⁶⁴⁸ Não se quer com isso defender a inexistência de limitações jurídicas ou sociais para a formação das relações familiares – tal qual se apresenta no Projeto de Lei nº 3.369/2015 -, mas o retorno ao patamar de limitações mínimas pautados, sobretudo, na proibição do incesto.

⁶⁴⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 144.

intervenções pontuais decorrentes da necessidade de proteger o(s) interesse(s) do(s) componente(s) familiares que fossem aviltados.

A distinção feita pelo constituinte entre a família e os modelos de formação de entidade familiar no texto constitucional – anteriormente salientada –, apresenta-se como passo fundamental para a compreensão da espécie de proteção que deve ser destinada à família, em vista de não haver vinculação entre a referida proteção e qualquer modalidade individualmente considerada, tal como acontecia nos textos constitucionais precedentes devidamente elencados. Esse é o ponto de partida, mas não é o suficiente para que se formule conclusão precisa acerca do conteúdo da referida proteção especial.

Para tanto, é preciso recorrer à lógica axiológica do texto constitucional de 1988. Ao seguir as normativas internacionais⁶⁵⁰, o texto constitucional consagrou o ordenamento jurídico ao atendimento e ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana⁶⁵¹, por se tratar de valor que se apresenta como fundamento do Estado Democrático de Direito instituído pelo texto constitucional vigente, do que resulta que o Estado existe em função da pessoa⁶⁵², e não o inverso.

Desse modo, a proteção outorgada à instituição familiar deve perpassar, necessariamente, pela proteção de cada um dos indivíduos que compõem a família

⁶⁵⁰ Que reconhecem a dignidade da pessoa humana como valor a ser perseguido e protegido na seara internacional, bem como pelos Estados que aderirem aos tratados que propugnam tal valor, em relação aos quais o Brasil se fez signatário.

⁶⁵¹ No que pertine à noção de dignidade humana, entende-se oportuno salientar o entendimento de Ronald Dworkin acerca da questão em sua obra, por entender que os pontos de vista ressaltados pelo autor encontram acolhimento tanto na presente pesquisa, quanto no entendimento de dignidade humana exposto pelo texto constitucional. Afirma o autor que a dignidade da pessoa humana pode ser analisada sob dois aspectos, aos quais Dworkin dá o nome de princípios: 1) o primeiro deles (do valor intrínseco) diz respeito ao valor intrínseco que cada ser humano possui e do valor objetivo que isso representa individual e coletivamente, a ponto de se poder afirmar que cada indivíduo deve preocupar-se com o atingimento das potencialidades próprias e de cada indivíduo da sociedade. DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?: principles for a new political**. Princeton-Oxford: Princeton University Press, 2006, p. 21 e ss. Aduz o Autor que “*This is a matter of objective, not merely subjective value; I mean that a human life’s success or failure is not only important to the person whose life it is or only important if and because that is what he wants. The success or failure of any human life is important in itself, something we all have reason to want or to deplore*”. 2) O Segundo princípio (da responsabilidade pessoal), de viés subjetivo, relaciona-se com a responsabilização pessoal de cada indivíduo nas escolhas de vida que faz, não devendo aceitar que nenhum outro indivíduo determine suas ações ou decisões, em razão da imposição de valores pessoais divergentes. Afirma por fim que os princípios por ele ressaltados possuem estreita ligação aos princípios da igualdade e liberdade que, conforme é conhecido, não se antepõem para o autor, mas ao contrário, se complementam. Entendimento similar, relativo à complementariedade dos direitos à liberdade e igualdade foi apresentado por PONTES DE MIRANDA. **Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1945, p.275 e ss.

⁶⁵² Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que “a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário”. SARLET, Ingo W. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 126.

considerada⁶⁵³, visto que, se o ser humano considerado como fim em si mesmo⁶⁵⁴ não pode ser meio de atingimento dos fins estatais – tomado como a sociedade largamente considerada – , de modo similar não pode ser visto como meio para o atingimento de fins institucionais familiares, que se reconhece como a primeira sociedade humana. Entender de tal modo redundaria na criação de dupla contradição no texto constitucional.

A primeira dessas contradições estaria vinculada à lógica da dignidade da pessoa humana. Ora, se a Constituição estabelece a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático, como promover a defesa das instituições em detrimento dos direitos individuais do ser humano, sobretudo aqueles relacionados à liberdade e à igualdade? Não se quer dizer que tais direitos são absolutos e inatingíveis, apenas ressaltar que os interesses e direitos individuais somente podem ser afastados quando esse exercício atinge outros direitos subjetivos tutelados pelo texto constitucional e que tendem à proteção de outros indivíduos.

A segunda contradição encontra-se no papel fundamental da família em proteger os interesses dos indivíduos que a compõem, conforme descrito nos artigos 227 e 230 do texto constitucional, anteriormente analisados. Nesse sentido, se a família tem a função precípua de proteger o interesse dos indivíduos, como cogitar que, como instituição, ela poderia se contrapor a tais direitos com o fito de garantir a tutela de si mesma? Desde que se adote esse ponto de vista, dever-se-á considerar possível que o pai, com o fito de manter a sua autoridade e, conseqüentemente, a integridade familiar, exceda nos castigos dirigidos ao filho questionador de tal autoridade.

Essa, entretanto, não é uma possibilidade constante no ordenamento jurídico brasileiro, visto que o art. 227 do texto constitucional, ao estabelecer o dever da família de salvaguardar os interesses das pessoas em pleno desenvolvimento físico e psíquico, asseverou, expressamente, a função da família de colocar tais componentes a salvo de toda e qualquer forma de violência, inclusive aquela que nasça no próprio ambiente familiar. Daí porque o Código Civil, o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus âmbitos de

⁶⁵³ W. D. Winnicott parece emanar entendimento similar relacionado à atenção e à promoção individual no seio familiar, ainda que em outra área de estudo, quando assevera que “A sociedade depende da integração das unidades familiares, mas convém lembrar que estas unidades dependem por sua vez da integração que ocorre como resultado do crescimento de cada um de seus membros individuais”. WINNICOTT, W. D. **A família e o desenvolvimento individual**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 68-69. A ideia de crescimento apresentada pelo autor diz respeito ao desenvolvimento emocional de cada pessoa no seio familiar que passa pelo momento inicial de não integração.

⁶⁵⁴ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2017.

aplicabilidade, preveem a possibilidade de perda do poder familiar e da penalização criminal⁶⁵⁵ do pai que atuar na forma do exemplo referido.

Não parece haver, portanto, razoabilidade em nenhuma das circunstâncias propostas exemplificativamente, razão pela qual se deve negar validade a tais construções, a levar em conta, além do que foi mencionado, o ideário da integridade sistêmica⁶⁵⁶ que todo ordenamento deve possuir. Sobretudo quando se analisa a base desse ordenamento (ou a ponta do ordenamento de onde devem defluir todas as normas), pois é a Constituição que tem o dever de conformação e unificação do ordenamento⁶⁵⁷.

Ante o exposto, é forçoso concluir que a proteção especial outorgada à família pelo texto constitucional não pode representar a defesa da entidade familiar acima da defesa de cada componente, individualmente considerado, o que afasta de primeira a possibilidade anteriormente aventada no sentido de que a proteção especial outorgada pelo Estado representaria tentativa de manutenção do *status quo* dos modelos de família considerados pelo texto constitucional, com sobrevalência do modelo matrimonial. Sobretudo quando isso representar a anulação do indivíduo, ou seja, quando isso se concretizar em ato atentatório ao exercício da liberdade, também outorgado pelo texto constitucional a cada pessoa componente do Estado.

⁶⁵⁵ “Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa. § 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a quatro anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. § 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.”

⁶⁵⁶ “Entendemos por Sistema uma totalidade ordenada, isto é, um conjunto de entes dentre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de ordem, é necessário que os entes constitutivos não estejam em relação apenas com o todo, senão que também estejam em relação de coerência entre eles”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011, p. 79. Em sentido similar tem-se Pietro de Jesús Lora Alarcón, para quem o direito “não pode ser considerado um amontoado normativo sem nexos algum”, mas um “conjunto ordenamento de normas”. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora **Ciência política, estado e direito público: uma introdução do direito público na contemporaneidade**. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 36.

⁶⁵⁷ Acerca do papel unificador do ordenamento jurídico, Gustavo Zagrebelsky afirma o seguinte: “*El siglo XX ha sido definido como el del legislador motorizado en todos los sectores de ordenamiento jurídico, sin exclusión de ninguno. Como consecuencia, el derecho se ha mecanizado y tecnificado. Las constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. [...] La ley [...] cede así el paso a la constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrentes. [...] En la nueva situación en principio de constitucionalidad debe asegurarse la consecución de este objetivo de unidad.*” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016, p. 40.

Desse modo, é possível adotar-se a segunda possibilidade acima elencada acerca da função protetiva do Estado em relação à família, a qual conduz a desdobramentos pautados no viés liberal e garantista do Estado Democrático. Ou seja, de um lado, tem-se a abstenção estatal quando da formação de entidades familiares, e de outro, a intervenção do Estado quando instado a defender o interesse de indivíduo componente da entidade familiar que, de alguma forma, foi atacado pela atuação dos demais membros da entidade familiar.

Essa conclusão, inclusive, encontra esteio no próprio texto constitucional e na dogmática de proteção individual utilizada pelo direito brasileiro. Quanto à fundamentação constitucional, podem-se destacar os enunciados normativos do art. 226, §§ 7.º e 8.º da Constituição. O primeiro estabelece a liberdade no planejamento familiar e, em que pese a norma constitucional destine esse direito ao casal, conforme demonstrado no capítulo antecedente, este é direito que se destina às pessoas de modo geral, mesmo àquelas que não constituem relação marital ou convivencial. O segundo enunciado garante que o Estado prestará “assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência”, a reconhecer a importância da tratativa da questão familiar por meio de seus membros.

Não faria sentido, portanto, ao se tomar como esteio a liberdade genericamente considerada e outorgada pelo texto constitucional, por meio de art. 5.º, II, que o indivíduo possa ser livre para decidir a forma mais adequada de construção de sua entidade familiar apenas no que diga respeito às relações de filiação, enquanto esteja obrigado a casar-se ou a viver em união estável para gerar filhos. Ao somar-se a isso o modelo de família monoparental⁶⁵⁸, reconhecido pelo texto constitucional, ter-se-ia, ainda mais uma vez, incoerência sistêmica de difícil resolução.

4.2.2 Fundamentação decorrente da sistematicidade das normas jurídicas

Feitas as ponderações atinentes à delimitação dos termos vagos apresentados pelo texto constitucional e que são de suma importância para a compreensão de desenvolvimento adequado da matéria ora tratada, entende-se necessário pontuar, como elemento da argumentação que se constrói, a ideia da sistematicidade do ordenamento jurídico, ou seja, a ideia de que o conjunto de normas deve estar concatenado e, ainda que se verifique a

⁶⁵⁸ Com as conotações e considerações doutrinárias apontada no capítulo 03 deste estudo no sentido de que a família monoparental constitucionalmente considerada não é aquela que se estabelece em decorrência da morte ou abandono de um dos ascendentes do menor, mas aquela que já nasce monoparental.

possibilidade de contradições aparentes no conjunto de normas que a conforma, não pode haver um conflito tal que faça com que ele se torne contraditório em si mesmo.

A análise a que se propõe será feita em dois âmbitos complementares, o primeiro deles relacionado à lógica sistemática entre as normas constitucionais e aquelas que foram introduzidas no ordenamento jurídico por tratados internacionais atinentes a direitos humanos de que o Brasil se fez signatário, a formar assim o bloco de constitucionalidade. Além disso, será analisada a conformidade do sistema jurídico do ponto de vista interno, na busca de analisar a metodologia de tratamento da matéria pelo texto constitucional.

4.2.2.1 Normas de direito internacional e o bloco de constitucionalidade

Em primeiro lugar, seria possível defender a existência de tal direito à família como decorrência da formação de bloco de constitucionalidade contido no texto constitucional de 1988 e demais disposições normativas internacionais às quais o Brasil aderiu, a despeito da temática ter sido tratada em capítulo antecedente, já que não é demais apontar que a formação de tal bloco de constitucionalidade – para aqueles que assim entendem possível – se concretiza em decorrência da abertura estrutural⁶⁵⁹ estabelecida pelo art. 5.º, §2.º, do texto constitucional, em concomitância com o §3.º, do mesmo dispositivo, que garante o reconhecimento do caráter constitucional das normas de direito internacionais que atenderem aos requisitos estabelecidos.

Dentre os tratados internacionais internalizados pelo Brasil, entende-se oportuno destacar dois que fazem menção ao direito de constituir família de forma expressa, que são a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Ambos os tratados fazem menção expressa ao direito de formação da entidade familiar, ou seja, apontam pela existência de um direito à família.

A Convenção Americana de Direito Humanos afirma, categoricamente, em seu art. 17, 2, o seguinte:

“2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas,

⁶⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 54.

na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção”.

De modo similar, a Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência aponta para a existência de um direito à família em seu art. 23, 1, “a”, que prescreve:

“Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que: a) seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes”.

Assim, ao se tomar por base o conceito semântico de norma – apresentado –, entende-se que dos enunciados normativos acima delineados, pode-se extrair um direito à família no sentido anteriormente apontado, ou seja, como direito à formação e pertencimento à entidade familiar. Dos referidos enunciados, pode-se, portanto, estabelecer-se as seguintes normas jurídicas:

(a) é permitido ao homem e à mulher casar e formar família, observadas as normas de direito interno de cada país signatário dos tratados, desde que tais normas não violem o princípio da não discriminação contido na convenção internacional. (b) às pessoas com deficiência é garantido o direito de casar e estabelecer família, desde que a decisão decorra do pleno consentimento dos pretendentes.

Portanto, desde que se reconheça que tais normas foram introduzidas ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* constitucional, deve-se reconhecer a existência de direito à família. Outrossim, algumas ponderações podem ser apresentadas a esta conclusão.

A primeira delas diz respeito à metodologia de internalização da Convenção Americana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico pátrio, visto que a referida norma fora internalizada pelo Brasil antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, por meio da qual fora estabelecido o critério de votação das emendas constitucionais de 3/5 em dois turnos de votação em cada uma das casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado), como requisito para que a norma internacional seja introduzida no ordenamento jurídico como

constitucional. Quanto a esta questão, entende-se que a matéria foi devidamente tratada no capítulo antecedente, razão pela qual se tornam desnecessários novos comentários.

Outro ponto que pode ser suscitado, porém, no que pertine à Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência é que, em que pese esse tratado tenha sido introduzido por meio do *quórum* qualificado das emendas constitucionais, a norma atinente à formação da entidade familiar, anteriormente apontada, teria sua prescrição direcionada às pessoas com deficiência, em razão da delimitação contida no próprio enunciado normativo.

Em que pese essa seja constatação razoável do ponto de vista positivista, ou seja, da assunção de necessidade de perfeita subsunção entre a norma e a situação fática que ela pretende regular, a análise pautada nos valores axiológicos exortados pelo texto constitucional afastaria tal conclusão, sobretudo se ressaltada a questão atinente à igualdade elencada no *caput* do art. 5.º da Constituição de 1988.

É dizer, com esteio no princípio da igualdade – sobretudo em sua vertente material – não há como defender que apenas as pessoas com deficiência tenham direito à formação de entidade familiar, visto não haver fundamento razoável para o estabelecimento de tal tratamento desigual⁶⁶⁰. A situação se mostraria diametralmente oposta se a análise se pautasse, por exemplo, num direito a vagas específicas em concurso público ou em contratação por empresas privadas a pessoas com deficiência – questões estas amplamente debatidas em seara doutrinária, jurisprudencial⁶⁶¹ e legislativa⁶⁶².

⁶⁶⁰ Sobre a questão de necessidade de existência de um fundamento pujante para que se estabeleceria um tratamento desigual, veja-se ALEXY, Robert **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 410-411.

⁶⁶¹ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANALISTA DE ATIVIDADES MERCANTIS DA JUCEMS. NOMEAÇÃO. CANDIDATA APROVADA EM 1º LUGAR NA LISTA DE PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. COEFICIENTE INFERIOR A 0,5%. ARREDONDAMENTO AO PRIMEIRO NÚMERO INTEIRO SUBSEQUENTE. EFICÁCIA DO COMANDO CONSTITUCIONAL. DIREITO EM TESE À 5ª VAGA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO À LIDE, COMO LITISCONSORTE PASSIVO, DO CANDIDATO NOMEADO PARA A REFERIDA VAGA. (RMS 60.098/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 18/10/2019) ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SERVIÇO NOTARIAL E REGISTRAL. RESERVA DE VAGAS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. LEI ESTADUAL 11.867/1995. RESOLUÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA 81/2009. APLICABILIDADE E EFETIVIDADE DO ART. 37, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE.” (RMS 48.971/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 09/09/2016)

⁶⁶² **Constituição Federal de 1988**. “Art. 37. [...]VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;” **Lei nº 8.112/1990**. “Art. 5º [...]§ 2º As pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso. **Lei nº 8.213/1991**. “Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência,

No caso relacionado à previsão de vagas específicas, é possível, razoável e necessário defender-se tratamento juridicamente desigual com o fito de garantir o atingimento da igualdade material⁶⁶³ entre as pessoas com deficiência e aquelas que não apresentam nenhuma deficiência. Isso porque, no primeiro caso assinalado (concurso público), é razoável imaginar que pessoa com deficiência visual, por exemplo, ainda que parcial, tenha encontrado maiores dificuldades para a preparação adequada para participação no certame, bem como para a realização da prova a que precisa se submeter e, se aprovado, para passar pelo período de adaptação ou para submeter-se ao período preparatório para o exercício da função.

Ademais, na segunda possibilidade exposta (emprego privado), é – ou ao menos era – perceptível a impossibilidade de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho em razão da preferência por parte das empresas privadas, na contratação de pessoas que não possuam tais debilidades físicas ou psíquicas⁶⁶⁴. Em ambos os casos, o tratamento diferenciado, portanto, visa a permitir a inclusão da pessoa com deficiência nos mais variados meios sociais.

Portanto, ambos os tratados internacionais assinalados no presente item permitiriam o reconhecimento do direito à família, conforme ressaltado, posto que, caso se entendesse que a Convenção Americana de Direitos do Homem se mostraria inaplicável em decorrência de não constituir o bloco de constitucionalidade, em razão de ter sido internalizada antes da promulgação da Emenda Constitucional que previu a possibilidade de aprovação dos tratados como emendas à Constituição de 1988, ainda assim a Convenção Internacional de Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo quórum qualificado, a constituir-se em norma constitucional por força do §3.º do art. 5º da Constituição de 1988, e em razão da disposição contida no art. 23 do referido tratado não ter sua aplicação condicionada ou direcionada apenas às pessoas com deficiência, conforme demonstrado.

habilitadas, na seguinte proporção: [...]” **Decreto n.º 9.508/2018**. “Art. 1º Fica assegurado à pessoa com deficiência o direito de se inscrever, no âmbito da administração pública federal direta e indireta e em igualdade de oportunidade com os demais candidatos, nas seguintes seleções: I - em concurso público para o provimento de cargos efetivos e de empregos públicos; e II - Em processos seletivos para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, de que trata a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993. § 1º Ficam reservadas às pessoas com deficiência, no mínimo, cinco por cento das vagas oferecidas para o provimento de cargos efetivos e para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, no âmbito da administração pública federal direta e indireta”.

⁶⁶³ MELLO, Celso A. B. de. **O conteúdo jurídico da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 23 e ss.

⁶⁶⁴ PEDUZZI, Pedro. Lei de cotas para deficientes completa hoje 28 anos: Portadores de deficiências graves têm mais dificuldade para trabalhar. **Agência Brasil**, 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-07/lei-de-cotas-para-deficientes-completa-hoje-28-anos>. Acesso em: 05 jan. 2020.

Restaria saber se o direito à formação da entidade familiar estaria condicionado à contração de matrimônio, em razão da redação de ambos os enunciados normativos apresentados no presente item. Esse aspecto, entretanto, será tratado na sequência do presente estudo, razão pela qual se entende possível passar à análise da outra possibilidade de formação de norma fundamental decorrente apontada alhures, a fim de verificar a sua aplicabilidade à formação do direito fundamental à família.

4.2.1.2 As normas constitucionais relacionadas ao direito de família

Conforme tem sido defendido ao longo da presente pesquisa, a Constituição de 1988 implementou sistemática de tratamento assaz avançado e meticuloso acerca das relações familiares, ao estabelecer direitos e deveres que devem ser levados em conta no exercício de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais quando da resolução de conflitos, por meio da exarcação da norma do caso concreto⁶⁶⁵, bem como na discussão teórica de matérias afeitas à temática com a que agora se propugna.

A análise conjunta de alguns dos enunciados normativos manifestados pela Constituição de 1988 permite que se chegue à conclusão de que existe direito fundamental à família emanado do texto constitucional, ainda que ele não tenha sido expressamente apontado pelo constituinte, conforme será demonstrado.

Em primeiro lugar, faz-se oportuno analisar, ainda uma vez – mesmo que sob novo viés –, o enunciado contido no art. 226, *caput*, da CR, que prescreve ser a família a base da sociedade, em relação à qual o Estado destina especial proteção. Vê-se, de pronto, que o referido enunciado possui termos vagos e imprecisos⁶⁶⁶ que demandam do intérprete mais acurado detalhamento no exercício interpretativo.

O próprio termo “família” possui extensas configurações possíveis, inclusive no que diz respeito às prescrições normativas⁶⁶⁷, além de não mais possuir o significado que expressava

⁶⁶⁵ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Nauamann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 145 e ss.

⁶⁶⁶ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 312.

⁶⁶⁷ O termo família é definido de diversas formas pela legislação infraconstitucional, sendo as pessoas que se vinculam pelo matrimônio, união estável, laços sanguíneos, adotivos ou de outra origem (arts. 1.511, 1.723 e 1.593 do Código Civil de 2022); § 1º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: “família, a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco ou de afinidade, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e que se mantém pela contribuição de seus membros” (conforme art. 2º, §1º, I da Lei n.º 10.836/2004); compreendida também como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” (art. 5, II da Lei n.º 11.340/2006).

no momento em que fora aposto no texto constitucional, se é que se faz possível buscar compreender a acepção do termo pelos constituintes originários⁶⁶⁸. Melhor parece perquirir o seu significado com esteio na composição das normas constitucionais; é dizer, a utilizar-se dos métodos histórico e teleológico-sistemático para compreender o significado que melhor se adequa à realidade proposta pelo texto constitucional⁶⁶⁹.

A referida análise, outrossim, será feita posteriormente. Por ora, é imperioso reconhecer que a proteção a ser outorgada pelo Estado não está vinculada a nenhuma modalidade de família específica, mas àquelas genericamente consideradas⁶⁷⁰, do que resulta, a priori, certa abrangência da norma sobredita. De modo diferente foi o tratamento constante dos textos constitucionais de 1934 (art. 144), 1946 (art. 163), 1967 (art. 167) e 1969 (art. 175), posto que todos destinavam proteção especial do Estado (ou dos poderes públicos no caso das Constituições de 1967 e Emenda de 1969), exclusivamente à família matrimonial, em decorrência do reconhecimento, à época, de ser esta a família por excelência⁶⁷¹.

De modo similar, a interpretação do possível significado de “proteção especial” será tratada em momento adequado, de modo que basta reconhecer, por ora, a preocupação que o constituinte destinou à entidade familiar, ao prever a mobilização do Estado (ou sua abstenção) no intuito de proteger essa instituição social. Essa proteção, como dito, decorre da importância da família para a sociedade e, conseqüentemente, para o Estado.

Essa valoração da família na formação e na conformação do meio social pode ser verificada pelos enunciados normativos dos arts. 227, *caput*, e 230, *caput*, que foram apreciados no capítulo anterior. Deve-se, contudo, ressaltar que tais dispositivos constitucionais atribuem funções à família para salvaguarda dos direitos e interesses das

⁶⁶⁸ ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Tradução de G. R. Carrió. Buenos Aires: EUDEBA, 1963.

⁶⁶⁹ NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, 2010, p. 291.

⁶⁷⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. Direito fundamental à constituição de entidade familiar por pessoa homossexual. **Revista NEJ - Eletrônica**, v. 15, n. 1, p. 61-74, jan./abr. 2010.

⁶⁷¹ Há, entretanto, quem ainda defenda a superioridade da família matrimonial frente às demais modalidades de família, inclusas aquelas reconhecidas pelo próprio texto constitucional. Nestes termos é a manifestação de Antônio Pereira Jorge Júnior: “A constituição brasileira de 1988 traz os sinais do tempo: ao lado da família matrimonial no plano sociojurídico, instalou-se a entidade familiar formada pela união estável e também se passou a proteger o núcleo familiar constituído sob a forma monoparental. Além da família matrimonial e da família constituída pela filiação – natural ou jurídica –, a Constituição de 1988 reconheceu a situação de vinculação jurídica não formal entre homem e mulher como entidade familiar. Ampliou-se, assim, a consideração de diferentes unidades familiares como base da sociedade. Todavia, vale notar que as situações enunciadas na Constituição de 1988 trazem a potencialidade objetiva de reprodução natural da sociedade, razão pela qual seriam destinatárias de especial proteção do Estado. Além disso, manteve-se a família monoparental como paradigma jurídico e social mais perfeito. JORGE JÚNIOR, Antônio Pereira. A família entre as modalidades convencionais do direito e a distinção entre o ser, pensar agir e sentir-se família. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; BASSET, Úrsula Cristina *et al.* (coord.). **Família e pessoa**: uma questão de princípios. São Paulo: YK, 2018, p. 160.

peças que a compõem, sobretudo as crianças, os adolescentes, os jovens e os idosos, os quais não podem ser oferecidos da mesma maneira por nenhuma outra instituição social ou pelo próprio Estado.

Ademais, os referidos dispositivos elencam relação concêntrica de instituições responsáveis pela garantia de direitos das pessoas supramencionadas e, ao se levar em conta que tal conjunto de responsáveis ficaria deficitário sem a presença do primeiro grupo de pessoas a que se destina o dever de proteção dos indivíduos – que é a família, repita-se –, a proteção dos interesses em si acabaria por restar deficiente, pois que faltaria o elemento primário⁶⁷² do referido rol de responsáveis assinalados. Entende-se a família como primeira entidade de proteção do indivíduo, não por ela ter sido elencada à frente dos demais no texto constitucional, mas por ser o mais próximo do indivíduo em contexto constitucional que se apresenta eudemonista⁶⁷³, claramente, e que se destaca, por exemplo, pelo enunciado do §8.º do art. 226 da Constituição de 1988.

A entidade familiar é responsável, portanto, por garantir às pessoas em pleno desenvolvimento físico, psíquico e espiritual, à frente da sociedade e do Estado, o atendimento aos direitos à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, ao convívio familiar, à dignidade, à liberdade, dentre outros, além de colocá-las a salvo de qualquer forma de discriminação, negligência, exploração, violência, crueldade e opressão. Além disso, o papel de amparar as pessoas idosas, a lhes garantir a participação comunitária, a lhes defender seu bem-estar, seu direito à vida e sua dignidade.

Veja-se, portanto, que o Estado, ao reconhecer a fundamentalidade da família na formação do indivíduo, torna-a juridicamente necessária ao desenvolvimento das pessoas⁶⁷⁴

⁶⁷² Em entendimento similar, Winnicott assevera que faz parte da “necessidade humana ter um círculo cada vez mais largo proporcionando cuidado ao indivíduo” [...], círculos estes que “identificam-se ao colo, aos braços e aos cuidados da mãe”. WINNICOTT, Donald W. **A família e o desenvolvimento individual**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 131. Entende-se, entretanto, que a despeito do autor utilizar-se do exemplo materno para demonstrar a necessidade de proteção do indivíduo e a relação que os âmbitos de proteção a ele endereçados acabam tendo com a sua base familiar, a figura da mãe pode ser facilmente substituída pela ideia de família. Mesmo porque, essa substituição é assinalada pelo próprio autor ao apontar que “a família da criança é a única entidade que possa dar continuidade à tarefa da mãe (e depois do pai) de atender às necessidades do indivíduo”. *Ibid.*, 2001.

⁶⁷³ Nesse sentido menciona-se a [...] “família que exerce função protetiva e promocional em favor de seus membros. Nesse sentido, a família é espaço hábil a fomentar o livre desenvolvimento da pessoa humana, oferecendo a seus membros um refúgio de construção pessoal e intersubjetiva”. FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o direito fundamental à família. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 151-180, jun. 2016. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1730/1644>. Acesso em: 06 jan. 2020.

⁶⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Uma introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 243.

que a compõem e à proteção de seus interesses e garantias. Porém, o texto vai mais além e ressalta a reciprocidade inerente ao processo, ao apontar o art. 229, o que a doutrina especializada passou a chamar de princípio da solidariedade familiar.

Desse modo é que, com esteio nos princípios da convivência familiar, proteção integral da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, da solidariedade familiar, dentre outros que se apresentam no ordenamento jurídico brasileiro como normas de direitos fundamentais, exatamente por estabelecerem direitos subjetivos básicos, sem os quais os destinatários de tais direitos não seriam capazes de se realizarem como seres humanos⁶⁷⁵ ou de construir e manter vida digna e livre⁶⁷⁶, é que se entende ser possível aferir do texto constitucional um direito fundamental à família.

Sem o dado direito fundamental, além das dificuldades expostas relacionadas à outorga de direitos às pessoas que, em razão de suas condições de desenvolvimento, necessitam de maior amparo do núcleo social familiar, outros direitos seriam completamente inaplicáveis, a exemplo do direito à convivência familiar, que restaria inatingível se, a priori, não fosse assegurado ao indivíduo o direito a estar inserido em dada entidade familiar. Somado a esses fatores, tem-se a tratativa da temática relacionada à manutenção, reinclusão e integração das crianças e adolescentes em entidades familiares, conforme abordado no capítulo antecedente, o que demonstra haver, ainda que implicitamente, o direito à família, que é garantido também pelas normas infraconstitucionais.

4.2.3 Dos fundamentos principiológicos do direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar

4.2.3.1 O direito geral de liberdade preconizado pelo texto constitucional

O texto constitucional estabelece, em seu art. 5.º, *caput*, e o inciso II, as seguintes normas: “todos têm garantido o direito à inviolabilidade do direito à liberdade” e “somente por meio de lei alguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa”, do que resulta compreender que o constituinte originário estabeleceu certa liberdade geral ao particular, ou seja, promoveu o ideário de que tudo aquilo que a lei não proibir está permitido. Diz-se certa liberdade porque a atuação do indivíduo encontra a barreira da liberdade e demais direitos das outras pessoas que com ela estabelecem o meio social em que vivem.

⁶⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 181-182.

⁶⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 574.

Desse modo, ao partir desse pressuposto de liberdade individual, seria possível asseverar que o fato de a Constituição ou das demais normas infraconstitucionais não estabelecerem proibição direta ou indireta para a formação de algum⁶⁷⁷ dos modelos de família socialmente verificáveis⁶⁷⁸, possibilita apontar para o entendimento de que a construção de tais modelos familiares é possível, válida e lícita.

Tal argumento deveria ser considerado correto pelo primado da liberdade supramencionado, entretanto, ele se mostra assaz simplista para justificar a elaboração de certo direito fundamental, a despeito de reconhecer-se no ideário da liberdade a premissa fundante do modelo de direitos a que se outorgou a nomenclatura de fundamentais.

Em não sendo suficiente a referida fundamentação, entende-se necessário buscar no conteúdo das normas constitucionais – incluso o princípio da liberdade supramencionado – a argumentação necessária e suficiente para analisar a existência de dado direito fundamental e, sendo possível tal formulação, defendê-lo com argumentos sólidos e, como afirmado, que tenham esteio em normas de direito fundamental.

Nesse sentido, faz-se imprescindível distinguir as definições possíveis do termo liberdade, sobretudo no aspecto filosófico e histórico-jurídico. Para tanto, serão abordados apenas quatro autores para o delineamento da definição de liberdade em razão dos objetivos da presente pesquisa e da limitação relacionada ao corte epistemológico conferido ao presente trabalho, bem como o número significativo de trabalhos que se dedicaram à análise da liberdade que, *de per se*, poderia ser objeto de tese.

Toma-se, aqui, a definição da liberdade ao apontar o entendimento elencado por John Stuart Mill, para quem a liberdade individual deveria ser defendida e promovida pelo Estado, que deveria outorgar plena liberdade de ação ao indivíduo que encontraria obstáculo ou limitações se, e apenas se, a ação praticada por pessoa pudesse ocasionar prejuízo a outrem⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ Aponta-se que nenhum modelo de família é restringido por entender haver diferença entre o crime de bigamia tipificado no art. 235 do Código Penal Brasileiro e a figura da poliafetividade (poliamor), questão essa que será abordada na sequência do presente capítulo.

⁶⁷⁸ Que foram apresentados com seus caracteres e definições na segunda seção do presente trabalho de pesquisa.

⁶⁷⁹ Nesse sentido, o autor afirma o seguinte: “Qualquer tipo de atos que causem dano injustificável aos outros podem ser controlados [...] pelos sentimentos desfavoráveis das pessoas e, quando necessário, pela sua intervenção ativa. A liberdade do indivíduo tem de ter essa limitação; não pode prejudicar as outras pessoas. Mas se se abstém de importunar os outros no que lhes diz respeito e age meramente de acordo com sua própria inclinação e juízos em coisas que lhe dizem respeito, então as mesmas razões que mostram que a opinião deve ser livre provam também que lhe deve ser permitido agir com base em suas opiniões a seu próprio custo sem ser importunado”. MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 90-91.

Há, portanto, nas palavras do autor, uma limitação à interferência considerada legítima da opinião coletiva na independência individual e, “encontrar esse limite, e protegê-lo contra as transgressões, é tão indispensável para o bom estado das relações humanas, como a proteção contra o despotismo político”⁶⁸⁰.

Acentua ainda o autor que o desenvolvimento da individualidade e a possibilidade de exercício dos valores inerentes a cada personalidade tornam a pessoa mais valiosa para si mesma e, conseqüentemente, mais valiosa também para o aglomerado de pessoas de que faz parte⁶⁸¹, sendo fundamental que se conceda às pessoas a oportunidade de levarem suas vidas da forma como lhes convém, ainda que de modo diferente do todo social, posto que assim se concederá justa oportunidade à natureza de cada indivíduo e ao desenvolvimento de suas habilidades e originalidade^{682 683}.

Vê-se, portanto, que a posição adotada por John Stuart Mill é, sobremaneira, a da liberdade negativa⁶⁸⁴, ou seja, aquela pautada numa abstenção do Estado e da sociedade, na prática de interferências diretas na tomada de decisões e na condução da vida dos indivíduos que, pela sua originalidade – para usar termo apontado pelo autor – decidem tomar posturas diferentes daquelas adotadas pela massa de pessoas que compõem o corpo social em que está inserido sem, contudo, atuar de forma a vilipendiar os direitos das demais individualidades que lhe são circunvizinhas.

Em a “Metafísica dos Costumes”, Immanuel Kant aponta a liberdade como o único direito inato ao ser humano em razão mesmo da sua humanidade e prossegue a expor entendimento acerca da liberdade que se aproxima daquele elencado por John Stuart Mill, ao afirmar que a liberdade implica três competências, quais sejam: “igualdade inata”, no sentido de que nenhum homem pode ser obrigado por outros a mais do que pode, ou obrigar os outros; do que resulta a segunda competência relacionada ao domínio de si próprio; e, por fim,

⁶⁸⁰ *Ibid.*, 2011, p. 29.

⁶⁸¹ *Ibid.*, 2011, p. 99.

⁶⁸² MILL, John S. **Sobre a liberdade**. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p.100-101.

⁶⁸³ Acentua John Stuart Mill não haver qualquer razão para que todas as pessoas sejam construídas num qualquer padrão, ou num pequeno número de padrões. Se uma pessoa tem qualquer quantidade razoável de senso comum e experiência, o seu próprio modo de planejar a existência é o melhor, não porque seja o melhor em si, mas sim porque é o seu próprio modo. *Ibid.*, 2011, p. 105.

⁶⁸⁴ Apresentando a característica do Estado de direito, Bobbio assevera que as garantias de liberdade concedidas aos indivíduos têm como função precípua impedir a interferência estatal na esfera de ação do indivíduo, permitindo-se assim que este atue de acordo com sua vontade e não em decorrência da coerção do ente estatal, destacando tratar-se esta de uma liberdade negativa, ou seja, um dever de abstenção. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017, p. 48-49.

a terceira competência relacionada à atuação livre em relação aos outros desde que se não diminua o que lhes pertence, a destacar, sobretudo, a manifestação da ideia⁶⁸⁵.

A limitação à liberdade contida na argumentação de Mill e Kant também fora apresentada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no art. 4.º, que possui a seguinte redação:

A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Da leitura do dispositivo, observa-se que, além da limitação imposta pelo direito alheio⁶⁸⁶, a liberdade recebe condição de exercício adicional, qual seja, a observância aos preceitos legais, questão que será analisada oportunamente.

Essa submissão à lei é apontada também por Benjamin Constant como característica da liberdade entendida pelos modernos, em contraposição àquela defendida pelos antigos, que compreendiam a liberdade como a manifestação coletiva participativa dos indivíduos de certa comunidade, o que pressupunha, por isso mesmo, a possibilidade de submissão do indivíduo ao meio coletivo^{687 688}, haja vista ser a distribuição do poder social entre os membros da mesma pátria o conceito de liberdade dos antigos⁶⁸⁹.

Isaiah Berlin e Norberto Bobbio adicionam a lógica da liberdade negativa, aquela relacionada ao viés positivo da liberdade, ao afirmar tratar-se da tomada de ação por parte do indivíduo no controle e no domínio de si próprio, a determinar o próprio querer sem a atuação

⁶⁸⁵ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2017, p.54.

⁶⁸⁶ Reconhecendo o limite da liberdade imposto pela liberdade dos demais concidadãos, Karl Larenz afirma que “*En aras de la vida conjunta en una comunidad que satisfaga las condiciones de un Estado de Derecho, tienen todos que aceptar ciertas limitaciones de su libertad, sin las cuales ésta no sería posible. Todo derecho de libertad encuentra por esto su límite en el derecho de libertad de los demás y en los deberes que el Derecho impone a cada una en beneficio de la paz jurídica y a todos en beneficio de la existencia de una comunidad erigida sobre la idea del Derecho*”. LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Trad. Luís Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985, p. 62.

⁶⁸⁷ CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos** [livro eletrônico]: discurso pronunciado no Ateneu Real de Paris em 1819. Prefácio Christian Jecov Schallenmüller; tradução Leandro Cardoso Marques da Silva. São Paulo: Edipro, 2019, p. 46.

⁶⁸⁸ Ainda tratando da Liberdade antiga, Benjamin Constant assevera que “todas as ações privadas são submetidas a uma supervisão severa. Nada é concedido à independência individual, nem o que é tocante às opiniões, nem o que o é às ocupações, nem, sobretudo, o que concerne à religião. A faculdade de escolher o próprio culto — faculdade que consideramos como um de nossos mais preciosos direitos — teria parecido aos antigos um crime e um sacrilégio. Nas coisas que nos parecem as mais fúteis, a autoridade do corpo social se interpõe e obstrui a vontade dos indivíduos”. E complementa: “assim, entre os antigos, o indivíduo, soberano quase que habitualmente nos negócios públicos, é escravo em todas as suas relações privadas”. *Ibid.*, 2019, p. 47.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, 2019, p. 49-50.

decisionista do outro⁶⁹⁰. Na mesma toada segue a manifestação de Zygmunt Bauman, para quem a liberdade prescinde do “sentir-se livre”⁶⁹¹, para se locomover, decidir e agir de acordo com sua própria consciência, sem encontrar embaraços delimitados por outras pessoas.

Ambas as lógicas, das liberdades negativas e positivas, têm estreita ligação com o desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação que, segundo esclarece Stefano Rodotà, é reconhecida como direito fundamental pelo Tribunal Constitucional Italiano, bem como é a base da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos⁶⁹², e se caracteriza pela possibilidade de o indivíduo desenvolver-se da forma que lhe aprouver.

Similar é o entendimento exposto por Natércia Sampaio Siqueira e Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz que, ao analisarem as teorias de Rawls e Marx, entendem pela sua aproximação no sentido de que a delimitação das liberdades por ambos proposta conjugava-se. Afirmam os autores que as liberdades básicas assinaladas por Rawls como necessárias para que o indivíduo pudesse exercer sua faculdade moral do racional, a permitir a eles agirem da forma como entenderem melhor para si, sem que seja outorgada aos demais, o direito de interferir na tomada de posição dos primeiros⁶⁹³.

Outrossim, no que pertine à teoria de Marx, Natércia Sampaio e Márcio Diniz asseveram que a ideia de liberdade e emancipação apresentada por ele poderia ser proposta mediante a seguinte assertiva: “uma pessoa que não viva alienada de suas aspirações, desejos, gostos e projetos por razões de subsistência. Uma pessoa que possa ser a si mesma; que possa traçar os seus projetos de vida e desenvolvê-los”⁶⁹⁴.

O mesmo fundamento é salientado por Robert Alexy⁶⁹⁵, que foi e ainda é utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão, com o fito de defender direito geral de liberdade que, em que pese não esteja contido diretamente no texto constitucional daquela soberania, decorreu da construção jurisprudencial do direito ao livre desenvolvimento da personalidade elencado

⁶⁹⁰ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. *In: Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002; BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

⁶⁹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 26.

⁶⁹² RODOTÀ, Stefano. **Derecho de amor**. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2015, p. 23.

⁶⁹³ SAMPAIO, Natércia; DINIZ, Márcio. Liberdade: um elo em comum entre Marx e Rawls. **RevJurFA7**, Fortaleza, v. VIII, n. 1, p. 169-184, abr. 2011.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, 2011.

⁶⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 341.

no art. 2.º, §1.º, daquele texto constitucional^{696 697}, e que abarca, além da liberdade de fazer ou deixar de fazer aquilo que se quer, “a proteção de situações e posições jurídicas do titular de direitos fundamentais”, ou seja, visa a proteger o “fazer” e o “ser” do indivíduo⁶⁹⁸.

Em comentário ao referido direito, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink consideram que a norma que dele promana não protege apenas âmbito delimitado da vida dos indivíduos, mas toda a atuação humana, a constituir verdadeiro direito fundamental outorgado ao cidadão no sentido de apenas ser onerado com restrição que tenha base nas normas que, pelo seu caráter formal ou material, se encontrem conforme a Constituição⁶⁹⁹.

Asseveram ainda que, na forma da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, a liberdade geral outorgada aos indivíduos não se funda em mero exercício arbitrário da vontade, mas em autonomia de tomar as decisões, tendo como esteio plano próprio, a aplicar-se, portanto, em diferentes domínios da vida e com o escopo de desenvolvimento de diferentes aspectos do sujeito, dentre os quais destacam: a autodeterminação, referente ao direito do indivíduo determinar a si próprio e a sua identidade; a autopreservação, que garante ao sujeito retirar-se, proteger-se e ficar por sua conta; e, a autoapresentação, que outorga o direito ao sujeito de se defender de manifestações desprestigiantes públicas e secretas⁷⁰⁰.

Vê-se, portanto, que a amplitude do direito geral de liberdade que, repita-se, no âmbito jurídico alemão decorre de construção jurisprudencial, possui abrangência substancial e apresenta o efetivo compromisso de proteger o indivíduo das interferências e coerções que, porventura, a sociedade ou o Estado pudessem fazer no sentido de obrigá-lo a tal ou qual proceder.

De modo similar e de forma expressa, a Constituição brasileira concede aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país direito geral de liberdade por meio do *caput* do art. 5.º que confere a seus destinatários a possibilidade de defender liberdades que não estejam

⁶⁹⁶ “Artigo 2 [Direitos de liberdade]. (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.”

⁶⁹⁷ Preceito normativo similar é outorgado pela Constituição Espanhola e pela Constituição Portuguesa, apenas para citar alguns exemplos. **Constituição da Espanha**. “Artigo 10 1. A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamento da ordem política e da paz social.” **Constituição Portuguesa**. “Artigo 26.º 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

⁶⁹⁸ ALEXY, Robert, *op. cit.*, 2012, p. 343-344.

⁶⁹⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 183.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, 2019, p. 186-188

expressamente apontadas no rol dos direitos individuais elencados no referido dispositivo constitucional (art. 5º) ou nos demais enunciados normativos propugnados pela Constituição de 1988⁷⁰¹. Sobretudo quando se está diante de direitos que, a despeito de poderem ser alçados do conteúdo constitucional por meio de interpretação sistemática de seus dispositivos, não encontra enunciados normativos negativos (proibição) ou positivos (permissão) no ordenamento jurídico⁷⁰².

É de ressaltar, inclusive, que essa tem sido a tônica das constituições brasileiras que, com exceção da Constituição Política do Império (1824), todas as demais outorgaram o mesmo direito geral de liberdade aos brasileiros e estrangeiros, a condicionar esse exercício, tal qual o texto vigente, à observância da lei, sendo essa a única manifestação estatal capaz de diminuir o âmbito de liberdade dos indivíduos^{703 704}.

O reconhecimento do referido direito geral de liberdade, entretanto, não pressupõe a sua prevalência em relação aos demais direitos e valores expressos e implícitos no texto constitucional, mas deve com eles ser ponderado para que, diante do caso concreto, seja verificado qual das normas – que nesse caso são princípios – deve ser aplicada à resolução da situação fática sob análise, após o exercício de sopesamento devido.

4.2.3.2 A inviolabilidade da intimidade como aspecto relevante para a liberdade de (con)formação da entidade familiar

O direito à liberdade no sentido tratado no item antecedente mostra-se fortemente relacionado ao direito à vida privada e à intimidade. Isso porque é somente nessas esferas diminutas, mas deveras importantes da relação do ser humano consigo mesmo e com o núcleo de sua convivência mais imediata, que a liberdade positiva encontra espaço para florescer e a negativa deve ser outorgada de forma eficaz por parte do Estado e da sociedade, com o fito de garantir o pleno desenvolvimento do indivíduo e o exercício livre de sua autodeterminação.

⁷⁰¹ MELO, Alexandre José Paiva da Silva. **Comentários à constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 82.

⁷⁰² BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [s.l.], n. 2, p. 100-109, dez. 2001. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/34>. Acesso em: 09 jan. 2020.

⁷⁰³ Mesmo a constituição promulgada pelo Regime Militar em 1969 assegurou tal direito, em que pese se reconheça que, em certa medida, tal direito não fora outorgado para aqueles que se mostravam contra o regime ou que defendiam o socialismo como forma adequada de governo, o que fez com que a garantia se mostrasse mais formal que materialmente concretizável.

⁷⁰⁴ Não se pretende enveredar na discussão acerca da definição do vocábulo Lei empregado no dispositivo sob análise, com o escopo de definir se se trata de Lei no sentido lato ou estrito senso, por entender que essa questão está fora do quadro de pesquisa a que essa pesquisa se destina.

Anderson Schreiber assegura que as primeiras discussões acerca da temática que envolve o direito à privacidade foram baseadas na busca pela defesa da vida íntima, em especial da convivência familiar das pessoas, sobretudo após o desenvolvimento de tecnologias que eram, e são, ainda capazes de aumentar o fluxo de dados e conseqüentemente tornar públicas informações pessoais, transmutou-se à defesa de dados pessoais dos indivíduos⁷⁰⁵.

Entretanto, a despeito do alargamento protetivo que a privacidade recebeu ao longo do seu desenvolvimento como direito, e no caso do Brasil, direito da espécie fundamental de proteção de dados, da imagem e da honra das pessoas, para os fins a que se destina a presente pesquisa, é preciso retomar a análise do direito à privacidade como proteção à vida privada e à tomada de decisões do indivíduo nessa esfera tão diminuta quanto cara à pessoa humana.

Em manifestação similar, Carlos Alberto Bittar elenca, dentre os bens assegurados pelo direito à intimidade, a vida familiar e as relações amorosas e conjugais⁷⁰⁶, a ressaltar, assim, que o referido direito abrange, além da relação matrimonial, as relações amorosas de diversas espécies, constituintes ou não de relação familiar. Mas desde que se entenda possível somar um bem ao outro, chega-se à lógica de proteção da entidade familiar independentemente da forma pela qual ela seja estabelecida.

Destaca ainda, o referido autor, que o direito à intimidade representa direito negativo, no sentido de que determina ao Estado e aos demais integrantes da comunidade que se abstenham de divulgar informações relacionadas à família e aos relacionamentos amorosos de dado integrante e, além disso, que também se abstenham de imiscuir-se nas relações íntimas por ele formadas⁷⁰⁷. Veja-se que, nesse ponto, é possível observar certa interseção entre o direito à liberdade e aquele relativo à intimidade.

Ambos se conjugam para fortalecer o entendimento de que existe espaço vital da vida humana em relação à qual ninguém pode adentrar ou manter-se, sem a devida vênua daquele a quem esse espaço pertence e que sobre ele exerce seu senhorio.

Nesse diapasão, é salutar destacar entendimento que difere a esfera privada da intimidade da vida das pessoas. Nesse sentido, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano

⁷⁰⁵ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 137.

⁷⁰⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da personalidade**. 8. ed. rev. aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173-174.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, 2015, p. 174.

Nunes Júnior apontam que a distinção, além de importante para a compreensão da temática, é necessária para o real dimensionamento dos danos que a intervenção em uma ou outra esfera ocasiona e, por conseguinte, deve ser objeto de reparação⁷⁰⁸.

Ainda segundo o autor, as questões atinentes à preferência sexual e à religiosidade estariam mais próximas ao titular do direito, razão pela qual se trataria de situações mais vinculadas ao direito à intimidade⁷⁰⁹. Depreende-se, assim, que a diferença entre intimidade e privacidade seria a maior ou menor proximidade do bem tutelado ao próprio detentor de tal direito. A despeito de a referida análise depender da subjetividade e do olhar do intérprete, o que envolve seu entendimento sobre direito e os seus valores pessoais, essa também é a compreensão de Anderson Schreiber⁷¹⁰.

Desse modo, é razoável concluir que a família, sobretudo a relação familiar nuclear, independentemente da composição e do modelo adotado, tangencia o direito à intimidade, visto que, dentre as relações sociais nas quais o ser humano está inserido, esta é a que mais proximidade guarda com a individualidade da pessoa, visto que são as relações familiares que forjam o indivíduo e que lhe permitem conviver em sociedade.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da ADPF 132, o relator, ministro Ayres Brito, apresentou entendimento divergente do ora exposto. Afirmou o ministro que a intimidade estaria relacionada ao indivíduo singularmente considerado, ou seja, seu sentimento, suas aspirações, sua imagem, sua sexualidade etc., enquanto que a privacidade estaria vinculada aos relacionamentos mais próximos, básicos e caros que dado indivíduo possui.

Outrossim, conforme apontado, para os fins desta pesquisa, entende-se que a intimidade inclui o convívio familiar, sobretudo quando se leva em consideração que o atingimento de tal bem – a família e o convívio familiar –, ocasiona dano imensurável, tanto do ponto de vista pessoal, pois que abala o indivíduo sobremaneira, como do ponto de vista jurídico, pois a Constituição, como assinalado, outorga especial proteção a esse convívio íntimo.

É oportuno destacar, ainda, que se entende haver clara distinção entre a intimidade relacionada à formação e a convivência familiar e aquela relativa ao exercício da sexualidade.

⁷⁰⁸ ARAÚJO Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 110.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, 2012.

⁷¹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

A distinção se faz imperiosa, precisamente por haver parte da doutrina brasileira que entende que as modalidades de convivência social diferentes daquelas elencadas no texto constitucional (art. 226, §1º, § 3.º e §4º) encontrariam fundamento na liberdade de exercício da sexualidade, visto não ser possível reconhecer em tais relações os requisitos necessários para a formação de laços familiares⁷¹¹.

Para diferenciar a intimidade familiar da intimidade sexual, toma-se por base o entendimento de C. S. Lewis, anteriormente elencado, no sentido de haver dois tipos de amores exercidos no seio familiar. O primeiro deles, o amor Eros, que se poderia traduzir como o ato de amar ou estar amando⁷¹². O exercício da sexualidade, por outro lado, seria denominado Vênus⁷¹³. Ambos, em que pese possam ser complementares, não dependem necessariamente um do outro, conforme destaca o autor⁷¹⁴.

Assim, é que se entende necessário divorciar, apenas pontualmente, a ideia de sexualidade da formação de entidade familiar e, por conseguinte, dissociar a identidade ou o exercício da sexualidade do ato de formação da família.

Em primeiro lugar, a práxis social não permite que se correlacione a família com o exercício da sexualidade, isso porque existem formações familiares que se projetam no meio social sem que se verifique o laço sexual como seu pressuposto. Dentre as referidas famílias, têm-se a família monoparental, que como sabido, diz respeito ao relacionamento de um dos genitores com seu(s) descendente(s), e a relação familiar anaparental⁷¹⁵.

Além das supramencionadas, pode-se destacar, ainda, a família coparental, que, a despeito de não ter sido objeto de análise aprofundada pela doutrina e jurisprudência brasileiras, é modelo passível de utilização por aqueles que tenham a intenção de formar entidade familiar sem que mantenham relação conjugal-sexual. Ou seja, é a possibilidade de

⁷¹¹ Danilo Henrique Nunes, Lucas de Souza Lehfeld e Fernanda Morato da Silva Pereira apontam, por exemplo, que a análise do art. 226 e §§ 1, 2 e 3 deve evidenciar a existência de um princípio do pluralismo das entidades familiares, já que por meio dessas disposições o Estado reconhece a existência de múltiplas possibilidades de arranjos familiares. NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas de Souza; PEREIRA, Fernanda Morato da Silva. Os desdobramentos do reconhecimento extrajudicial da “paternidade” socioafetiva. *Civilistica.com.*, Rio de Janeiro, ano 8, n. 2, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/os-desdobramentos-do-reconhecimento-extrajudicial/>. Acesso em: 13 dez. 2019.

⁷¹² LEWIS, C. S. *Os quatro amores*. Trad. Estevan K. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2017, p. 125.

⁷¹³ *Ibid.*, 2017, p.126

⁷¹⁴ “A sexualidade pode funcionar se, o Eros ou como parte do Eros. Apresso-me a acrescentar que faço a distinção comenta para limitar nossa pesquisa e sem qualquer implicação moral. De modo algum apoio a ideia popular de que a ausência ou a presença de Eros torne o ato sexual “impuro” ou “puro”, degradado ou bom, legal ou ilegal”. *Ibid.*, 2017, p.126.

⁷¹⁵ Para definições e tratativa mais aprofundada acerca da modalidade familiar mencionada, direciona-se o leitor ao à segunda seção da presente pesquisa.

duas pessoas que intencionam exercer os papéis maternal e paternal sem se relacionarem amorosamente.

Há, portanto, pelo menos três espécies de família em que se verifica o amor Eros sem a presença do amor Vênus. Em outras palavras, o exercício da afetividade sem que a sexualidade se faça presente, ao menos entre os indivíduos que compõem tais entidades familiares. Isso só fortalece o entendimento apresentado alhures no sentido de que não deve ser reconhecida como família apenas aquele grupo de pessoas que podem exercer o ato de reprodução humana. Essa limitação extirparia as três modalidades supramencionadas do conceito de família e, conseqüentemente, a elas seria negada a especial proteção estatal.

De outro lado, a modernidade líquida em que está inserida a humanidade faz com que as pessoas se relacionem quase a se esquecer, no vai e vem cotidiano, da importância intrínseca que cada pessoa com quem se convive tem para si e para o todo. Com essa desvalorização do humano, tem-se a objetificação sexual dos indivíduos, o que faz com que as pessoas tenham-se e consumam-se para satisfação de seus prazeres⁷¹⁶.

Esta relação fugaz não pode ser considerada, entretanto, família. Isso porque não possui os elementos basilares para que a relação familiar reste caracterizada. Conforme apontado, os requisitos para o reconhecimento de entidade social como família são a continuidade, a afetividade e a materialidade, de acordo com entendimento de Gustavo Tepedino, e em relação ao qual se entende necessário adimplir pela sua razoabilidade e lucidez.

Desse modo, é possível defender que casal heterossexual que contrai matrimônio e semanas depois dissolve a relação por meio do divórcio consensual, é menos família do que o casal de relação contínua, duradoura e com esteio na afetividade de par homoafetivo que perdura por duas décadas. Esse exemplo serve para demonstrar que, efetivamente, não é a sexualidade ou a possibilidade de reprodução natural da espécie humana (Vênus) que forjam a família, a despeito de reconhecer-se que esses elementos ainda se mostram evidentes na maioria das relações familiares brasileiras, mas o efetivo desejo de estar junto, de manter-se apaixonado e a amar um ao outro (Eros).

Disso decorre que, ao se analisar o direito à intimidade, é imperioso diferenciar a intimidade sexual daquela relacionada à família e à convivência familiar. Deve-se, portanto, proteger o exercício da sexualidade do indivíduo em vários matizes, dentre os quais se pode

⁷¹⁶ LEWIS, C. S. **Os quatro amores**. Trad. Estevan K. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2017, p. 128.

destacar a identidade sexual que já fora objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça⁷¹⁷. Do mesmo modo, proteger a convivência familiar decorrente do exercício da liberdade que é outorgada aos indivíduos para formarem as sociedades nucleares nas quais exercem seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a busca da felicidade.

Disso decorre que a inviolabilidade da intimidade familiar pressupõe a proteção à casalar em que as atividades familiares são exercidas⁷¹⁸ e, também, ao ambiente psíquico em relação ao qual a família se desenvolve, ou seja, a construção espiritual da família que, antes

⁷¹⁷“Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. - Sob a perspectiva dos princípios da Bioética? de beneficência, autonomia e justiça?, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. - A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. - A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana? cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. [...] - Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna. - De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar? imperfeições? como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido.” (REsp 1008398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009).

⁷¹⁸ “RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO PROVIDO. 1. **O art. 5º, XI, da Constituição consagrou o direito fundamental à inviolabilidade domiciliar**, ao dispor que ‘a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial’. 2. **A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exigem**. 3. O ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. 4. O STF definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010). 5. O

mesmo de manifestar-se no plano dos fatos, existe na mente e no sentimento de cada membro. Assim, se é imposta uma modalidade familiar que não corresponde às expectativas e aos valores de certa pessoa, esta estará tendo aviltada a *psique*, pois que estará obrigada a viver de modo que não lhe satisfaz, a fazer-se prisioneira⁷¹⁹ de realidade que visa apenas a atender a preceitos sociais.

4.2.3.3 A análise do direito à liberdade de (con)formação sob o viés da igualdade

No que concerne ao ideário da igualdade, tem-se, desde há muito, reconhecido que ela deve ser outorgada àqueles que possuem caracteres similares tais que não se possa diferenciá-los diametralmente. De modo diverso, àqueles em cujas características não se verifica similaridade, não deve ser outorgado o primado sob análise.

Entretanto, conforme preceitua Norberto Bobbio, ao estabelecimento da igualdade é necessário que se esteja diante de duas pessoas e que se estabeleça relação entre elas pautada em parâmetro⁷²⁰ que permita responder a duas perguntas, quais sejam: “a) igualdade entre quem?” e “b) igualdade em quê?” ou em relação ao quê?⁷²¹ Isso porque, conforme pontua o referido autor, enquanto a liberdade é qualidade ou propriedade da pessoa, de modo a poder refletir-se na vontade e no agir da pessoa, a igualdade é “pura e simplesmente uma relação formal que pode ser preenchida pelos mais diversos conteúdos”⁷²².

direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 11.2, destinado, explicitamente, à proteção da honra e da dignidade, assim dispõe: ‘Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.’ 6. A complexa e sofrida realidade social brasileira sujeita as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado quando, no conforto de seus gabinetes, realizamos os juízes o controle posterior das ações policiais. Mas, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que ocasionalmente a ação policial submete pessoas a situações abusivas e arbitrárias, especialmente as que habitam comunidades socialmente vulneráveis e de baixa renda. [...]” (RHC 118.817/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 13/12/2019).

⁷¹⁹ João Batista Vilella afirma, ao contrário, que a família deve ser entendida como o centro de concretização da liberdade do indivíduo. VILELLA, João Batista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

⁷²⁰ Nesse sentido, Marem Guimarães Taborda assevera que “a igualdade só é uma propriedade ou uma qualidade em si mesma, se se referir” a um determinado tipo de relação entre os entes que fazem parte da categoria abstrata humanidade” e se abstrairmos das desigualdades fáticas existentes entre os seres humanos, tais como as que os diferenciam entre homens e mulheres, negros, brancos, amarelos ou vermelhos, pobres ou ricos, mais aptos ou menos aptos para determinadas tarefas, feios ou bonitos etc., para equipará-los em algum sentido ou em relação a um critério previamente determinado”. TABORDA, Marem Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, p. 241-269, jan. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47142/45717>. Acesso em: 21 jan. 2020.

⁷²¹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 12.

Ainda conforme a lição de Bobbio, a igualdade como análise de relação entre entes considerados em torno de parâmetro definido está intrinsecamente relacionada à convivência social atrelada à ideia de justiça atributiva exarada por Aristóteles⁷²³. Sobre a vinculação dos ideários da igualdade e da justiça, Maren Guimarães Taborda assevera que a ideia de justiça indica um problema de justiça social, dentre outros possíveis, e, do ponto de vista jurídico, substancia-se ora num ideal a ser concretizado, ora num alicerce do ordenamento jurídico, a consubstanciar a permanente aplicação do tratamento igual entre os seres humanos⁷²⁴.

Ao tomar-se por base tal ensinamento, é possível extrapolar a relação entre pessoas e passar à análise da relação existente entre entidades sociais e jurídicas⁷²⁵, com o fito de estabelecer entre elas vínculo de igualdade e a observância, ou não, do preenchimento do sentido de justiça em tal vinculação. De um ou outro modo, a igualdade pode ser vislumbrada e analisada, pelo menos, sob dois vieses⁷²⁶, quais sejam, a igualdade perante a Lei e a igualdade de fato ou de direitos.

A primeira vertente da igualdade diz respeito à igualdade formalmente estabelecida, é dizer aquela igualdade entabulada pela Lei de modo genérico, tal qual se tem no art. 3º, IV⁷²⁷, e no art. 5º, *caput*, do texto constitucional, em que o constituinte asseverou serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Entretanto, o referido aspecto não se circunda apenas aí, isso porque a igualdade formal também estabelece limitação ao aplicador e ao legislador⁷²⁸, no sentido de que não podem ser interpretadas ou editadas normas que

⁷²² BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

⁷²³ *Ibid.*, 1997, p. 16-17.

⁷²⁴ TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, p. 241-269, jan. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47142/45717>. Acesso em: 21 jan. 2020.

⁷²⁵ Em entendimento similar, ainda que faça menção expressa à pessoa jurídica, Seabra Fagundes assevera que “Tão vital se afigura o princípio da igualdade ao perfeito estruturamento do estado democrático, e tal é a sua importância como uma das liberdades públicas, para usar a clássica terminologia de inspiração francesa, que, não obstante expresso como garantia conferida a “brasileiros e estrangeiros residentes no país”, o que denota, à primeira vista, ter tido em mira apenas as pessoas físicas, se tornou pacífico alcançar, também, as pessoas jurídicas”. FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 41, p.1-12, jul. 1955. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14874>. Acesso em: 21 jan. 2020.

⁷²⁶ Norberto Bobbio em sua obra “Liberdade e Igualdade” trata de quatro aspectos da igualdade. BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

⁷²⁷ Comentando o referido dispositivo e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, Cléverson Merlin Clève assevera tratar-se de “dispositivo constitucional de garantia da igualdade, que se conecta ao reconhecimento de todas as pessoas como sujeitos de direitos, não tolerando, no ordenamento jurídico brasileiro, discriminações injustificadas”. CLÈVE, Cléverson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 3, p. 542-557, 18 ago. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/115614>. Acesso em: 21 jan. 2020.

⁷²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 396.

estabeleçam privilégio ou perseguições em relação à pessoas ou grupos sociais determinados⁷²⁹.

O segundo âmbito de análise da igualdade, entretanto, diz respeito à necessidade de outorga de mesmos direitos fundamentais àqueles a quem o Estado reconhece a qualidade de sujeito de direitos. É, portanto, mais ampla do que a igualdade perante a lei, já que significa a outorga de mesma possibilidade de gozo dos direitos básicos reconhecidos às pessoas humanas⁷³⁰.

De todo modo, é salutar ressaltar que o tratamento isonômico genericamente considerado não acarretaria benefício ao meio social, mas empecilhos diversos⁷³¹, sobretudo quando se estivesse diante de pessoas ou situações que, mesmo em razão de suas circunstâncias peculiares, fossem tratadas de forma isonômica com o todo⁷³². Daí porque, ao se reconhecer tal impossibilidade, ser necessário estabelecer um fator de diferenciação das pessoas, dos entes, das situações e das coisas, na busca de responder aos questionamento suscitados por Norberto Bobbio acima delineados.

Segundo aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, o referido fator não pode ser considerado em si mesmo, mas deve ser analisado de acordo com a situação fática sob análise e com esteio no objetivo que se pretende alcançar com tal diferenciação, razão pela qual afirma o autor que a desequiparação deve obedecer a três critérios complementares⁷³³.

O primeiro deles pressupõe que o *discrímen* deve ter a característica da generalidade – no que pertine aos destinatários do tratamento diferenciado – e, ao mesmo tempo, objetividade – pois que deve se pautar em características das pessoas consideradas, não sendo possível concretizar um *discrímen* com base em situações ou características alheias às pessoas comparadas⁷³⁴.

⁷²⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 9-10.

⁷³⁰BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 29.

⁷³¹ALEXY, Robert, *op. cit.*, 2012, p. 396.

⁷³²Hans Kelsen, afirma acerca da referida questão que “seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 99.

⁷³³MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, 2013, p. 21.

⁷³⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 23-35.

O segundo critério diz respeito à necessidade de vinculação lógica entre o tratamento desigual que se pretende estabelecer e a qualidade pessoal suscitada como fator discriminatório para a concretização da desequiparação pretendida⁷³⁵. É dizer, o fator escolhido para funcionar como razão para o tratamento desigual deve estar diretamente relacionado com o tratamento desigual que se pretenda concretizar.

O terceiro e último critério, é imperioso que a desequiparação pretendida atinja interesse constitucionalmente protegido, ou seja, esteja de acordo com os valores e as normas emanados pelo texto constitucional e, ainda, esteja alicerçada em valiosa razão para o bem público⁷³⁶. Estabelece-se, assim, uma correlação lógico-formal entre o *discrimen* e a situação fática, de que resulta o referido tratamento diferenciado. É importante, acima de tudo, que a referida desequiparação não afronte as balizas positivas ou valorativas do texto constitucional, sob pena de se estar diante de ato tirânico⁷³⁷.

Robert Alexy, de forma similar, buscou formular entendimento que buscasse estabelecer situações, nas quais o tratamento discriminatório se faria necessário ou arbitrário. Nesse sentido, ao analisar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, o referido autor aponta as seguintes fórmulas: “Se não houver permissibilidade para um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório”⁷³⁸ e “Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório”⁷³⁹.

Dito de outro modo, pela análise do referido autor, o Tribunal Constitucional Alemão entende que somente pode haver tratamento desigual quando haja uma razão fundante hábil a tornar permissivo tal desequiparação, caso contrário, o tratamento igual se impõe. De modo inverso, é preciso que haja um dever de tratamento igualitário, sob pena de o tratamento desigual ser obrigatoriamente adotado.

Apresentados os referidos entendimentos – ainda que de forma enxuta –, pode-se passar à verificação da aplicabilidade do tratamento desigual entre os modelos de família constitucionalmente estabelecidos e aqueles reconhecidos pela práxis doutrinária e jurisprudencial. Com tal objetivo não se confrontará todas as espécies de família, mas se

⁷³⁵ *Ibid.*, 2013, p.37-40.

⁷³⁶ *Ibid.*, 2013, p. 41-43.

⁷³⁷ BUENO, Pimenta *apud Ibid.*, 2013, p. 42.

⁷³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 408.

⁷³⁹ *Ibid.*, 2012, p. 410.

centrará nos modelos hétero e homoafetivo, haja vista a predileção de parte da doutrina, conforme explicitado, pelo caráter reprodutivo da convivência familiar.

Nestes termos, seguem-se os traçados apontados por Celso Antônio Bandeira de Mello, e se leva em consideração a característica da reprodutibilidade como razão para a desequiparação pretendida entre as famílias homo e heteroafetivas por parte da doutrina – conforme demonstrado. Pode-se observar que é defensável a utilização do referido critério do ponto de vista de sua generalidade e objetividade, pois que recairia sobre todas as pessoas que apresentassem a característica da homoafetividade e tivessem interesse em construir entidade familiar para si, e o mesmo poderia se argumentar quanto à necessária vinculação lógica entre o critério e o objetivo que se pretende alcançar, já que a igualdade dos sexos em dado par homoafetivo impediria a utilização de seus próprios órgãos reprodutores como meio para a multiplicação humana.

A despeito disso, o terceiro e último parâmetro de análise da conformação do critério não seria atendido, qual seja, a observância dos valores constitucionais e o atingimento do interesse público constitucionalmente estabelecido. Isso porque a referida discriminação afronta diretamente a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade constitucionalmente estabelecidas, conforme se verá adiante.

De modo similar, com base no entendimento de Robert Alexy, a desequiparação entre a família heterossexual e a comunidade de convivência homoafetiva não se perfaz aceitável, sobretudo quando o critério de desequiparação utilizado é a possibilidade de reprodução natural da espécie humana, ou seja, a possibilidade fisiológica de gerar uma nova vida⁷⁴⁰.

Existem, ao menos, duas razões para isso. A primeira delas diz respeito à lógica igualitária que o texto constitucional estabelece no *caput* do seu art. 5º e, sobretudo, no inciso IV do seu art. 3º, inclusiva – estabelecida no preâmbulo constitucional –, de proteção à dignidade da pessoa humana – insculpida no art. 1º, III, da CF/88 – e de liberdade

⁷⁴⁰ Em sentido similar se manifestam Danilo Henrique Nunes, Lucas de Souza Lehfeld e Fernanda Morato da Silva Pereira para quem “o direito de família está compreendido pelos direitos humanos, pois por última análise garante dignidade para todas as entidades familiares, independentemente da sua dimensão de manutenção da espécie humana, por meio da reprodução (casais heteroafetivos)”. Pode-se concluir, portanto, na linha do que se preconiza na presente pesquisa, que os autores mencionados entendem que a possibilidade de construção, participação de entidade familiar, bem como a criação do sentimento de pertencimento familiar garante ao indivíduo o atingimento de sua dignidade, independentemente do modo pelo qual a sua família esteja constituída. NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas de Souza; PEREIRA, Fernanda Morato da Silva. Os desdobramentos do reconhecimento extrajudicial da “paternidade” socioafetiva. **Civilistica.com.**, Rio de Janeiro, ano 8, n. 2, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/os-desdobramentos-do-reconhecimento-extrajudicial/>. Acesso em: 13 dez. 2019.

condicionada à Lei – prevista no art. 5º, II, da CF/88. Ora, se à época da feitura e da promulgação do texto constitucional se mostrava concebível o estabelecido da promoção do bem de todos como fundamento do Estado Democrático, a excluir-se dessa premissa os homossexuais, hodiernamente, dada a situação social do país, com o crescimento do número de pessoas homoafetivas, a contrariedade de tal procedimento aos valores constitucionais inclusivistas e garantistas se mostra mais latente⁷⁴¹.

A outra razão para a impossibilidade de utilização do referido critério é a sua inaplicabilidade aos modelos familiares constitucionalmente estabelecidos. Explica-se. Se se parte do pressuposto de que só é família a convivência entre pessoas em relação às quais seja possível a concretização do ato de reprodução humana, ainda que potencial, que dizer da família monoparental? Veja-se que, nesse modelo, é inconcebível que mãe e filho ou pai e filha pratiquem ato sexual entre si com o esteio de reprodução da espécie⁷⁴².

Somado a tal fato, não se pode pressupor que toda relação monoparental decorreu, necessariamente, de relação amorosa e sexual vivida pela pessoa que exerce o papel de pai ou de mãe com terceiro, do qual se originou o descendente que compõe o referido modelo familiar, não sendo possível assim justificar o argumento com a ocorrência pretérita de ato de reprodução que tenha originado a família sob exame. Isso porque a adoção regular, ou à brasileira, é meio legítimo de constituição da relação monoparental e, nesse caso, a relação sexual pretérita originadora do referido convívio nunca existiu.

Pode haver quem defenda que a família monoparental é uma exceção à regra da formação familiar pautada no critério da reprodutibilidade, e que a regra adotada pelo constituinte é que a entidade primeira em que o homem está inserido pauta-se, sobretudo, na existência de relação heteroafetiva, daí porque a Constituição de 1988 assevera, em duas

⁷⁴¹ Isso decorre da modulação na aceitação de tal ou qual critério de desequiparação ao longo do tempo. Nesse sentido, Bobbio assevera que A relevância ou irrelevância [de dada diferenciação] é estabelecida com base em opções de valor. Enquanto tal, é historicamente condicionada. Se recordarmos as justificações adotadas, em cada oportunidade concreta, para justificar as sucessivas ampliações dos direitos políticos, compreenderemos que uma diferença considerada relevante em um determinado período histórico (para excluir certas categorias de pessoas dos direitos políticos) deixa de ser considerada relevante num período posterior”. BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 28. À título de exemplo pode-se destacar o direito ao voto concedido à mulher apenas em 1932 no Brasil, até então a diferenciação entre homem votante e mulher não votante era considerada natural e justa. De modo similar, e buscando uma exemplificação mais próxima da temática tratada, pode-se destacar a impossibilidade de casamento inter-racial no Estados Unidos da América que perdurou até o ano de 1967.

⁷⁴² Na tragédia Grega “Édipo Rei”, Édipo após descobrir que se deitava com sua mãe após ter assassinado o pai, fura os próprios olhos com o fito de não ser capaz de perceber – ao menos com a utilização do sentido visual – a condenação social que saberia seria objeto. SÓFOCLES. **Édipo Rei**. Trad. Ordep Serra e Sueli de Regino. São Paulo: Martins Claret, 2015.

oportunidades – casamento e união estável – a necessidade de dualidade sexual. Entretanto, não se pretende voltar à análise de tal questão, posto que anteriormente apresentada.

Pelo exposto, entende-se que o referido critério não é utilizável para a desequiparação pretendida, pois que não se apresenta em conformidade com os valores constitucionalmente estabelecidos.

4.2.3.4 A liberdade de (con)formação da entidade familiar como meio necessário ao atendimento da dignidade da pessoa humana

É ponto comum entre aqueles que se dedicam ao estudo do princípio fundamental da dignidade da pessoa verificar, e afirmar, que o referido princípio, em razão de sua potencialidade inata à defesa de situações, interesses e direitos individuais, ter sido amplamente utilizado em argumentações retóricas acerca do que versavam da sua aplicabilidade, efeitos e eficácia na defesa de tal ou qual direito dito fundamental. Há quem defenda, inclusive, que o referido princípio sofreu certa banalização tal⁷⁴³, que o seu conteúdo resta esgotado.

Não obstante essa realidade constatável por simples pesquisa do termo “dignidade humana” nos sistemas de pesquisa gerais ou acadêmicas da internet, faz-se imprescindível, para a compreensão e a formulação do direito à liberdade de (con)formação da entidade familiar, trazer à baila o princípio fundante do Estado Democrático de Direito⁷⁴⁴. Aqui, talvez com mais fundamento do que em outras possibilidades de uso, haja vista o objeto da presente pesquisa tratar-se da família e dos direitos que as pessoas possuem, ou não, de construir seus próprios seios familiares.

Faz-se possível afirmar que não há nada mais importante que a família, apenas o indivíduo humano, a quem o meio familiar é responsável por cuidar, amparar, proteger e desenvolver. Daí porque a discussão acerca do princípio da dignidade humana e da sua

⁷⁴³ SÓFOCLES. **Édipo Rei**. Trad. Ordep Serra e Sueli de Regino. São Paulo: Martins Claret, 2015, p. 12.

⁷⁴⁴ Nas palavras de José Afonso da Silva, trata-se de valor supremo. Conforme se depreende do seguinte excerto: “poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica, Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.” SILVA, José A. da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>. Acesso em: 20 jan. 2020.

relevância para o direito liberal em construção ser assaz necessária. A família só existe pelo indivíduo e este, em contrapartida, só sobrevive em razão da família⁷⁴⁵.

A relação entre dignidade da pessoa e a família, portanto, é extremada e mostra-se configurada, inclusive, no texto constitucional de 1988, pois que o constituinte, conforme asseverado, utilizou-se do vocábulo dignidade apenas em quatro oportunidades distintas, no inciso III do art. 1º, quando estabeleceu a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático por ele fundado, e com o fito de defender a liberdade no planejamento familiar (§7º do art. 226), de garantir a plena atenção às necessidades e direitos das crianças, adolescentes e jovens (art. 227, *caput*) e, por fim, para outorgar proteção às pessoas idosas (art. 230, *caput*), sendo estes dois últimos deveres impostos, prioritariamente, à família.

Portanto, além de estabelecer a dignidade humana como alicerce de todo o ordenamento normativo brasileiro⁷⁴⁶, o constituinte originário foi além e entendeu por bem vincular a ideia de dignidade (da pessoa humana) à família e às relações decorrentes da formação desses núcleos sociais. Isso demonstra que o constituinte, além de fazer da pessoa humana o fundamento e o fim do Estado⁷⁴⁷, estabeleceu profundo liame entre o referido ideário da dignidade e a família⁷⁴⁸, daí porque a análise do referido princípio se ajusta ao objetivo da presente tese⁷⁴⁹.

⁷⁴⁵ Diferente dos demais animais que, de modo geral, em poucas horas após o nascimento estão preparados para enfrentar o dia-a-dia de seu habitat natural, o ser humano, frágil como é, depende da proteção e da instrução de outros que lhe antecederam na existência. Tais cuidados, segundo as normas jurídicas brasileiras – e ocidentais de modo geral – só encontram seu término com o alcance da maioridade pelo indivíduo, o que o torna total ou relativamente dependente de outra(s) pessoa(s) até os 18 anos de idade.

⁷⁴⁶ Nesse sentido asseveram Nelson Nery Júnior e Georges Abboud que o referido princípio da dignidade da pessoa humana “não é apenas uma arme de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de interpretações possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico.” E continuam afirmando que “uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir o desenvolvimento integral do homem, que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade humana, que não se presta para servir ao homem, permitindo-lhe atingir seus anseios mais secretos, não se pode dizer Ciência de Direito” NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional**: curso completo. 2. ed. São Paulo: Thonsom Reuters, 2019, p. 163. No mesmo sentido, manifesta-se BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-148, p. 105.

⁷⁴⁷ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. **Revista Justitia**, São Paulo, v.67, n.201, jan./dez. 2010, p. 362.

⁷⁴⁸ O que se confirma pela redação dos mencionados dispositivos constitucionais: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. (art. 227 e 230, precipuamente).

⁷⁴⁹ Deve-se destacar, entretanto, pelo que fora já afirmado que não se adere ao entendimento de Ives Gandra da Silva Martins quando assevera que “a dignidade da pessoa humana não é compatível com algo que fere a dignidade da família” (considerado o núcleo familiar secularizado alhures tratado), do que resulta que o atendimento da dignidade da pessoa humana, no relacionamento familiar, deve atender à dignidade da entidade familiar em si considerada. Pode-se concluir, portanto, seguindo o entendimento sobredito, que a dignidade do indivíduo está a serviço da instituição ao passo que o entendimento que se adota é o inverso, ou seja, que a instituição deve estar a serviço do indivíduo. MARTINS, Ives Gandra da Silva. A família na constituição. *In*: CARVALHO, Paulo de B. (coord.). **A família na constituição brasileira**. São Paulo: Noeses, 2019, p. 03.

Nesse sentido, é possível, após o breve introito, utilizar-se do entendimento de Kant na tentativa de definir o objeto da dignidade humana, haja vista que, como assevera Luís Roberto Barroso⁷⁵⁰, as tentativas conceituais desenvolvidas pela doutrina nacional e estrangeira acabam por remontar à ideia postulada por Kant. Para o referido autor prussiano, o indivíduo não poderia sofrer objetificação por parte do Estado ou das demais pessoas, visto suas características biopsíquicas únicas, quais sejam, racionalidade e consciência⁷⁵¹, que o diferenciam das demais espécies animais, sendo, portanto, um fim em si mesmo⁷⁵².

Soma-se a isso o fato de a dignidade da pessoa humana não necessitar de situação específica ou de tal ou qual característica individual para ser reconhecida e protegida pelo Estado, uma vez que é inerente a toda e qualquer pessoa, independentemente da sua situação social, da sua posição econômica, da prática de atos contrários à legislação, da orientação sexual ou do modo pelo qual decide construir sua convivência familiar. Disso resulta que todos são iguais em dignidade⁷⁵³. Tal entendimento parece estar expresso no âmbito de proteção da dignidade humana pelo Tribunal Constitucional Alemão, o qual possuem três subdomínios, quais sejam: (a) a subjetividade humana, (b) a igualdade jurídica fundamental das pessoas e (c) a garantia do mínimo necessário para viver⁷⁵⁴.

Ao se buscar uma delimitação do conteúdo da dignidade da pessoa humana, dada a fórmula genérica de Kant, Luís Roberto Barroso assinala três âmbitos de identidade do preceito sobredito, quais sejam: (a) o valor intrínseco de todo ser humano, (b) a autonomia privada das pessoas e (c) as limitações impostas pelos valores sociais ou interesses estatais. O primeiro âmbito seria, segunda aponta o autor⁷⁵⁵, decorrência da própria singularidade da natureza humana que lhe concede *status* diferenciado no mundo, acima das demais espécies. O segundo âmbito, o da autonomia individual, diz respeito ao conteúdo ético da dignidade da pessoa humana, e concretiza-se por meio do exercício do livre-arbítrio do indivíduo na persecução de seus próprios interesses, pautado em seus valores e desejos⁷⁵⁶. Por fim, o terceiro âmbito de incidência da dignidade humana estaria relacionado à ideia de dignidade

⁷⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 61 e ss.

⁷⁵¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV, p. 183.

⁷⁵² KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2017.

⁷⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, n. 09, p. 364-388, jan./jun. 2007.

⁷⁵⁴ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução Antônio Francisco de Sousa, António Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 174-175.

⁷⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 76.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, 2013, p. 81.

comunitária, no sentido de que o exercício do livre-arbítrio individual, conformador da dignidade humana, encontraria limitação no interesse e valores coletivos (comunitários), haja vista esse meio social ser formado por pessoas tão livres e vinculadas ao valor da dignidade quanto àquele indivíduo isoladamente considerado⁷⁵⁷.

Sobre esse aspecto, tem-se discutido acerca da existência ou não de caráter absoluto no princípio fundante sob análise, havendo aqueles que defendam a sua inviolabilidade incondicional e aqueles outros que prescrevem a possibilidade de, diante o caso concreto e sob o exercício de ponderação argumentativa, afastar-se a aplicabilidade do referido princípio em favor do bem coletivo, e aqueles outros ainda que defendem que a dignidade humana somente pode ter seus efeitos minorados em conflito com a dignidade de outrem⁷⁵⁸, ou seja, somente poderia haver ponderação entre dignidades e não entre dignidade e um outro valor, ainda que este se perfaça em direito fundamental.

Dentre as possibilidades supramencionadas, entende-se que o caráter absoluto deve ser afastado, mas apenas no sentido de se considerar possível o conflito de interesses que ponham à mesa duas possíveis violações à dignidade da pessoa humana, não sendo possível, portanto, que o referido princípio seja relativizado em razão de outro valor que não seja de mesma estatura e importância no ordenamento jurídico, seja do ponto de vista sistemático ou ainda dogmático.

Isso porque o que se depreende do texto constitucional de 1988, bem como da legislação internacional, é que o valor dignidade reconhecido na pessoa humana encontra-se acima dos demais valores, princípios e regras que compõem os ordenamentos jurídicos ocidentais, posto que é dele que retiram sua fundamentação basilar e para ele é que voltam as suas respectivas eficácias no âmbito jurídico-factual. Desse modo, afastar a dignidade em razão de outro princípio, que não o da própria dignidade humana, resultaria em descumprimento redundante do preceito e, por conseguinte, de todo o plexo normativo que ele conforma.

Robert Alexy entende de forma diversa, pois que defende que mesmo a dignidade da pessoa humana pode sofrer a ação da ponderação inerente ao exercício do sopesamento

⁷⁵⁷ *Ibid.*, 2013, p. 87-88.

⁷⁵⁸ Nestes termos manifestam-se SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 130 e MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. **Revista Justitia**, São Paulo, v.67, n.201, jan./dez. 2010, p. 364-365.

proposto em sua tese da teoria dos direitos fundamentais. Entretanto, conforme assinalado acima, entende-se quanto ao tema, que a ponderação, ainda que existente, somente pode ser realizada em razão da existência de conflito com outro direito fundamental de mesma estatura, ou seja, quando se estiver ante um conflito entre dignidades humanas.

De regresso à vinculação da dignidade da pessoa humana com o direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar, pode-se asseverar que o exercício da liberdade de construção do modelo familiar, que atenda aos imperativos da autodeterminação do indivíduo que, ao exercitar sua liberdade de agência⁷⁵⁹, pode atuar no sentido de construção de sua própria felicidade, é imprescindível para a efetivação de sua dignidade⁷⁶⁰.

É bem verdade que a Constituição não estabelece o dever ao Estado de permitir o livre desenvolvimento da personalidade⁷⁶¹ e a busca pela felicidade como o fazem as Constituições Portuguesa⁷⁶², do Japão⁷⁶³ e como já havia assinalada a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia⁷⁶⁴, apenas para citar dois exemplos. Entretanto, os referidos direitos decorrem do direito geral de liberdade outorgado ao cidadão pelo Estado e da ausência de limitações constitucionais que coíbam o referido comportamento e tomada de atitude por parte dos

⁷⁵⁹ O referido termo é utilizado por Natércia Sampaio Siqueira e Marcelo Sampaio Siqueira que elencam diversos matizes dessa liberdade de agência como característica específica do formato de liberdade entendida e difundida no século XIX que, segundo os referidos autores foi responsável por criar uma cisão social entre o proletariado e os burgueses, fazendo ascender o entendimento de liberdade positiva. Continuam os autores apontando, utilizando para tanto as teorias de Rawls e Dworkin, que ao homem deve ser ofertada a possibilidade de construção de projeto pessoal que, para além do desejo instintivo, perpassa pela sua racionalidade e pela valorização de seus próprios interesses. A liberdade seria, desde esse ponto de vista, necessária para o exercício da sua racionalidade, fator essencial ao respeito igualitário de sua dignidade individual, bem como pressuposto necessário da democracia. *Liberdades e equanimidade: elementos axiológicos estruturantes das democracias contemporâneas*. SIQUEIRA, Natércia Sampaio; SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões sociojurídicas**, ano XVIII, n. 29, p. 47-61, nov. 2017.

⁷⁶⁰ Segundo aponta Stefano Rodotà, A autodeterminação se identifica assim com o projeto de vida realizado ou desejado pela pessoa. RODOTÁ, Stefano. *Autodeterminação e laicidade*. Tradução Carlos Nelson de Paula Konder. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018.

⁷⁶¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de; LINS, Ana Paola de Castro e. *Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro*. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 17-41, jul./set. 2018, p. 19.

⁷⁶² “Art. 26º 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

⁷⁶³ “*Article 13. All of the people shall be respected as individuals. Their right to life, liberty, and the pursuit of happiness shall, to the extent that it does not interfere with the public welfare, be the supreme consideration in legislation and in other governmental affairs.*” Disponível em: https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html. Acesso em: 21 jan. 2020.

⁷⁶⁴ “*Section 1. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.*” Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>. Acesso em: 21 jan. 2020.

indivíduos. Como demonstrado, com exceção do rol de modalidades de família entabulado no art. 226 (§1º, §3º e §4º) – desde que considerado rol fechado⁷⁶⁵ –, não haveria outro argumento que permitisse a delimitação do exercício de liberdade que esta pesquisa propõe.

Em argumento similar, Jorge Miranda associa a dignidade da pessoa humana à possibilidade de exercício da autonomia individual, direito este que estaria patenteado, segundo o autor português, em diversos direitos esparsos garantidos no texto constitucional do referido País irmão, dentre os quais se pode destacar o desenvolvimento da personalidade e da liberdade individual no que diz respeito ao planejamento familiar⁷⁶⁶.

Por todo o exposto, resta assente que a dignidade da pessoa humana não pode ser efetivamente concretizada sem que se possibilite aos indivíduos a sua inserção em seio familiar, por ele próprio construído ou em que ele é recebido pelos meios biológicos, jurídicos ou socioafetivos de estabelecimento das relações familiares. Mas, além disso, depende também da outorga de liberdade e discricionariedade ao indivíduo na formação de sua família, tendo em vista que os seus valores pessoais e sua autorrealização não dependem da autorização social ou do Estado, sobretudo pela forma como a questão familiar fora tratada pelo texto constitucional.

Ademais, não se pode asseverar que o exercício de tal liberdade restaria frustrado pelos valores comunitários que circundam o indivíduo e, de certo modo, estabelecem o padrão comportamental social, dado que, conforme apontado, sendo a relação familiar de caráter íntimo, as decisões relacionadas à formação do núcleo de convivência da família não teriam o condão de atingir a dignidade dos demais membros da sociedade ou seus interesses individuais, razão pela qual a intervenção do Estado ou da sociedade não se faria possível. Não há, portanto, embate entre a dignidade individual e aquela comunitária.

⁷⁶⁵Em sentido contrário ao confinamento dos modelos de família ao rol exposto no art. 226 da CF/88, e a necessária vinculação da abertura de tal rol à dignidade da pessoa humana, tem-se a seguinte manifestação de Joyceane Bezerra de Menezes: “o confinamento da ideia de família aos três modelos específicos ali consignados. Especialmente considerando um modelo constitucional firmado na defesa da dignidade da pessoa humana, nos direitos fundamentais, no respeito à pluralidade e à diversidade, que prima pela inclusão”. MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família na Constituição Federal de 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 119-130, jan./jun. 2008.

⁷⁶⁶MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. **Revista Justitia**, São Paulo, v.67, n.201, jan./dez. 2010, p. 373.

4.2.4 *Conteúdo do direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar*

Viu-se nos itens antecedentes que o direito fundamental que aqui se propõe encontra seus fundamentos caros nos primados constitucionais que compõem o fundamento do Estado Democrático de Direito que a Constituição de 1988 assentou com a sua promulgação, a consubstanciar-se, portanto, em direitos individuais subjetivos conferidos aos indivíduos, tais como a liberdade, a igualdade, a intimidade e em atenção à dignidade humana que, como ressaltado, é reconhecida pelo ordenamento jurídico como fundamento do Estado e, por isso mesmo, deve permear toda a dogmática e práxis jurídica do país.

Entretanto, demonstrar a vinculação do direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar não é suficiente para delimitar o seu conteúdo e sua abrangência. Essa tarefa depende da demonstração efetiva de sua possibilidade e, principalmente, da necessidade de sua concretização no mundo dos fatos com a consequente solução de conflitos sociais e com a potencialização máxima da efetividade dos direitos fundamentais expressos no texto constitucional. É dizer, o conteúdo do referido direito decorrente está na sua capacidade de, ao solucionar conflitos concretos, efetivar da melhor maneira possível os direitos fundamentais dos quais ele foi construído.

Assim é que se entende que o direito fundamental à liberdade de confirmação da entidade familiar tem a tessitura necessária para solucionar conflitos contemporâneos relacionados às questões familiares, sobretudo aquelas relacionadas à formação de vínculos familiares por meios outros que não sejam o matrimônio e a consanguinidade – modelos estes que, conforme demonstrado no primeiro capítulo do presente estudo, mostram-se fortemente ligados à ideia orgânica da família, que viu seu monopólio ser dissolvido no decorrer do século XX⁷⁶⁷.

É que as relações familiares e sociais hodiernas não são as mesmas que se encontravam vigentes no momento em que o texto constitucional fora proposto e promulgado, e se diferem ainda daquelas circunstâncias da vida social existentes de forma manifesta quando da promulgação do Código Civil de 2002, que, conforme demonstrado, em que pese tenha avançado na tratativa da matéria família – principalmente no que diz respeito à igualdade

⁷⁶⁷RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; BONFIM, Marcos Augusto Bernardes. Uma análise do Recurso Extraordinário nº 878.694 à luz do direito fundamental à liberdade: qual espaço para a autodeterminação nas relações familiares? *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 22, p. 141-178, out./dez. 2019, p. 156.

estabelecida entre o homem e a mulher no comando da entidade familiar e à isonomia aplicada aos filhos havidos dentro e fora do matrimônio –, em outros pontos manteve-se estagnada.

A estagnação da legislação infraconstitucional, entretanto, não impede a construção do direito fundamental proposto, já que é dos valores que amarram o texto constitucional à proteção da dignidade humana e à construção de uma sociedade justa, livre e solidária que se extrai sua existência. Deve-se reconhecer, dos supramencionados objetivos fundamentais da República brasileira, e à vista do que se defende nesta pesquisa, que a construção de uma sociedade tal, pautada na dignidade da pessoa humana e pautada na justiça, liberdade e solidariedade depende, necessariamente, da conformação das relações familiares direcionadas ao pleno desenvolvimento do indivíduo⁷⁶⁸.

Já que, sendo ela a base da sociedade, quanto maior for o sentimento de inclusão das modalidades familiares distintas no seio social, maior será a possibilidade de superação de estigmas e preconceitos que historicamente recaem sobre aquelas pessoas que não seguem o padrão socialmente estabelecido que, inclusive, já deu diversos exemplos de seus equívocos. Do mesmo modo, a permissão do desenvolvimento do indivíduo na seara familiar por ele permite a inserção deste indivíduo no convívio social e na tomada de decisões que formulam e mantêm o Estado, o que é imprescindível também para o atendimento da sua dignidade como pessoa humana.

Além disso, o que se verifica na prática é o crescimento do número de vinculações familiares que não se atêm aos modelos familiares expressamente previstos no texto constitucional, a estabelecer-se assim desconexão entre a norma que rege a matéria – com as peculiaridades e porosidades já assinaladas – e as experiências familiares que se mostram pulsantes no cotidiano das pessoas, conforme se demonstrou no segundo capítulo deste estudo, por meio de manifestações artísticas que as expõem para aqueles que ainda se recusam a vê-las.

Uma análise comparativa perfunctória, desde que alijada do preconceito romântico e religioso pautado numa fé mal compreendida que não acolhe, mas que se esquivava da realidade, será suficiente para verificar que a formação da entidade familiar do dia a dia das pessoas não se fundamenta exclusivamente no modelo matrimonial, convivencial ou

⁷⁶⁸ *Ibid.*, 2019, p. 160.

monoparental, mas abrange diversas outras modalidades que, diante de interpretação literal que pretende fazer do intérprete *la bouche de la loi*, acabam ficando alheias da proteção que merecem.

E o merecimento que possuem não decorre unicamente do fato de serem compostas por pessoas humanas que devem ter seus anseios atendidos ou, pelo menos, não atrapalhados pelo Estado, especialmente quando o exercício do interesse e do querer particular não tem o condão de gerar mácula para o interesse de outra individualidade ou da comunidade a que pertence. A atenção a tais direitos não gera a fragmentação da pessoa humana⁷⁶⁹, mas ao contrário, fortalece-a no meio social, a fazer do atendimento de seus direitos o centro das atenções do Estado e das instituições⁷⁷⁰.

A importância social que tem e que deve ser reconhecida, amparada, protegida e justificada pelo direito é a de que esses meios sociais nucleares que ficam alijados do reconhecimento jurídico exercem, no mais das vezes, de forma mais completa, o mister social para o qual existem, qual seja, a proteção e a promoção do indivíduo, bem como sua preparação para a convivência na mesma sociedade da qual se vê descartada. Não são reconhecidas como família as entidades que possuem as características da funcionalidade – conforme critério funcional apresentado no primeiro capítulo – familiar.

Essa, portanto, é a razão de a necessidade do direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar garantir que as comunidades nucleares apartadas dos direitos da instituição que são, ainda que formalmente não atendam aos requisitos estabelecidos para tanto, sejam reconhecidas como o que são de fato, na busca de aproximar o direito subjetivamente considerado do seu objetivo de proteção e promoção do indivíduo.

Não se pretende com isso defender que a formalidade do direito deva ser deixada de lado, e que os comandos que dele provêm possam ser modificados ao bel prazer daquele que se empenha na ardorosa missão de compreender sua funcionalidade, sua importância e sua fundamentalidade social. Apenas entende-se que não cabe mais aplicar o direito como o dever-ser proposto na teoria de Hans Kelsen⁷⁷¹, que pretendia fazer com que o dever-ser

⁷⁶⁹Apontamento este feito por CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. A progressiva subjetivação do direito de família brasileiro. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, ano 5, v. 16, p. 64-84, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://adfás.org.br/wp-content/uploads/2018/12/RDFAS-16-vers%C3%A0>. Acesso em: 20 jan. 2020.

⁷⁷⁰LEAL, Livia Teixeira. Multiparentalidade genética? Análise da sentença proferida pelo Juiz Filipe Luis Peruca, de Cachoeira Alta – Goiás. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 20, p. 139-154, abr./jun. 2019.

⁷⁷¹KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

(direito) fosse capaz de modificar o ser (realidade) pela simples subsunção da norma ao fato analisado. A aplicação dos enunciados normativos que formam o direito deve, na contemporaneidade, levar em consideração a própria situação de fato que se pretende condicionar, sob pena de a norma válida e efetiva se mostrar ineficaz e obsoleta.

Como, portanto, seria possível adequar a realidade social hodierna, com todas as suas nuances e liquidez, à axiologia dos princípios constitucionais mais caros, como a liberdade, a igualdade e a proteção à intimidade dos indivíduos, com o escopo de potencializar a proteção à dignidade humana? É o que se pretende demonstrar no item próximo em relação a duas modalidades de família, a se levar em consideração a limitação que a pesquisa impõe, quais sejam, a multiparentalidade e a coparentalidade.

4.3 Da concretização do direito fundamental à liberdade da (con)formação da entidade familiar

Apresentados os argumentos lógico-jurídicos apontados com o fito de consubstanciar a possibilidade de construção ou, caso se prefira, de reconhecimento do direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar, faz-se necessário demonstrar a sua concretização. Com o fito de atender tal necessidade, apontam-se duas modalidades de família, cujos membros seriam beneficiados pela aplicação da referida norma. São elas a família multiparental e coparental, conforme se demonstrará a seguir.

4.3.1 O caso da família multiparental

A entidade familiar multiparental fora apresentada no segundo capítulo da presente pesquisa vinculada à obra literária e cinematográfica “*Game of Thrones*”, em que se verifica a existência de relação multiparental entre as principais famílias da série de livros e televisiva, os *Stark* e os *Baratheon*. Conforme abordado, o conflito da série não gira em torno da questão multiparental, mas seus contornos são nitidamente percebíveis, haja vista a existência de pais biológicos e aqueles outros que assumiram o exercício da paternidade dos indivíduos considerados.

Poder-se-ia argumentar que, no caso em tela, o que se tem, sobretudo no caso da família *Baratheon*, é a aplicação da presunção de paternidade – instituto jurídico largamente reconhecido nos países ocidentais e que reconhece a vinculação do filho havido na constância do matrimônio àquele homem que demonstra justas núpcias, a reconhecer-se que a mãe é

sempre certa. Entretanto, do ponto de vista material, ainda assim ter-se-ia a multiparentalidade. Explica-se.

A multiparentalidade se perfaz na existência da concomitância de três ou mais pessoas a exercer os papéis parentais. Nesse sentido, no caso de famílias heteroafetivas, pode haver duas mães e um pai ou dois pais e uma mãe⁷⁷², como é a situação da Casa Baratheon, narrada na estória de *Game of Thrones*. Nos casos de famílias homoafetivas, ter-se-ia a configuração da múltipla parentalidade quando houvesse três ou mais pessoas de mesmo sexo a exercer o labor parental em relação ao menor. O que se daria de forma análoga ao que ocorre com a relação heteroafetiva, como fruto do divórcio seguido de estruturação de nova entidade familiar por um dos ex-cônjuges, por exemplo.

É preciso pontuar que, não necessariamente, a entidade familiar multiparental carregue em si as características da família poliafetiva⁷⁷³ – cujo conceito também fora apresentado no segundo capítulo, mais precisamente na segunda seção desta pesquisa –, isso porque a multiparentalidade pode e, normalmente, se constitui em razão da formação de entidades nucleares decorrentes da dissolução de vínculo conjugal ou convivencial anteriormente existente, ou seja, não decorre necessariamente da existência de relação amorosa entre mais de duas pessoas, mas em razão da troca de convivente ou cônjuge, desde que no relacionamento anterior tenha se estabelecido o vínculo de filiação com outrem.

Isso, entretanto, não exclui a possibilidade de reconhecimento da ocorrência de multiparentalidade em entidade familiar poliafetiva, em que um dos elementos femininos gera o filho do(s) elemento(s) masculinos da relação, a formar-se assim o vínculo biológico com o menor, e a terceira parte estabelece a relação de parentalidade em decorrência da socioafetividade existente entre ela e o filho biológico de seus consortes.

⁷⁷² Christiano Cassetari aponta pela possibilidade de formação de famílias biparentais paternas ou maternas, ou seja, pela configuração de entidades familiares em que existem duas mulheres ou dois homens exercendo os papéis parentais. Ressalta o autor que isso se dá nas famílias que possuem em sua fundação uma relação homoafetiva. Aponta ainda que a referida formação familiar não deve ser confundida com a multiparentalidade, em que se verifica, como dito, a existência de, pelo menos três pessoas exercendo os papéis parentais. CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 169.

⁷⁷³ Ao manifestar-se sobre a temática, Ives Gandra da Silva Martins parece confundir as duas situações, haja vista tratar da multiparentalidade como se esta ocorresse, exclusivamente, em decorrência da poliafetividade. MARTINS, Ives Gandra da Silva. A família na constituição. In: CARVALHO, Paulo Barros de (coord.). **A família na constituição brasileira**. São Paulo: Noeses, 2019, p.17-22. Entretanto, em que pese seja possível a multiparentalidade restar configurada em razão do relacionamento amoroso múltiplo, essa não é a regra.

Essa tem sido a tônica da temática quando tratada nos Tribunais ao redor do país. Chama a atenção, contudo, a situação peculiar que envolveu o julgamento de demanda proposta no Município de Cachoeira Alta, Goiás, em que Mariana (menor), representada pela mãe, Valéria, promoveu ação de reconhecimento de paternidade cumulada com pedido de alimentos em face de Fernando, suposto pai da menor, e acabou tendo reconhecido o direito de receber alimentos de Fernando e seu irmão gêmeo Fabrício, em razão do reconhecimento, por parte do Juiz da causa, Filipe Luís Peruca, da ocorrência da parentalidade múltipla dos gêmeos em relação à requerente⁷⁷⁴.

É que no caso analisado não foi possível determinar geneticamente qual dos irmãos seria pai da menor, haja vista tratar-se de gêmeos univitelinos que, em razão dessa circunstância, possuem o mesmo código genético. Além disso, nenhum dos gêmeos assumiu, espontaneamente, a paternidade, ainda que Valéria tenha afirmado que se relacionava apenas com Fernando, contra quem fora proposta a ação. Além do já exposto, foi levado em consideração o histórico dos irmãos em se passarem um pelo outro na referida decisão.

A multiparentalidade, importante que se frise, não possui previsão ou regulamentação legal no Brasil, mas que foram reconhecidas legítimas pelo Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário n.º 898060/SC, que, em sede de repercussão geral, resultou na formulação da tese de que a existência de vínculo parental socioafetivo não impede o reconhecimento dos deveres e direitos decorrentes da filiação biológica, em razão dos valores axiológicos emanados pelo princípio da paternidade responsável, igualdade entre as modalidades de filiação e a dignidade da pessoa humana.

A despeito da falta de previsão legal da multiparentalidade, observa-se que a formação da referida modalidade familiar ocorre corriqueiramente no cotidiano da sociedade brasileira, sendo vários os casos que foram analisados pelo Poder Judiciário – ainda que com outros contornos⁷⁷⁵ – antes que a matéria chegasse ao Supremo Tribunal Federal para análise em sede de repercussão geral. Usualmente, a configuração da múltipla parentalidade se dá em razão do exercício de vontade expressamente manifestado do(a) cônjuge/companheiro(a) no

⁷⁷⁴CURY, Lilian. **Dupla paternidade biológica**: juiz determina que gêmeos idênticos paguem pensão à criança. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, 1º abr. 2019. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/20-destaque/6716-dupla-paternidade-biologica-juiz-determinaque-gemeos-identicos-paguem-pensao-a-crianca>. Acesso em: dez. 2019. Os autos se encontram em segredo de justiça.

⁷⁷⁵Os Tribunais Estaduais e o Superior Tribunal de Justiça discutiam, principalmente, a existência de sobrevalência da parentalidade socioafetiva sobre a biológica e, apenas em casos pontuais, a possibilidade de formação da multiparentalidade.

sentido de reconhecer a vinculação paterno-materno-filial estabelecida com o filho de seu consorte, ou ainda em razão da demonstração, por parte do interessado – normalmente, o filho socioafetivo já maior de idade –, da existência da posse do estado de filho.

É possível ainda que o filho criado por pai socioafetivo registral, após alcançada a maior idade, entenda pela propositura de ação de reconhecimento da paternidade do pai biológico que, caso confirmada por meio do exame de DNA, enseja a configuração da múltipla parentalidade. Esse, é bom que se destaque, foi inclusive o caso paradigma analisado pelo STF no já mencionado RE 898060/SC.

A configuração da múltipla parentalidade, entretanto, não está prevista expressamente na Lei, havendo, como mencionado, apenas a abertura legal estabelecida pela parte final do art. 1.593 do CC/02, em que o legislador asseverou ser possível a filiação constituir-se por outra origem que não a sanguínea ou legal. Ademais, a multiparentalidade decorre da comprovação da posse do estado de filho, que configura a filiação socioafetiva, que também não está expressamente previsto no CC/02, pois se trata de construção doutrinária e jurisprudencial que se escora na lógica apresentada pela codificação civil acerca da posse do estado de casado.

Disso resulta a defesa, por parte de autores de estirpe⁷⁷⁶, da existência de insegurança jurídica nos critérios de determinação da filiação socioafetiva e, por conseguinte, multiparental, a causar prejuízos, sobretudo, à questão patrimonial, pois que a definição da relação de parentesco em primeiro grau entre duas pessoas acarreta, como consequência, a inclusão de cada uma delas no rol dos vocacionados ao recebimento da herança da outra⁷⁷⁷. Esse, inclusive, é o único argumento suscitado pela doutrina contrário à filiação socioafetiva e à multiparentalidade – com exceção da vinculação biológica anteriormente tratada.

Entende-se haver, portanto, inversão teratológica da própria lógica sucessória como exposta no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque a sucessão, entendida como ato de

⁷⁷⁶ Como é o caso de NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: família e sucessões**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. v. IV, p. 397-400.

⁷⁷⁷ Nesse sentido, Rosa Maria de Andrade Nery assevera que o sistema jurídico brasileiro não consegue fixar parâmetros de segurança no que pertine a determinação das relações de parentesco de primeiro grau e, por conseguinte, em relação ao demais graus e linhas de parentesco, ou ainda a configuração da figura do “herdeiro necessário” que já não depende mais do vínculo biológico ou civil, mas, ao contrário, comporta uma série de possibilidades que não se definem facilmente pela prova legal pré-constituída e podem aparecer em variadas pretensões de reconhecimento de filiação que, diga-se, não apresentam lapso temporal limitativo para sua propositura. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: família e sucessões**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. v. IV, p. 400-401.

suceder alguém, é posterior ao estabelecimento das relações de parentesco. Logo, este condiciona aquele e não o contrário, ou seja, o fato de o estabelecimento da relação de parentesco em primeiro grau ocasionar mudanças no rol dos vocacionados ao recebimento da herança não pode servir de fundamento para impossibilitar a formação de tais vínculos.

Isso porque, do ponto de vista da filiação biológica, a concordância de tal entendimento resultaria na adoção de política de controle de natalidade, o que se mostra contrário à liberdade de planejamento familiar estabelecida pelo texto constitucional. Já do ponto de vista da filiação socioafetiva, o entendimento supramencionado redundaria no estabelecimento de diferenciação entre os filhos, o que é vedado pela constituição, e, além disso, resultaria no aviltamento do direito geral de liberdade que, analisado em conjunto com a cláusula geral de afetividade e lealdade⁷⁷⁸, resulta na possibilidade de estabelecimento de filiação de modos outros que não sejam o biológico e o legal.

Ademais, conforme ressaltado pelo Relator do Recurso Extraordinário que originou a tese de repercussão geral sob análise, a falta de previsão ou regulamentação legal da espécie familiar considerada não pode significar a colocação das pessoas que vivem tal realidade ao desabrigo da tutela jurídica que pretendem, pois que isso caracterizaria o esvaziamento, por parte do Estado, dos princípios da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana⁷⁷⁹.

Daí porque se entende que, na situação da multiparentalidade, a aplicação do direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar resultaria na concretização máxima de outros princípios constitucionalmente estabelecidos e que possuem forte influência no direito das famílias. O primeiro deles seria o princípio da liberdade individual que, como asseverado, em razão da cláusula geral de liberdade inscrita no *caput* e inciso II do texto constitucional, concede ao particular a atuação livre, desde que não infrinja a lei posta.

⁷⁷⁸ Para usar as palavras de Maria de Andrade Rosa Nery. *Ibid.*, 2019, p. 397.

⁷⁷⁹ “[...] Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1, III) e da paternidade responsável (art. 226, par. 7). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.” (STF, Rex 898.060, Rel. Min Luiz Fux, Pleno, j. 21/09/2016).

No presente caso, dada a falta de regulamentação da múltipla parentalidade, vê-se caracterizado vácuo jurídico, ou seja, nem se permite expressamente a sua construção e, tampouco, se estabelece sua vedação, razão pela qual se entende que pela aplicação do princípio da legalidade ao particular, faz-se plenamente possível a tomada de decisão por parte dos interessados no sentido de atuar na lacuna da Lei.

Concernente ao princípio da igualdade, pode-se apontar que o estabelecimento de diferença entre a família parental convencional e aquela em que se verificam múltiplas relações paterno-materno-filiais não se mostra condizente com o primado da isonomia. Isso porque não existe razão fundamental que permita o tratamento diferenciado de situações idênticas, posto que a formação do vínculo parental socioafetivo encontra guarida na mencionada expressão “outra origem” prevista no CC/02 e, além disso, desde que se verifique a atuação dos múltiplos pais e/ou mães com o escopo de atender aos interesses do menor e garantir sua proteção integral, nada há que rebaixe ou desvalorize tal relação.

Essa última razão, entretanto, ainda assim não seria suficiente para deixar de reconhecer o referido vínculo parental, mas apenas resultaria na suspensão ou perda do poder familiar por parte dos pais e/ou mães que atuassem em desconformidade com o interesse dos filhos e com o momento de pleno desenvolvimento por que passam quando menores. De igual modo, como ocorre diariamente nas Varas de Família em todo o território nacional. Apontar pela impossibilidade de aplicação dos institutos da suspensão ou perda do poder familiar, em um ou outro caso, atingiria o dever de proteção que o Estado possui em relação àqueles que não alcançaram a maioridade.

Atendidos os critérios da liberdade e da igualdade, dá-se passo firme à observância e à promoção da dignidade da pessoa humana⁷⁸⁰, no que diz respeito ao livre desenvolvimento de sua personalidade e à inclusão no meio jurídico-social, já que permite trazer as pessoas que vivem tal circunstância fática ao centro do debate político-jurídico e, ao final, garantir-lhes a possibilidade de serem quem são e de viverem as circunstância que escolheram para si, sem criar nenhum empecilho ou dificuldade, real ou aparente, àqueles que estão ao seu redor, mas a proporcionar a cada pessoa a atenção ao direito à intimidade familiar.

⁷⁸⁰Que segundo entendimento emanado por Mairan Maia Júnior, depende do estabelecimento de relações familiares pro parte do indivíduo quando afirma que “a família é necessária à plena efetivação da dignidade da pessoa humana. MAIA JÚNIOR, Mairan. **A família e a questão patrimonial**: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 36.

Sendo, portanto, a família a base da sociedade e do desenvolvimento humano, não há como conceber a observância da dignidade da pessoa humana sem que seja outorgada ao indivíduo a possibilidade de exercer plenamente e de forma livre a formação da sua relação familiar, a pautar-se unicamente em suas crenças, ideais e valores, desde que não atinja o direito de terceiros que, por sua conta, devem respeitar as peculiaridades daquele que se mostra diferente. Ainda nesse diapasão, não se verifica a existência, no ordenamento jurídico pátrio, do direito de manutenção do *status quo* familiar, mesmo porque tal direito se tornaria obsoleto antes mesmo de sua promulgação.

No que diz respeito, especificamente aos princípios aplicados ao direito de família – e aqui se limitará a análise de um –, pode-se defender que o direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar resultaria no máximo atendimento, ainda que potencial, da proteção integral da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. Explica-se.

O aumento do número de pessoas na relação familiar nuclear aumenta as chances de que os direitos elencados no art. 227 do texto constitucional sejam atendidos, já que, conforme o dito popular, “duas cabeças pensam mais que uma” e, conseqüentemente, seis mãos são capazes de construir e proteger mais do que quatro. Assim, quanto maior o número de envolvidos na defesa direta dos interesses do menor, mais chances esses direitos têm de ser concretizados e menores são as chances dos abusos contrários a tais direitos tomarem lugar.

Entretanto, é preciso reconhecer que o incremento da proteção das pessoas em pleno desenvolvimento e dos idosos com o aumento do número de pessoas inseridas na relação familiar nuclear é apenas potencial. Isso porque, a atenção a tais direitos depende do esforço comum dos indivíduos que se mostram aptos a tal labor, além disso, é imprescindível que o escopo deles seja o pleno desenvolvimento do menor, já que somente assim é possível potencializar a mencionada proteção. Nisso também a relação multiparental não se diferencia da relação parental convencional, já que é somente no decurso do tempo que se pode verificar o desempenho familiar na busca pela proteção dos menores que a compõem.

Veja-se, portanto, que o reconhecimento e a adoção do referido direito fundamental preenchem as lacunas legais e de interpretação que resultam na inobservância do direito de liberdade e de igualdade que o entendimento pela impossibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva e multiparental acarreta. De outro lado, como direito fundamental principiológico, a liberdade de (con)formação da entidade familiar permitiria a utilização de

fundamentação, pautada em valores e direitos constitucionalmente expressos, na defesa de tais relações, o que afastaria a alegada insegurança jurídica da adoção de modalidades de filiação não vinculadas aos critérios biológico e legal.

4.3.2 Da possibilidade jurídica de formação da entidade familiar coparental

Apresentou-se no segundo capítulo do presente estudo a modalidade familiar coparental, que, conforme demonstrado, possui acepções diferentes para o direito e para a psicologia, por exemplo. Para os estudos relacionados à psique humana, a coparentalidade se dá quando os pais do menor, após o divórcio ou separação, exercem as funções decorrentes do poder familiar de forma colaborativa, visando ao desenvolvimento do menor e ao atendimento aos seus direitos e garantias.

Por outro lado, juridicamente tem-se construído o conceito de coparentalidade como o exercício da parentalidade decorrente de relação não amorosa entre aqueles que exercem os papéis de mãe e pai do menor considerado. Veja-se que, do ponto de vista material, ambas as conceituações apresentadas caminham no mesmo sentido, qual seja, o exercício da parentalidade de forma conjunta e sem que haja entre aqueles que exercem tal labor relação conjugal, a diferir-se a primeira apenas quanto ao fato de que a relação amorosa antecede o exercício da coparentalidade, enquanto na segunda, essa relação não antecede a formação do vínculo parental e sequer há pretensão de estabelecê-la.

Essa ausência de relação afetiva entre aqueles que exercem a paternidade fez com que surgissem contratos de geração de filhos que são firmados por pessoas que, antes de tomar a decisão de gerar um filho com outra pessoa com quem não pretende manter relações amorosas, não se conheciam⁷⁸¹. Há, inclusive, grupos formados em redes sociais que visam aproximar as pessoas que possuem o intento mencionado, conforme demonstrado.

Tal circunstância fez surgir manifestações contraditórias na doutrina familiarista. Há aqueles que apontam pela possibilidade fático-jurídica de construção da referida modalidade familiar⁷⁸² e outros que entendem que a existência de relações desse talante não pode configurar-se como modalidade válida de família⁷⁸³.

⁷⁸¹ Essa circunstância foi apresentada em reportagem realizada pelo Programa Televisivo Fantástico. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/6027434/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁷⁸² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 294; CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 77.

Os argumentos dos que se mostram contrários à formação de tal entidade familiar são, basicamente, os seguintes: a) imoralidade na contratação para a geração de filhos entre pessoas que não se conhecem; b) utilização arbitrária do Poder Familiar com o fito de favorecer os co-pais; c) inexistência de estabilidade e solidez da relação coparental estabelecida; e d) repercussão social negativa do vínculo formado, que acarretará o sofrimento de preconceito pelo descendente coparental.

Quanto ao primeiro argumento, Regina Beatriz Tavares da Silva assevera que o contrato firmado entre as partes com o exclusivo intento de gerar filho é impensável, pois que decorre do exercício do egoísmo dos pais que, a despeito de mencionarem o amor e a preocupação com o filho que irá surgir de tal relação – sim, entende-se haver aqui uma relação, ainda que contratual –, tencionam apenas a satisfação pessoal e o atingimento de seu bem-estar, a despreocupar-se, de fato, com a criança decorrente da contratação⁷⁸⁴.

Além disso, a referida jurista aponta que a geração de filho nos termos supramencionados acarreta a desvirtuação do exercício do poder familiar, pois que entende que o poder de cuidado com a pessoa do menor e da administração de seus bens será feita de forma arbitrária. Isso porque, parte do pressuposto de que a modalidade de família sob análise tem o condão único de atender aos interesses pessoais e, aparentemente, escusos daqueles que se propõem a exercê-la⁷⁸⁵.

Afirma ainda que entidade social, tal qual a proposta, não possui solidez e estabilidade, o que fará com que a criança oriunda de tal relação sofra e padeça os males decorrentes da instabilidade relacional entre os contratantes. A falta de estabilidade decorreria, conforme aponta a jurista, da inexistência de relação jurídica ou afetiva familiar entre as pessoas que escolhem exercer o papel parental em relação ao menor⁷⁸⁶.

Por fim, a autora menciona a repercussão social negativa que tal modalidade de convivência familiar potencialmente desencadeia, já que, segundo critérios conservadoristas, o referido formato familiar se mostra contrário ao histórico sociojurídico da entidade familiar que se baseia na família conjugal secularizada. Como exemplo de sua ponderação, Regina

⁷⁸³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Coparentalidade**: egoísmo dos genitores, sofrimento dos filhos. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/coparentalidade-egoismo-dos-genitores-sofrimento-dos-filhos/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, 2020.

⁷⁸⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Coparentalidade**: egoísmo dos genitores, sofrimento dos filhos. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/coparentalidade-egoismo-dos-genitores-sofrimento-dos-filhos/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, 2020.

Beatriz menciona o fato de que um dos pais que fora convidado a dar entrevista à reportagem do referido programa televisivo, recusou o convite, o que, para a referida jurista, demonstra a “desqualificação” de tal espécie de convivência⁷⁸⁷.

Por estes motivos é que a autora defende que a coparentalidade não pode ser chamada de família, senão com a utilização de muitas aspas⁷⁸⁸. Entretanto, tem-se opinião diversa acerca da questão, sobretudo por se entender que os argumentos suscitados são fática e juridicamente afastáveis, conforme se pretende demonstrar a seguir.

Acerca do primeiro ponto suscitado, desde que se reconheça a contração do casamento como a assinatura de contrato entre as partes – ainda que com efeitos pré-definidos em lei e com múltiplas repercussões na seara pessoal e patrimonial dos envolvidos –, não há como afirmar que a contratação para a geração de filho é imoral, pois que esse é um dos aspectos envolvidos na contração do matrimônio, ainda que potencialmente. Nesse talante, há apenas a transposição de aspecto secundário e potencial à figura de causa principal do contrato firmado.

Outrossim, não se pode asseverar que o objeto do referido contrato é ilícito, pois que não há vedação legal à assinatura de contrato para a geração de filhos. Ao contrário, o que há é autorização, ainda que implícita, à assinatura de contratos de tal natureza.

É que a inseminação artificial heteróloga, reconhecida pelo ordenamento jurídico⁷⁸⁹ como meio hábil de estabelecimento do vínculo de filiação entre a criança gerada e aqueles que exercerão os papéis parentais junto do menor, configura-se como contrato para geração de filho, a mudar apenas a figura dos contratantes e a origem do material genético a ser utilizado no procedimento. Isso porque, em vez de se firmar o contrato com aquela pessoa que se predispõe a exercer o papel parental, a mãe, ou os futuros pais, contrata empresa especializada para a realização do procedimento médico mencionado⁷⁹⁰.

Outrossim, no que pertine à origem do material genético, no caso já considerado pela legislação vigente, este pertence a doador anônimo e, no caso da coparentalidade, tal material pertence ao futuro pai da criança. Em ambos os casos, conforme aponta Camilo de Lelis

⁷⁸⁷ *Ibid.*, 2020.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, 2020.

⁷⁸⁹ Art. 1.597, V do Código Civil de 2002.

⁷⁹⁰ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos do contrato de recepção de sêmen em inseminações heterólogas. **Revista Seara Jurídica**, v.01, n. 07, p. 14-28, jan./jun. 2012. Disponível em: http://revistas.unijorge.edu.br/searajuridica/2012_1/searajuridica_2012_1_pag14.pdf. Acesso em: 17 jan. 2020.

Colani Barbosa, a doação do sêmen não tem caráter econômico⁷⁹¹, a despeito do caráter contratual que envolve a utilização do material genético do doador⁷⁹². No caso da doação feita à instituição que realiza o referido procedimento, a doação deve ser gratuita – conforme determina o item 1 da Seção IV da Resolução n.º 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina⁷⁹³ – e a doação feita no contrato de coparentalidade é feita com o escopo de, no futuro, estabelecer a relação parental com a criança que provier da inseminação artificial.

Vê-se, assim, que a circunstância da coparentalidade possuir em seu nascedouro uma relação contratual não tem o condão de condicionar a moralidade ou a legalidade do ato praticado, pois que, se assim fosse, ter-se-ia que revisitar as relações contratuais que dão origem ao matrimônio, união estável – quando reconhecida em cartório –, os pactos antenupciais que determinam o modo pelo qual se dará a gestão dos bens particulares e comuns do casal e os contratos de recepção de sêmen⁷⁹⁴.

É importante ressaltar, entretanto, que a coparentalidade aproxima-se mais da figura da inseminação artificial homóloga, já que por meio dela as pessoas que exerceram os papéis parentais utilizam material genético próprio na fecundação de zigoto que será, posteriormente, introduzido no útero materno ou cuja fecundação será facilitada pela inserção do material genético masculino no útero feminino no período adequado à procriação. Isso porque, conforme salientado, a coparentalidade caracteriza-se pela formação de vínculo paterno-filial sem que haja, de forma pretérita, relação amorosa entre os pais do menor, havendo, portanto, identidade entre os doadores do material genético e os pais do filho gerado.

No que diz respeito à possível desvirtuação do exercício do poder familiar, entende-se que não há como posicionar-se de forma favorável a tal entendimento, já que não se pode antever o modo pelo qual os pais exercerão o referido poder que lhes é conferido no zelo pelo bem-estar do menor e na administração de seus bens. Outrossim, muitos são os casos – inclusive apresentados neste estudo – em que os pais biológicos, em vez de se utilizarem do poder que possuem sobre o menor para desenvolver suas potencialidades e protegê-los,

⁷⁹¹ *Ibid.*, 2012.

⁷⁹² Acerca dos requisitos do contrato de recepção de material genético de doador, indica-se a leitura do artigo de BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da doação de sêmen. **Revista Seara Jurídica**, v.01, n. 09, p. 44-58, jan./jun. 2013. Disponível em: http://revistas.unijorge.edu.br/searajuridica/2013_1/. Acesso em: 17 jan. 2020.

⁷⁹³ “IV - Doação de Gametas ou Embriões 1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.”

⁷⁹⁴ Aqueles firmados pelo casal ou pessoa solteira para a realização do procedimento de inseminação artificial heteróloga.

acabam por desvirtuar o referido poder-dever com lastimosas consequências aos seus descendentes.

Quer-se dizer que a simples verificação da forma pela qual a relação familiar fora forjada não é suficiente para determinar os caminhos que a convivência familiar e a observância aos direitos dos filhos e o exercício dos deveres dos parentes de primeiro grau ascendente serão concretizados. Sendo essa presunção menos jurídica do que os argumentos por ela apresentados fazem parecer.

Outra razão apontada pela autora é a suposta falta de solidez e de estabilidade da relação coparental, em razão da inexistência de projeto familiar ou mesmo de relação jurídica ou afetiva entre as pessoas que se arvoram na iniciativa de formar a referida entidade familiar, o que, segundo aponta, certamente prejudicaria o desenvolvimento do menor, ao não lhe dar o suporte familiar e afetivo necessário. Quanto a este ponto, também é preciso mostrar discordância com tal entendimento.

Ora, a existência ou não de relação familiar pretérita entre as pessoas que pretendem estabelecer a relação paterno-filial não influencia a forma pela qual elas exercerão a função parental. Além disso, não é possível asseverar peremptoriamente que a inexistência pretérita de relação afetiva entre elas representa instabilidade no meio familiar a ser formado com o ser humano que será por eles gerado, sobretudo porque entre eles há o acordo, formalmente estabelecido ou não, de unirem-se com o intuito de criarem filho biológico da melhor forma que puderem.

Mesmo porque o mundo fático apresenta situação em que muitas crianças nascem provenientes de uma noite de relação sexual casual⁷⁹⁵. Por isso mesmo é que o art. 1.607 do Código Civil de 2002 trata do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, o que não significa, unicamente, aqueles filhos havidos em relações extramatrimoniais, mas de todo e qualquer descendente que seja fruto de relação que não tenha por base o casamento civil. Entender de outro modo seria privar as pessoas que provêm de relações não matrimoniais o direito ao estabelecimento jurídico da relação paterno-filial, o que é impensável, sobretudo pela igualdade entre filhos estabelecida pelo texto constitucional, que se perfaz em princípio conformador da interpretação e da aplicação dos dispositivos relativos às relações familiares.

⁷⁹⁵ HARNAK, Darwinn. **Co-Parenting** – Reflexões acerca do compartilhamento de paternidade ou maternidade. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/938/Co-Parenting+%E2%80%93+Reflex%C3%B5es>. Acesso em: 15 jan. 2020.

Importa salientar, ainda, que em variados casos de relações pontuais ou familiares já constituídas, o nascimento de novo ser humano nem sempre é planejado e desejado, a acarretar o abandono do recém-nascido em abrigos ou a famílias que os recebem como filhos – como se verifica na adoção à brasileira. Em razão dessa realidade, o Estado entendeu por bem regulamentar a entrega voluntária de filho, pela mãe, antes mesmo de seu nascimento ou logo após sua ocorrência, nos casos em que a indisposição ao exercício da maternidade e paternidade em relação àquele ser e a impossibilidade de acolhimento pela família extensa inviabilizam a manutenção do menor em sua família biológica⁷⁹⁶.

Todas essas circunstâncias comprovam que a existência de casamento ou união estável anterior ao nascimento do filho não importa, necessariamente, em estabilização das relações familiares, mesmo porque a relação paterno-materno-filial não se vincula diretamente à matrimonial. Se assim fosse, o exercício do poder familiar não sobreviveria ao fim do relacionamento conjugal, o que não condiz com as disposições legais relativas à matéria. Fortalece esse entendimento os apontamentos verificáveis em estudos psicológicos relacionados à coparentalidade que se traduz na atuação cooperativa entre os pais na criação de seus filhos a despeito do relacionamento amoroso que possuam⁷⁹⁷.

No que concerne ao último argumento contrário à formação de entidades familiares coparentais, relacionado à repercussão social negativa e a possível gravame às relações das pessoas que formam tal modalidade de família, sobretudo as crianças e adolescentes, tem-se a destacar que a repercussão negativa pela sociedade de relações familiares, tal qual a destacada, diz menos sobre o modelo familiar do que sobre a vinculação, por parte da sociedade, a valores morais. Dizer que a forma pela qual os atos praticados pelas pessoas, mormente aqueles que dizem respeito à sua intimidade e família, é recepcionada pelo meio social, não pode servir de base para proibição de tal ou qual conduta. Tomar isso como pressuposto para a validação jurídica dos atos individuais redundaria na não concessão de direitos e na propagação de exclusões de minorias.

⁷⁹⁶ Fala-se aqui da Lei nº 13.509/2017 que dispõe sobre a possibilidade de entrega voluntária do menor recém-nascido à adoção quando a mãe e o pai biológicos afirmam não ter interesse em cuidar do menor, bem se verifica a impossibilidade, por parte da família extensa de manter consigo a criança.

⁷⁹⁷ Neste aspecto Mark E. Feinberg assevera o seguinte: “[...] *the usefulness of the concept of coparenting lies in the conceptual distinction created between dimensions that relate to the parental role versus other intimate, conflictual, instrumental, and role-related aspects of parents’ relationships*”. FEINBERG, Mark. *The internal structure and ecological context of coparenting: A framework for research and intervention*. **Parenting: Science and Practice**, 2003, p.95-131. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3185375/#>. Acesso em: 19 jan. 2020.

Toda essa argumentação suscitada para afastar o entendimento contrário à formação da família coparental coaduna-se com o princípio da liberdade de (con)formação da entidade familiar objeto do presente estudo. Desde a liberdade em contratar e em formatar as relações familiares que caracterizam como relações íntimas que o indivíduo possui e, por isso mesmo, não permitem intervenção estatal⁷⁹⁸, passando pelo necessário reconhecimento de igualdade material da referida modalidade familiar às outras constitucionalmente previstas e aquelas reconhecidas pela doutrina e jurisprudência – desde que se verifique a existência das características funcionais da família, tratadas no primeiro capítulo deste estudo.

Por isso mesmo, entende-se que o reconhecimento e a aplicação do referido direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar são necessários à eficaz solução de conflitos que, tal como exposto, não possuem legislação própria definida e, por isso mesmo, acabam sendo objeto de teorizações contrárias à sua conformação com o direito, pautadas, na maioria das vezes, na suposta insegurança jurídica que a falta de previsão legal expressa acarretaria a tais circunstâncias da vida real que, claramente, possuem repercussão jurídica.

Desde que se reconheça que todas as pessoas possuem direito a ter uma família e, portanto, a formar sua própria família que, por representar o solo íntimo da sua individualidade, não precisa, necessariamente, encaixar-se nos modelos legalmente reconhecidos em razão da cláusula geral de liberdade constitucionalmente estabelecida que, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, conforma a aplicação e a interpretação das normas jurídicas⁷⁹⁹, além de condicionar a resolução dos conflitos sociais relacionados à matéria ao atendimento do primado supramencionado, então é forçoso e necessário reconhecer o espaço que o direito fundamental objeto do presente estudo deve ter na interpretação da norma e na resolução dos conflitos.

⁷⁹⁸ Excetuado os casos em que seja necessário proteger direitos individuais das pessoas que compõem tal relação em decorrência da violação de direitos perpetrados por outro membro da entidade, em atenção ao que dispõe o art. 226, §8º da CF.

⁷⁹⁹ CABRAL, Maria Walkíria de Faro Coelho Guedes; GODINHO, Jéssica Rodrigues. A constituição cidadã, a proteção da família e a (des)construção do direito das famílias. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 63, n. 3, p. 61-80, dez. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59212>. Acesso em: 27 jan. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família desempenha papel fundamental tanto para o meio social quanto para o indivíduo que a ela pertence e que nela se desenvolve. Do ponto de vista social, ela é responsável pela transmissão de valores culturais, comportamentais, religiosos, morais e éticos, a atuar como verdadeira catalisadora do ambiente social, pois que estimula a manutenção ou a reconstrução dos referidos valores, a depender da maior ou menor liberdade que lhe é outorgada ou do momento social em que ela exerce a mencionada função.

Sob o prisma do indivíduo que a compõe, a entidade familiar é o local central de seu desenvolvimento pessoal e social, de amparo, de aconchego, de afetividade, de exercício pleno de sua liberdade e de construção de seu caráter. Tal qual se apontou quanto à função da família para a sociedade, os referidos elementos transmutam-se a depender do momento e dos valores sociojurídicos em pauta, a cada recorte que se faz para a análise do referido instituto.

Nesse sentido, é imperioso apontar que a pós-modernidade trouxe novos valores para as relações familiares, pois que apresentou, sobretudo ao hemisfério ocidental, novos contornos para a compreensão da entidade familiar em que se veem minoradas as suas funções sociais direcionadas ao ambiente social largamente compreendido e, por outro lado, observa-se a expansão das funções que a referida entidade deve exercer dentro de si própria, em relação aos seus membros.

No Brasil, a acentuação desse movimento concêntrico direcionado à pessoa decorre da mudança paradigmática ocorrida na compreensão do Estado e das suas funções precípuas ofertadas pela Constituição Federal de 1988, que pôs a pessoa humana no centro das atenções estatais, ao tomar como fundamento de existência do Estado a proteção da dignidade, desenvolvimento da personalidade da pessoa humana e a promoção do bem de todas as pessoas, sem preconceito de qualquer natureza.

Além disso, o constituinte ofertou ao ordenamento jurídico alicerçado no texto de 1988 princípios de relevo que traduzem a mudança de paradigma por ele estabelecida e que reforçam a ideia de que o indivíduo passa a ser objeto de atenção do Estado e em relação a

quem se deve desenvolver políticas de promoção, dentre as quais se têm os princípios da liberdade, da igualdade, da inviolabilidade da intimidade, da proteção integral às crianças, ao adolescente, ao jovem e ao idoso, da convivência familiar e comunitária, da solidariedade familiar e da afetividade⁸⁰⁰.

Especificamente no que diz respeito à entidade familiar, houve grave inovação nos dispositivos que tratam da matéria, haja vista ter sido a Constituição Cidadã aquela que dedicou maior número de dispositivos à questão familiar, bem como a que tratou a matéria de forma mais abrangente e inclusiva, ao alongar a ideia de família juridicamente reconhecida à entidade formada pela união estável e pela monoparentalidade, por exemplo.

Sob esses fundamentos constitucionais é que se desenvolveu a presente tese. O primeiro deles diz respeito à necessidade de construção de definição da família que seja capaz de albergar os elementos orgânico-formais, que historicamente vêm sendo utilizados pela doutrina na conceituação da entidade familiar, e os elementos funcionais da família, que dizem respeito, principalmente, à função social que esse instituto desempenha na sociedade e a importância que ele tem para o desenvolvimento dos indivíduos e para a salvaguarda e a promoção da dignidade humana.

Com o fito de demonstrar a necessidade, a atualidade e a pertinência da definição ofertada ao final da primeira seção da presente tese, demonstrou-se que as funções que a família desempenha hodiernamente, dada a perda de diversas funções ao longo do desenvolvimento da humanidade, dentre as quais se pode destacar a religiosa e a educação formal, não estão voltadas apenas para o atendimento dos interesses sociais e coletivos como fora outrora, mas devem, sobretudo, atender aos indivíduos que a compõem.

Isso, entretanto, não acarreta a exclusão das funções desempenhadas pelas entidades familiares em relação ao meio social, mas apenas ocasiona, como asseverado, a mitigação da importância conferida a tais funções, a fim de que aquelas relacionadas à atenção ao indivíduo possam ser reconhecidas pelo ordenamento jurídico e, como consequência, promovidas e protegidas.

Deve ficar claro, portanto, que as funções familiares apresentadas não são excludentes, mas complementares do ponto de vista social e jurídico. Ora, não há como sustentar a sociedade, no sentido de permitir, e até certo ponto estimular, a multiplicação da espécie humana se não se outorga às pessoas as condições de saúde física e psíquica para exercerem o

⁸⁰⁰ Este último sendo reconhecido pela doutrina como princípio implícito decorrente do modo pelo qual a matéria familiar fora tratada pelo constituinte originário.

direito de escolha na geração de sua prole. A outorga e a garantia de assistência ao indivíduo passam, necessariamente, pela família, sobretudo no que diz respeito ao desenvolvimento psíquico, conforme demonstrado pelo exemplo de crianças criadas em estabelecimentos de apoio e aquelas que tiveram a oportunidade de se desenvolver com seus familiares.

Além disso, o desenvolvimento do sentimento de segurança e de pertencimento que só a família, independentemente de sua origem ou formação, é capaz de outorgar à criança e ao adolescente é fundamental para que ele amadureça sua convivência social e tenha comportamentos compatíveis com as idades e os meios de convivência em que está inserido, visto que é esse sentimento, que inicialmente se forma com a mãe e se prolonga aos demais integrantes da família, que permite ou que dá maiores condições para o desenvolvimento psíquico equilibrado.

Assim é que, a despeito da existência de normas jurídicas válidas e eficazes que direcionam o indivíduo à permanência em sua família biológica, conforme detalhado na presente pesquisa, entende-se que mais importante do que a manutenção da criança e do adolescente na sua família de origem é a inclusão em comunidade familiar em que estes se sintam protegidos, amparados, amados, e que lhes ofereça as condições para o seu desenvolvimento, o que nem sempre envolve valores pecuniários.

Mesmo porque, o que se verifica no cenário social brasileiro é a existência de múltiplas formas de convivência familiar que envolvem o estabelecimento de relações entre enteados (as) e padrastos e madrastas, entre filhos únicos que passam a compor relação familiar de 2.º grau colateral entre si, por exemplo. A variedade de relacionamentos familiares apresentados no meio social fora demonstrado na presente pesquisa em sua segunda seção, ao dar-se ênfase, principalmente, às modalidades de família que se diferenciam do modelo conjugal ou convivencial.

Objetivou-se demonstrar que as novas famílias – ou as entidades familiares recém-reconhecidas pelo ordenamento jurídico como tal – não existem apenas no imaginário daqueles que as defendem e que buscam a outorga da garantia de proteção prometida pelo constituinte originário, no *caput* do art. 226 do texto constitucional, mas são a realidade e o cotidiano de considerável parcela da população, a qual, em razão da sua pujança social, foi representada em manifestações artísticas cinematográficas de diversos países.

Esse descompasso entre o plano fático e o jurídico, em que pese tenha sido entendido como natural para a doutrina positivista, não tem mais lugar no pós-positivismo jurídico, haja

vista a necessidade de conciliar essas realidades, a fim de que o Direito seja capaz de alcançar o seu objetivo primordial, que é a pacificação social por meio do estabelecimento de normas jurídicas que proíbam, permitam e promovam comportamentos desejados.

Desse modo, a constatação desse hiato, além de demonstrar a já sabida incapacidade do direito de manter-se em evolução *pari passu* com o avanço social, é suficiente para que se proponha a mudança de cultura jurídica necessária para que o desejo do constituinte de construir uma sociedade livre, inclusiva e sem preconceitos seja efetivado e se perpetue por meio da transmissão de tais entendimentos e comportamentos às próximas gerações.

Por outro lado, a manutenção desse distanciamento entre realidade e direito é prejudicial do ponto de vista social para as pessoas que não se coadunam com a formatação de famílias diferentes daquelas constitucionalmente elencadas, pois que a falta de argumentos suficientemente fundamentados impede o alargamento de sua visão e entendimento e também causa detrimento às pessoas que compõem tais modalidades de família inovadoras – do ponto de vista histórico –, já que lhes é suprimido o reconhecimento das suas relações familiares e, como consequência, os deveres e os direitos a elas inerentes.

Esse *status quo*, de modo similar, é prejudicial ao direito⁸⁰¹, pois o mencionado hiato gera insegurança jurídica, permite a intervenção mais intensa do Poder Judiciário na tentativa de solucionar os casos paradigmas, que são levados à sua análise, e torna obsoleto e ineficaz o conjunto de normas jurídicas destinadas à tratativa da matéria familiar.

Entende-se, portanto, que a importância da inserção do indivíduo em convívio familiar, o que é reconhecido pela Constituição de 1988 e pela legislação infraconstitucional, conforme demonstrado na terceira seção desta pesquisa, não pode ser colocada em segundo plano, depois da necessidade de observância de questões formais para sua constituição. Isso não só não condiz com a realidade factual da sociedade brasileira – e a de vários países ocidentais –, como também acaba sendo meio para a inobservância, ainda que involuntária, da dignidade da pessoa humana.

É que, desde que se reconheça que a participação de entidade familiar é necessária ao atendimento desse preceito fundamental do Estado Democrático de Direito, não se deve criar barreiras para evitar a sua concretização, sobretudo quando tais obstáculos não estão pautados em raciocínios lógico-jurídicos, não se mostram condizentes com os direitos fundamentais

⁸⁰¹ Tido aqui como o conjunto de normas exaradas pelos órgãos competentes e em relação aos quais se exige a observância de forma coativa.

expressamente delineados no texto constitucional ou não acarretam a concretização máxima dos preceitos fundamentais anteriormente destacados.

Além da normativa interna, o Brasil se comprometeu perante a comunidade internacional a garantir a outorga do direito de constituição de família, sem preconceitos de qualquer ordem e com vistas a garantir o pleno desenvolvimento da personalidade de seus cidadãos, ainda que estes optem por se desvincularem do modelo familiar secularmente constituído pelo casamento que, conforme demonstrado na terceira seção, não tem mais o viés impositivo de outrora e, por isso mesmo, não possui mais a segurança da imutabilidade e não é como nunca foi, inclusive, capaz de constituir família, exclusivamente, posto que a construção da entidade familiar dependa, prioritariamente, da convivência entre as pessoas que a compõem.

Não se pretendeu, entretanto, fundamentar tais argumentos em afetividade utópica, a levar em consideração apenas o lado bom de ser família, do amor que se sente por aqueles que dividem o espaço, o sentimento e o tempo em conjunto, mas deu-se relevo à afetividade como reunião de sentimentos que vão do amor ao ódio e que, apesar disso, a referida transição não é capaz de destruir o sentimento de pertencimento que se sente ao ser família.

Apresentaram-se ainda, na quarta seção do presente trabalho, as bases doutrinárias dos direitos fundamentais e, sobretudo, da construção de direitos fundamentais adstritos ou decorrentes, ao utilizar-se dos apontamentos e teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, a fim de que fossem instalados os alicerces necessários para demonstrar a possibilidade jurídica do direito fundamental que se propôs depois de descrita a necessidade social de construção de instrumento que, a despeito de não pretender resolver todos os problemas relacionados à formação da entidade familiar, mostra-se apto a contribuir com o debate acadêmico.

Estabelecidos os pilares necessários para consubstanciar a construção do argumento principal desta tese, iniciou-se a apresentação dos argumentos lógico-jurídicos que possibilitam a construção do direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar que, ao levar em conta a teoria de Robert Alexy e da forma como o Tribunal Constitucional Alemão garante direito e reconhece a existência de direitos fundamentais decorrentes, são os seguintes.

Primeiramente, entendeu-se necessário preencher a vagueza de dois termos de importância ímpar à compreensão da temática e à construção da fundamentação proposta,

quais sejam: “família” e “proteção especial”, já que o constituinte, apesar de utilizá-los no art. 226 do texto constitucional, não os delimitou devidamente. Demonstrou-se, na oportunidade, que o verbete família não pode conter em si apenas a família matrimonial, convivencial ou monoparental, por duas razões. Primeira, porque a utilização do referido termo não restou vinculado a nenhuma modalidade de família predeterminada, no que o constituinte inovou, e com essa postura demonstrou a necessidade de manter o ideário de família alijado de modelo de família singular.

A segunda razão diz respeito à necessidade de observar-se a coesão e a sistematicidade do ordenamento jurídico como uno que é. Assim, não faria sentido defender a construção de uma sociedade livre, justa, plural, com a inclusão de todos e a afastar-se dos preconceitos seculares em relação à mulher, ao negro e ao homossexual – por exemplo –, para limitar o reconhecimento apenas das relações matrimonial, convivencial e monoparental como família juridicamente tutelada.

Isso porque, a despeito do avanço na tratativa da matéria, essa limitação exclui da seara de proteção especial entidades sociais que são tidas pelos seus componentes como família, exercem as funções sociais da família e, ainda assim, não são consideradas como tal pelo Estado, a privar seus integrantes das garantias outorgadas àqueles que compõem as entidades familiares.

O segundo termo vago ao qual se dedicou atenção foi a “proteção especial”. Nesse diapasão e ao se levar em consideração a densificação do termo família anteriormente assinalado, entendeu-se que a proteção especial outorgada pelo Estado deve ser integrada pela atuação do ente estatal no sentido de promover o reconhecimento e a promoção de modalidades de convivência familiar diversas daquelas entabuladas expressamente no texto constitucional.

Isso porque a inclusão do indivíduo em relação familiar é essencial para o atendimento de sua dignidade e, ao haver o descompasso entre o mundo real e o jurídico – conforme apontado – a figura familiar, em que pese presente para os seus componentes, deixa de ter a atenção e a promoção devida pelo Estado, o que prejudica o seu desenvolvimento e, conseqüentemente, atinge prejudicialmente os indivíduos que dela fazem parte.

Além dos argumentos sobreditos, foi ainda alinhavado raciocínio relacionado à necessidade de observância da sistematicidade e da coesão das normas constitucionais, aqui consideradas aquelas emanadas pelo constituinte originário e as que foram incluídas no

referido rol em decorrência dos tratados internacionais assinados e internalizados pelo Brasil – a formar bloco de constitucionalidade – e, do mesmo modo, das normas infraconstitucionais.

Apontou-se a incoerência lógica de se reconhecer a importância da família, da convivência familiar, da necessidade de outorga de proteção e garantias às pessoas em fase de desenvolvimento e àquelas que se encontrem com idade avançada e, ao mesmo tempo, não reconhecer como família aquelas comunidades de relações íntimas que atuam no sentido mencionado e desempenham o papel imposto à família pela Constituição Federal de 1988 e pelas normas internacionais e infraconstitucionais promulgadas no Brasil, ao pautar-se, para tanto, no argumento orgânico-formal apresentado na primeira seção desta tese.

Ademais, delineou-se, ainda, o argumento final na construção lógico-argumentativa que se engendrou, que diz respeito à utilização de direitos fundamentais expressos no alicerçamento do direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar. Os direitos que se entendeu serem basilares ao suporte do mencionado direito fundamental foram a liberdade, a igualdade, a inviolabilidade da intimidade e a dignidade da pessoa humana.

No que pertine ao direito de liberdade, apontou-se ancorado em extenso entendimento doutrinário que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o primado da liberdade de forma aberta, a condicioná-lo apenas à observância das limitações impostas pela legislação. Desse modo, entendeu-se que a liberdade do indivíduo deve ser plena, sobremodo no que diz respeito ao exercício do desenvolvimento de sua personalidade, desde que a sua atuação não avilte o direito de terceiros.

Demonstrou-se, quanto à possível violação de direitos alheios, que, sendo a matéria familiar de cunho estritamente particular, a dizer respeito apenas àqueles que a integram, não haveria a possibilidade, por exemplo, de a relação poliafetiva gerar qualquer abalo jurídico no direito de terceiros que impeça a adoção da referida modalidade familiar como estilo de vida. Isso porque a adoção de tal modo de convivência não teria o condão de gerar nenhum tipo de privação ou de dano àquelas pessoas que não estão incluídas na relação e, tendo elas optado livremente por viverem dessa forma, não há que falar em dano algum.

É bem verdade que o tipo de convivência familiar sobredito não é convencional no Brasil e nem faz parte, diretamente, da cultura familiar que se desenvolveu ao longo dos séculos em terras brasileiras. Isso, entretanto, não parece ser argumento suficiente para impedir a adoção de tal modelo por parte daqueles que assim desejem, já que o objetivo

expressado pelo texto constitucional é construir uma sociedade plural. Então, que pluralidade não admite diferenças? Certamente que esse antagonismo de ideias não pode se fazer presente em sistema jurídico que pretende ser considerado coeso.

A privacidade inerente à relação familiar e ao modo pelo qual se decide concretizar a formação dessa célula *mater* da sociedade leva ao segundo direito fundamental utilizado como alicerce para aquele que se pretende construir, qual seja, a inviolabilidade da intimidade. Adotou-se, neste ponto, a ideia de que o Estado não pode imiscuir-se na vida íntima do indivíduo, uma vez que somente às pessoas que a experimentam é que ela diz respeito. Reconheceu-se, portanto, que a família compõe a vida íntima da pessoa humana, visto que é nessa convivência que ela se mostra sem as máscaras que a sociedade impõe.

É também na intimidade do lar – entendido como o ambiente familiar – que o indivíduo possui a liberdade plena e irrestrita de construir sonhos, planejar, enfim, de ser quem é verdadeiramente e de se expor àqueles que vivem com ele no cotidiano. Desse modo, o Estado não pode indicar com quem o indivíduo deve se relacionar e qual a melhor forma para que ele o faça, porque isso depende, única e exclusivamente, da decisão da(s) pessoa(s) que compõem o ambiente familiar.

Na filiação biológica e na decorrente da presunção de paternidade, esse exercício de vontade não é exercitado, porque os critérios para delimitação da filiação, nesses casos, não é o exercício da vontade, mas o (possível) vínculo sanguíneo existente entre as partes. Na filiação socioafetiva e na adoção, o cenário é outro. Isso porque, a depender da idade do menor, ele deve ser ouvido e sua vontade é levada em consideração.

Deve-se destacar, ainda uma vez, que não se pretende apresentar oposição às formas pelas quais a família é formatada sob o aspecto orgânico-formal, mas, apenas, apontar a necessidade de expansão desse formato, em razão da existência de situações fáticas que não se enquadram no critério biológico ou de presunção – no que concerne à filiação – e formal – no que diz respeito à contração de matrimônio –, e, nem por isso, é defensável o argumento de que comunidades de convivência tais não configuram entidade familiar. Isso porque, além do formato, a família deve também atender à sua função social.

Desse modo, ao adentrar no terceiro direito fundamental elencado para sustentar aquele que se oferta na presente tese, qual seja, o direito fundamental à igualdade, verificou-se que a igualdade deve ser analisada sob o viés comparativo, ou seja, deve-se perguntar se duas coisas

são iguais ou desiguais em relação a quê? Há assim elemento delimitador da conferência que se pretende fazer e a comparação propriamente dita.

Desde que o elemento não se mostra suficiente para determinar a diferença entre as instituições analisadas, elas devem ser consideradas iguais. Portanto, no que diz respeito à família, desde que se tenha atendida a função social da família, deve ser outorgado o *status* familiar à entidade de convivência sob análise, no sentido de proteger o indivíduo e promover o desenvolvimento da personalidade da pessoa, visto que, sendo esta a causa principal de ser da família, não se deve estabelecer diferenciações entre instituições que atuem nesse sentido, em razão, unicamente, do seu modo de constituição, já que isso é secundário, conforme o entendimento que se expõe.

Por fim, no que diz respeito à necessidade de atenção à dignidade da pessoa humana, entende-se, conforme exaustivamente apontado, que a família é a entidade fundamental para o desenvolvimento do indivíduo, para a salvaguarda de seus interesses e direitos e para a sua manutenção, tanto material quanto psíquica e afetiva. Sendo assim, a impossibilidade de formação de entidade familiar, por parte das pessoas que não se enquadrem no modelo apontado pelo constituinte originário, as impede de exercerem plenamente o desenvolvimento de suas personalidades, o atendimento de seus interesses pessoais e, acima de tudo, as priva do sentimento de pertencimento que só a família oferta.

Deve-se apontar que, da mesma forma que não se pode impor à pessoa a escolha desse ou daquele modelo, não se entende juridicamente possível a imposição da adoção de qualquer dos modelos de família tratados, ou seja, não se entende possível impor à pessoa a formação de entidade familiar. É que, por mais que a família seja importante para o desenvolvimento individual das pessoas, existe a possibilidade de não haver o desejo por parte de pessoa(s) determinada(s) em formar uma entidade familiar. Essa liberdade, tanto quanto a que se defende até aqui, deve ser respeitada sob os mesmos argumentos apresentados.

Outrossim, o direito fundamental à liberdade de (con)formação da entidade familiar possui como conteúdo a outorga aos indivíduos da possibilidade de exercerem livremente a vontade no que concerne à formação da entidade familiar que melhor convenha a seus interesses, desejos e aspirações pessoais, desde que o exercício dessa vontade não acarrete dano ao interesse de outra pessoa. Nesse sentido, apenas a título de exemplo, entende-se que o casamento ou a família formalizada pelo raptó não encontra guarida no referido direito

fundamental, já que representaria dano ao livre exercício de vontade do cônjuge ou integrante raptado.

Compõe também o mencionado direito fundamental o exercício de vontade no sentido de não formar espécie alguma de família, ou seja, o direito de permanecer alheio à construção de entidade familiar, seja ela formada pelo matrimônio, pela união estável, pela coparentalidade ou qualquer outro modelo de família mencionado na presente tese e que eventualmente surja no decorrer do desenvolvimento da convivência íntima e social.

Entretanto, todo direito deve encontrar limitação, haja vista não haver direito que seja absoluto. Desse modo, em relação à limitação da aplicação do direito fundamental de liberdade à (con)formação da entidade familiar, entende-se que a aplicável seria a proibição do incesto na relação parental em linha reta e na colateral até o segundo grau.

Além das complicações genéticas passíveis de relacionamento amoroso e sexual como os mencionados, deve-se reconhecer que a proibição ao incesto fora uma das normas sociais das relações humana primárias que retiraram a sociedade do estado primitivo e a colocaram no trilho evolucionista diferente dos demais animais da natureza. Por isso, entende-se que a derrubada de tal veto não acarretaria benefícios à convivência íntima ou social, mas vicissitudes de muitas montas, inclusive relacionadas à ocorrência de aliciamentos regulamentados juridicamente.

Apresentados os alicerces do direito fundamental proposto e o seu conteúdo jurídico, entendeu-se necessário elencar duas possibilidades de aplicação do referido direito fundamental e, para tanto, optou-se pelas modalidades de família multiparental e coparental. Objetivou-se demonstrar que a aplicação da norma que se propõe tem a potencialidade de maximizar outras normas de direitos fundamentais, dentre as quais se destaca, além daqueles que compõem seu alicerce, a proteção integral.

Entende-se, portanto, que o alargamento do número de pessoas em direta relação familiar com a criança, o adolescente e o jovem pode potencializar os efeitos da proteção integral a eles concedida, uma vez que maior será o quantitativo de pessoas a laborar no sentido de ver alcançado tal intento. Por óbvio que isso depende do comportamento e da entrega de tais indivíduos ao lado de proteção e promoção dessas pessoas em desenvolvimento, o que deve ser analisado a cada caso.

No que diz respeito à proteção do idoso, entendeu-se que ao reconhecer a existência jurídica e fática da solidariedade familiar – expressa no art. 229 do texto constitucional – caso

um adulto se desvele no labor parental em relação aos filhos biológicos e socioafetivos, a lógica anteriormente apontada se repete, ou seja, aumentar-se-á, ainda que potencialmente, o quantitativo de pessoas que deverão zelar por ele na velhice. Quanto maior o número de pessoas envolvidas no referido processo, mais alargada é a proteção a ser deferida a ele.

Apresentados os achados ao longo do desenvolvimento da presente tese, entende-se imperioso pontuar, por fim, que a presente pesquisa não tem a pretensão de definitividade, mas apenas busca contribuir com a construção de argumentos favoráveis ao reconhecimento da liberdade na formação de entidades familiares diversas daquelas constantes do texto constitucional, a reconhecer-se a necessidade de continuidade e de aprofundamento da pesquisa do tema, ainda pouco explorado na seara jurídica, como é o caso da coparentalidade, por exemplo, bem como na busca de construção de argumentos para a propositura de mudança legislativa relacionada à matéria.

REFERÊNCIAS

- AIRÈS, Phellipe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.
- ALARCÓN. Pietro de Jesús Lora. **Ciência política, estado e direito público**: uma introdução do direito público na contemporaneidade. São Paulo: Verbatim, 2011.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo; BRAGA, André Luiz Albuquerque Gomes da Silva. Lei 12955-2014. Igualitária e efetiva. *In*: AMARAL, Sérgio Tibiriça do (org.). **Sistema constitucional de garantias**: ensaios e reflexões. Birigui: Boreal, 2014.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 9. ed. rev. modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ANDRADE, Susanne Anjos *et al.* Ambiente familiar e desenvolvimento cognitivo infantil: uma abordagem epidemiológica. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 39, n. 4, p. 606-611, ago. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102005000400014&lng=. Acesso em: 11 fev. 2020.
- ANDROETI NETO, Nello. **Direito civil e romano**: livro I. São Paulo: Rideel, 1973.
- ANGOLA. **Constituição da República de Angola de 21 de janeiro de 2010**. Disponível em: <http://www.governo.gov.ao/Constituicao.aspx>. Acesso em: 30 nov. 2019.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.
- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proclamada e promulgada em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 11 nov. 2019.

ATIENZA, M.; MANERO, J. R. Sobre princípios e regras. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 01, p. 04-24, 13 out. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. **Curso de direito civil**: teoria geral do direito civil: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BAPTISTA, Makilim Nunes *et al.* Intergeracionalidade familiar. *In*: BAPTISTA, Makilim Nunes; TEODORO, Maycoln L. M. (org.). **Psicologia de família**: teoria, avaliação e intervenção. Porto Alegre: Artmed, 2012.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos do contrato de recepção de sêmen em inseminações heterólogas. **Revista Seara Jurídica**, v.01, n. 07, p.14-28, jan./jun. 2012. Disponível em: http://revistas.unijorge.edu.br/searajuridica/2012_1/searajuridica. Acesso em: 17 jan. 2020.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família. *In*: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís de Iani de Amorim (coord.). **Direito de família contemporâneo e novos direitos**: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família**: princípios operacionais. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-da-familia-principais-e-operacionais.cont>. Acesso em: 29 jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [s.l.], n. 2, p. 100-109, dez. 2001. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/34>. Acesso em: 09 jan. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 17, n. 200, p. 9-17, out. 2017.

BARTOLOMEI, Marcelo. Eu Tu Eles é inspirado em história real de mulher e 3 maridos. **Folha UOL**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u3799.shtml>. Acesso em: 29 jul. 2019.

BATISTA, Vanessa Oliveira; Rodrigues, Luciana Boiteux de Figueiredo; Pires, Thula Rafaela. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. **Rev. Jur., Brasília**, v. 10, n. 90, ed. esp., p.01-44, abr./maio 2008.

BAUM, Lyam Frank. **The wizard of Oz**: the first five novels. New York: Barnes & Noble, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt; LEONCINI, Thomas. **Nascidos em tempos líquidos**: transformações no terceiro milênio. Trad. Joana Angélica D'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BERLANTI, Greg. **Unidos pelo acaso** (Life as we know it). EUA: Warner Bros. 2010, 115 min.

BERLIN, Isaiah. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade**. Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. *In: Estudos sobre a humanidade*: uma antologia de ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 1903.

BÍBLIA DE JERUSALÉM. São Paulo: Paulus, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da personalidade**. 8. ed. rev. aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. *In: BITTAR, Carlos Alberto* (coord.). **Direito de família e a constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria de direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 5. ed. rev. São Paulo: EDIPRO, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In: SARLET, Ingo Wolfgang* (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-148, p. 105.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. **Revista de investigações constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 117-139, set./dez. 2016.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigações de paternidade**: posse de estado de filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: AMIN, Andréa Rodrigues *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Traducción Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. **Revista Española De Derecho Constitucional**, n. 59, p. 29-56, 2000. Disponível em: www.jstor.org/stable/24884359. Acesso em: 06 jan. 2020.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1981)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1981**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Estatuto das Famílias. **Projeto de Lei nº 470/2013**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 3.369 de 21 de outubro de 2015**. Institui o Estatuto das Famílias do Século XXI. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2024195>. Acesso em: 30 jul. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 6.583 de 16 de outubro de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?> Acesso em: 26 jul. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 6.799 de 20 de novembro de 2013**. Acrescenta parágrafo único ao art. 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.168 de 21 de setembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Diário Oficial da União.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n.º 63 de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n.º 83 de 14 de agosto de 2019**. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 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: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 289 de 14 de agosto de 2019**. Dispõe sobre a implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA

e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2976>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 15 de março de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil.** Carta de Lei de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.** Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto n.º 592 de 06 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto n.º 6.949 de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto n.º 678 de 06 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto n.º 7.030 de 14 de dezembro de 2009.** Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 14 de nov. 2019.

BRASIL. **Decreto n.º 99.710 de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 45 de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 65 de 13 de julho de 2010**. Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 66 de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 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: 05 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 10.836 de 09 de janeiro de 2004**. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.836.htm. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 12.010 de 03 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 12.955 de 05 de fevereiro de 2014**. Acrescenta § 9º ao art. 47 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer prioridade de tramitação aos processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 13.509/2017 de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 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/L3071impressao.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 4.121 de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso e cria o Conselho Nacional do Idoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm. Acesso em: 3 jan. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória n.º 919 de 30 de janeiro de 2020**. Dispõe sobre o valor do salário mínimo a vigorar a partir de 1º de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/. Acesso em: 05 fev. 2020.

BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado n.º 470/2013**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4590857&ts=1571775504963&disposition=inline>. Acesso em: 26 jul. 2019.

BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado n.º 470/2013**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4590857&ts=1571775504963&>. Acesso em: 26 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 879.361 - DF (2016/0061049-2)**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/scon/deciso/es/toc.jsp?livre=coparentalidade&b=dtxt&thesaurus=juridico&p=true#doc1>. Acesso em: 13 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1608005/SC**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95758423&num_registro=201601607664&data=20190521&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRITTO, Demes. Título. *In*: (Coord.) BRITTO, Demes; CASEIRO, Marcos Paulo. **Direito internacional tributário teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BROWN, Peter (1989). Antiguidade tardia. *In*: VEYNE, Paul (org.). **História da vida privada, 1: do Império Romano ao ano mil**. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

BUCK, Chris; LEE, Jennifer. **Frozen: uma aventura congelante**. (Frozen) EUA: Walt Disney Pictures, 2013, 108 min.

BUSSAB, Vera Sílvia Raad. A família humana vista da perspectiva etológica: natureza ou cultura? **Interação em Psicologia**, Curitiba, v. 4, dez. 2000. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/psicologia/article/view/3322/2666>. Acesso em: 11 fev. 2020.

CABO VERDE. **Constituição da República de Cabo Verde de 25 de setembro de 1992**. Disponível em: <https://www.governo.cv/governo/constituicao/>. Acesso em: 01 dez. 2019.

CABRAL, Maria Walkíria de Faro Coelho Guedes; GODINHO, Jéssica Rodrigues. A Constituição Cidadã, a proteção da família e a (des)construção do direito das famílias.

Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, v. 63, n. 3, p. 61-80, dez. 2018.
Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59212>. Acesso em: 27 jan. 2020.

CALDERÓN, Ricardo. **Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ**: que alterou as disposições sobre registro extrajudicial da filiação socioafetiva regidas pelo Provimento 63. Disponível em: [http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20\(revisado%2021%20agosto\)%20-%20calderon%20-%20](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%2021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20). Acesso em: 20 jan. 2020.

CALDERÓN, Ricardo. Socioafetividade na filiação: análise da decisão proferida pelo STJ no REsp 1.613.641/MG. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 13, p. 141-154, jul./set. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/160/153>. Acesso em: 20 jul. 2019.

CANCINO, Emilssen González de. **Manual de derecho romano**. 6. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. 2009. 151 f. Tese (Doutorado) - Faculdade Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CARLETTI, Amilcare. **Curso de direito romano**. São Paulo: Universitária de Direito, 1999.

CARNEIRO, Nelson. **A luta pelo divórcio**: síntese de uma campanha em defesa da família. São Paulo: Lampião, 1977.

CAROLINO, Jacqueline Alves; SOARES, Maria de Lourdes; CÂNDIDO, Gesinaldo Ataíde. Envelhecimento e cidadania: possibilidades de convivência no mundo contemporâneo. **Qualitas Revista Eletrônica**, [s.l.], v. 11, n. 1, abr. 2011. Disponível em: <http://revista.uepb.edu.br/index.php/qualitas/article/view/1182/597>. Acesso em: 05 dez. 2019.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO, Dimas Messias de. Multiparentalidade - equiparação ou prevalência da filiação socioafetiva com relação à biológica? **Revista IBDFAM Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 28, jul./ago. 2018.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. A progressiva subjetivação do direito de família brasileiro. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, ano 5, v. 16, p. 64-84, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://adfas.org.br/wp-content/uploads/2018/12/RDFAS-16-vers%C>. Acesso em: 20 jan. 2020.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CATALANO, Pierangelo. El concebido “sujeto de derecho” según el sistema jurídico romano. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de

Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (org.). **Direitos de família no novo milênio**: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 393-414.

CHAVES, Caroline Magna Pessoa *et al.* Avaliação do crescimento e desenvolvimento de crianças institucionalizadas. **Revista brasileira de enfermagem**, Brasília, v. 66, n. 5, p. 668-674, out. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672013000500005&lng. Acesso em: 12 fev. 2020.

CHAVES, Jorge Fulgêncio. O apadrinhamento civil: possibilidades de implementação em Portugal e no Brasil. **Revista Vozes dos Vales da UFVJM**, Minas Gerais, ano I, n. 02, p. 1-21, 2012.

CHAVES, Jorge Fulgêncio. O apadrinhamento civil: possibilidades de implementação em Portugal e no Brasil. **Revista Vozes dos Vales da UFVJM**, Minas Gerais, ano I, n. 02, 2012.

CHILE. **Código Civil de 16 de maio de 2000**. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del código civil; de la Ley n° 4.808, sobre registro civil; de la Ley n° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la Ley n° 16.618, Ley de menores; de la Ley n° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley n° 16.271, de impuesto de las herencias, asignaciones y donaciones. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CHINA. **Constituição da República Popular da China de 04 de dezembro de 1982**. Disponível em: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/index.asp>. Acesso em: 15 dez. 2019.

CHINA. **Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Federativa da China**. Disponível em: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/leibasica/index.asp>. Acesso em: 11 dez. 2019.

CLÈVE, Clémerson Merlin. Ações Afirmativas, Justiça e Igualdade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 3, p. 542-557, 18 ago. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/115614>. Acesso em: 21 jan. 2020.

CLIZA, Marta-Claudia; NEGURĂ-SPĂTARU, Laura-Cristina. Family – constitutional, legal, social and human perspective. **Romanian Review of Social Sciences**, v. 9, Issue 17, p.3-15, 2019.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. **Curso de direito da família**: introdução – direito matrimonial. 5. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. v.I.

COITINHO FILHO, Ricardo; RINALDI, Alessandra de Andrade. O Supremo Tribunal Federal e a “união homoafetiva”. **Civitas**, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 26-42, jan./abr. 2018.

COIXET, Isabel. **Elisa y Marcela**. EUA: NETFLIX. 2019, 118 min.

COLMENAR, Jesús. **Efetuar o acordo** (Efectuar lo acordado). Vancouver Media e Atresmedia, 2017, 47 min.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.168.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 24 jul. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n.º 83, de 14 de agosto de 2019.** Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_83_14082019_1508201909575. Acesso em: 25 jul. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n.º 63, de 14 de novembro de 2017.** Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_63_14112017_1903201815094. Acesso em: 25 jul. 2019.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos** [livro eletrônico]: discurso pronunciado no Ateneu Real de Paris em 1819. Prefácio Christian Jecov Schallenmüller; tradução Leandro Cardoso Marques da Silva. São Paulo: Edipro, 2019, p. 46.

CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 11 dez. 2019.

CONTOS de fada de Perault, Grimm, Andersen e outros. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 77.710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm). Acesso em: 18 jan. 2019.

CORREIA, Isabel Matos. Famílias monoparentais - Uma família, um caso.... **Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar**, [s.l.], v. 18, n. 4, p. 241-9, jul. 2002. Disponível em: <http://rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/view/9884/9622>. Acesso em: 01 fev. 2020.

CURY, Lilian. **Dupla paternidade biológica**: juiz determina que gêmeos idênticos paguem pensão à criança. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, 1º abr. 2019 Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/20-destaque/6716-dupla-paternidade-biologica-juiz-determinaquegemeos-identicos-paguem-pensao-a-crianca>. Acesso em: dez. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DANTAS, San Thiago. **Direitos de família e das sucessões**. 2. ed. revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html#2019>. Acesso em: 12 dez. 2019.

- DIAS, Maria Berenice. **A mulher no código civil**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%. Acesso em: 11 jan. 2019.
- DIAS, Maria Berenice. **Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Disponível em: http://berenicedias.com.br/uploads/4_-_adult%20rio,_bigamia_e_uni%20o_est%20vel_-_realidade_e_responsabilidade.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.
- DIAS, Maria Berenice. **Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto**. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_550\)1__casamento__nem_direitos_nem_deveres_so_afeto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_550)1__casamento__nem_direitos_nem_deveres_so_afeto.pdf). Acesso em: 15 dez. 2019.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. E-book. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DIAS, Maria Berenice. **O fim do fim sem fim**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/8_-_o_fim_do_fim_sem_fim.pdf. Acesso em: 19 fev. 2019.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. La familia: concepto y elementos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 45, p. 194-206, 29 dez. 1949.
- DÍAZ, Carlos Lopes. **Manual de derecho de familiar y tribunales de familia**. Santiago: LOM, 2005. t.I, p. 17.
- DIMOULIS, Dimitir; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5.
- DOMINGOS, Sérgio. A família como garantia fundamental ao pleno desenvolvimento da criança. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, v. 1, p. 251-279, jan./jun. 2013.
- DURHAM, Eunice Ribeiro. Família e casamento. **Anais do III Encontro Nacional de Estudos Populacionais**. Disponível em: <http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/214>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- DURHAM, Eunice Ribeiro. Família e reprodução humana. *In*: FRANCHETTO, B.; CAVALCANTI, M. L. V. C.; HEILBORN, M. L. (org.). **Perspectivas antropológicas da mulher**. Rio de Janeiro: Zahar, 1983. v. 3.
- DURKHEIM, Émile. La famille conjugale. **Revue philosophique**, v.90, p. 9-14, 1921. Disponível em:

http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/textes_3/textes_3_2/famille_conjugale.html. Acesso em: 20 jan. 2020.

DUVERGER, Maurice. **Institutions politiques et droit constitutionnel 1**: les grands systèmes politiques. 14. ed. revista e aumentada. Paris: Thémis, 1975.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?: principles for a new political**. Princeton-Oxford: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ELISA y Marcela. Direção: Isabel Coixet. Produção: Zaza Ceballos, Mar Targarona, Joaquin Padró, José Carmona, Ana Figueroa. EUA: NETFLIX. 2019 (118 min).

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Ciro Miranza. São Paulo: Lafonte, 2012.

ESTAS são as décadas em que o Brasil começou a mudar de fato. **Exame**. <https://exame.abril.com.br/brasil/estas-sao-as-decadas-em-que-o-brasil-comecou-a-mudar-de-fato/>. Acesso em: 20 dez. 2019.

EU, Tu, Eles. Direção: Andrucha Waddington. Produção: Andrucha Waddington, Flávio Ramos Tambellini, Leonardo Monteiro de Barros, Pedro Buarque de Hollanda. Brasil: Conspiração Filmes e Columbia Tristar Filmes do Brasil, 2000 (104 min).

FACHIN, Luiz Edson. Vínculo parental parabiológico e irmandade socioafetiva. **Soluções práticas**, São Paulo, v. 2, p. 159-182, jan. 2012. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=>. Acesso em: 31 jan. 2020.

FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária – Contextualizando com as políticas públicas (in)existentes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 41, p. 1-12, jul. 1955. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda>. Acesso em: 21 jan. 2020.

FÁVERI, Marlene de. Desquite e divórcio: a polêmica e as repercussões na imprensa. **Caderno Espaço Feminino**, v. 17, n. 01, jan./jul. 2007.

FEINBERG, Mark. The internal structure and ecological context of coparenting: A framework for research and intervention. **Parenting: Science and Practice**, v. 3, p. 95-131, 2003. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/>. Acesso em: 19 jan. 2020.

FELLET, André. **Regras e princípio**: valores e normas. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil: direito de família**. Caxias do Sul: Educus, 2015.

FERNANDES, André Gonçalves. Família e sua dimensão personalizante primordial. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares; BASSET, Ursula Cristina *et al.* (coord.). **Família e pessoa: uma questão de princípios**. São Paulo: YK, 2018.

FERREIRA, Francisco José. **Direito de família**. São Paulo: Fabris, 1991.

FINAMORI, Sabrina. Cuidado e consanguinidade na atribuição de responsabilidades intergeracionais. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 18, p. 243-263, dez. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522015000400243&. Acesso em: 10 fev. 2020.

FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o direito fundamental à família. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 151-180, jun. 2016. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1730/1644>. Acesso em: 06 jan. 2020.

FRANÇA. **Code Civil de France de 21 mars de 1804**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEG>. Acesso em: 17 jul. 2019.

FRANÇA. **Loi n. 2013-404 de 17 de maio de 2013**. Ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte>. Acesso em: 10 nov. 2019.

FRANCO, Karina Barbosa; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A multiparentalidade nas famílias reconstituídas. **Revista IBDFAM: família e sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 28, p. 89-114, jul./ago. 2018.

FRIZZO, Giana Bitencourt *et al.* O conceito de coparentalidade e suas implicações para a pesquisa e para a clínica: implication for research and clinical practice. **Rev. bras. crescimento desenvolv. hum.**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 84-93, dez. 2005. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-. Acesso em: 11 jul. 2019.

FROZEN: uma aventura congelante (**frozen**). Direção: Chris Buck e Jennifer Lee. Produção: Peter Del Vecho. EUA: Walt Disney Pictures, 2013 (108 min).

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys de. **A cidade antiga**. Trad. de Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

GALLAGHER, James. Filho biológico de ‘três pessoas’ nasce na Grécia. **BBC**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-47892322>. Acesso em: 24 jul. 2019.

GALVAN, Fernanda; ZANATTA, Maria de Lourdes Alves Lima. **Trayectorias humanas trascontinentales** [En ligne], v.5, 2019. Disponível em: <https://www.unilim.fr/trahs/1465>. Acesso em: 05 dez. 2019.

GALVÃO, Walder. **Rhuan Maycon, menino que foi esquartejado, teve pênis cortado há um ano**. Disponível em:

https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/06/03/interna_cidadesdf,759663/rhuan-maycon-sofria-maus-tratos-antes-de-morrer.shtml. Acesso em: 30 nov. 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social da família e jurisprudência brasileira**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/177.pdf. Acesso em: 16 mar. 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus**: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais e direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/2008: família, criança adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GARIERI, Daniela Cristina Caspani; Silva, Luisa Angelo Meneses Caixeta; Salomão, Wendell Jones Fiovarante. Reprodução Humana Assistida: as consequências do surgimento de famílias construídas *in vitro*. **Revista IBDFAM Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte: IBDFAM, n. 08, mar./abr. 2015.

GENNEP, Arnold Van. **Os ritos de passagem**: estudo sincrético dos ritos da porta e da solteira, da hospitalidade, da adoção, gravidez e parto, nascimento, infâncias, puberdade, iniciação, coroação, noivado, casamento, funerais, estações, etc. Trad. de Mariano Ferreira. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GOMES, Jerusa Vieira. Família e socialização. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 3, n. 1-2, p. 93-105, 1 jan. 1992.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - Direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v.6.

GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen **Manual de derecho romano**. 6. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

GOZZO, Débora; MONTEIRO, Juliano Ralo. A concretização da autonomia existencial e a Lei n. 13.146/15: apontamentos sobre o casamento da pessoa com deficiência. **Civilistica.com.**, Rio de Janeiro, ano 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/a-concretizacao-da-autonomia-existencial/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

GRIMM, Wilhelm **Contos de fada de Perault, Grimm, Andersen e outros**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

GROSMAN, Cecília P.; ALCORTA, Irene Martinez. **Familias ensambladas, nuevas uniones después del divorcio**. Buenos Aires: Universidad, 2000.

GUIMARÃES, Paula. Famílias e envelhecimento - como reinventar a história do capuchinho vermelho. *In*: SEMINÁRIO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, IV. **A pessoa idosa e a sociedade, Perspetiva Ética**, Lisboa, Coleção Bioética VI. Atas do VI Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, presidência do conselho de ministros, 2000, p. 94.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: a brief history of mankind**. E-Book. New York: Harper Perennial, 2015.

HARNAK, Darwinn. **Co-Parenting** – Reflexões acerca do compartilhamento de paternidade ou maternidade. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/938/Co-Parenting+%E2%80%93+Reflex%C3%B5es>. Acesso em: 15 jan. 2020.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v. 1, n. 1, 1º sem. 2000, p. 113-122.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 108, p. 199-219, 22 nov. 2013.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HOGEMANN, Edna Raquel; MOURA, Solange Ferreira de. O direito fundamental à identidade pessoal e o estigma do abandono. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [s.l.], v. 9, n. 1, p. 55-68, maio 2018.

HOOPER, Tom. **Os miseráveis**. Universal Studios. 2012. 158 min.

HOPPE, Hans-Hermann. **Uma breve história do homem: progresso e declínio**. Trad. Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM, 2018.

HOUAISS, Antônio. **Minidicionário Houaiss de língua portuguesa**. 4. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **IBGE notícias**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14244-asi-censo-2010-numero-de-catolicos-cai-e-aumenta-o-de-evangelicos-espíritas-e-sem-religiao>. Acesso em: 10 jan. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico 2010: famílias e domicílios – resultados da amostra**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_. Acesso em: 05 jul. 2019.

INÁCIO, Ana Malfada. Apadrinhamento: a lei que pode tirar mais crianças das instituições e que é ignorada há dez anos. **Diário de Notícias**, 05 maio 2019. Disponível em: <https://www.dn.pt/vida-e-futuro/apadrinhamento-a-lei-que-pode-tirar-mais-criancas-das-instituicoes-e-que-e-ignorada-ha-dez-anos-10860583.html>. Acesso em: 09 dez. 2019.

IRLANDA. **Constitution of Ireland de 29 de dezembro de 1937**. Disponível em: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html>. Acesso em: 04 dez. 2019.

IRLANDA. **Thirty-fourth Amendment or the Constitution Act de 26 de agosto de 2015**. Marriage Equality. Disponível em: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/ca/34/enacted/en/html>. Acesso em: 09 out. 2019.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana de 22 de dezembro de 1947**. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf> . Acesso em: 04 dez. 2019.

JOÃO NETO. Novos arranjos familiares. **Revista Retratos**, IBGE, p. 17-19, dez. 2017. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/3ee63778c4cfdcbbe. Acesso em: 30 jan. 2019.

JORGE JÚNIOR, Antônio Pereira. A família entre as modalidades convivenciais do direito e a distinção entre o ser, pensar agir e sentir-se família. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; BASSET, Úrsula Cristina *et al.* (coord.). **Família e pessoa: uma questão de princípios**. São Paulo: YK, 2018, p. 160.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2017.

KARINA BACCHI anuncia gravidez por fertilização in vitro. **UOL**, 2017. Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/celebridades/2017/02/karina-bacchi-anuncia-gravidez-por-fertilizacao-in-vitro.shtml>. Acesso em: 15 jul. 2019.

KARINA Bacchi dá à luz Enrico, em Miami; gravidez foi produção independente. **UOL**, 2017. Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/celebridades/2017/08/nasce-filho-de-karina-bacchi-enrico.shtml>. Acesso em: 15 jul. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KORNIS, Mônica Almeida. História e cinema: um debate metodológico. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 237-250, jul. 1992. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/1940>. Acesso em: 02 fev. 2020.

LACAN, Jaques. **Complexos familiares na formação do indivíduo**: ensaio de análise de uma função em psicologia. Trad. Marco Antonio Coutinho Jorge. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Trad. Luís Díes-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LEAKY, Richard E. **A origem da espécie humana**. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

LEAL, Livia Teixeira. Multiparentalidade genética? Análise da sentença proferida pelo Juiz Filipe Luis Peruca, de Cachoeira Alta – Goiás. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 20, p. 139-154, abr./jun. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/392/295>. Acesso em: 15 jan. 2020.

LEMOS, Vinicius. **Coparentalidade**: brasileiros buscam parceiros para ter filhos sem relação amorosa. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45065810>. Acesso em: 11 jul. 2019.

LENHARO, Mariana. Mundo terá 1 bilhão de idosos em dez anos e falta estratégia, adverte ONU. **Estadão**. São Paulo, 02 out. 2012. Caderno Geral. Disponível em:

<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,mundo-tera-1-bilhao-de-idosos-em-dez-anos-e-falta-estrategia-adverte-onu-imp-,938764>. Acesso em: 05 dez. 2019.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

LEVY, Pierre. A Revolução contemporânea em matéria de comunicação. Trad. Juremir Machado da Silva. **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, n. 9, dez. 1998, semestral.

LEWIS, C. S. **As crônicas de Nárnia**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LEWIS, C. S. **Os quatro amores**. Trad. Estevan Kirschner. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2017.

LEWIS, C.S. **As crônicas de Nárnia**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

LINS, Regina Navarro. **Coparentalidade parece uma boa solução para solteiros que querem filhos**. 2018. Disponível em:

<https://reginavarro.blogosfera.uol.com.br/2018/08/11/coparentalidade-parece-uma-boa-solucao-para-solteiros-que-querem-filhos/>. Acesso em: 11 jul. 2019.

LINS, Regina Navarro. **Coparentalidade: desejo de compartilhar paternidade e maternidade**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6367/Coparentalidade%3A+desejo+de+compartilhar+paternidade+e+maternidade>. Acesso em: 11 jul. 2019.

LISBOA, Aline Vilhena; FERES-CARNEIRO, Terezinha; JABLONSKI, Bernardo. Transmissão intergeracional da cultura: um estudo sobre uma família mineira. **Psicol. estud.**, Maringá, v. 12, n. 1, p. 51-59, abr. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722007000100007&. Acesso em: 11 fev. 2020.

LOBO, Fabíola Albuquerque. As transformações do direito de família brasileiro à luz da Constituição 1988. **Civilística.com**, Rio de Janeiro, ano 8, n. 3, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/as-transformacoes-do-direito-de-familia/>. Acesso em: 25 de jan. 2020.

LOBO, Paulo. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 05, ago./set. 2008.

LOPES, Emília. **Os filhos do Estado: a institucionalização de crianças e adolescentes à luz do direito fundamental à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

LORO, Tarcísio Justino. A família: Sua função social e religiosa. **Revista de Cultura Teológica**, v. 18, n. 69, jan./mar. 2010.

LOSCHI, Marília. Casamentos que terminam em divórcio duram em média 14 anos no país. **IBGE**, 2012. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012->

agencia-de-noticias/noticias/22866-casamentos-que-terminam-em-divorcio-duram-em-media-14-anos-no-pais.Acesso em: 05 fev. 2020.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Tratado, Governo e Congresso A referenda de tratados e a possibilidade de sua alteração legislativa no direito público brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar. 2009.

MACAU. **Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China de 20 de dezembro de 1999**. Disponível em: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/leibasica/index.asp>. Acesso em: 10 dez. 2019.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. In: AMIN, Andréa Rodrigues *et al.* Coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos práticos e teóricos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 149.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. O papel da mulher na sociedade. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 75, p. 123-134, 1 jan. 1980.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime de costume na sociedade selvagem**. Trad. Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Sexo e repressão na sociedade selvagem**. Trad. de Francisco M. Guimarães. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

MALTHUS, Thomas R. **Ensaio sobre a população**. Seleção Economia Política. E-Book.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A composição da família na pós-modernidade. **Revista FMU Direito**, São Paulo, ano 24, n. 34, p.1-17, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na contemporaneidade - aspectos jusfilosóficos. **Revista Trama Interdisciplinar**, v. 3, n. 1, 29 nov. 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MANAHAM, Daniel. **Ganhar ou morrer** (You win or you die). EUA: HBO Productions, 2011.
- MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do direito de família e guarda dos filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- MARSHAL, Thomas H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. A família na constituição. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **A família na constituição brasileira**. São Paulo: Noeses, 2019.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O poder de celebrar tratados competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. I.
- MELO, Alexandre José Paiva da Silva **Comentários à constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família na Constituição Federal de 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 119-130, jan./jun. 2008.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; LINS, Ana Paola de Castro e. Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 17-41, jul./set. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/269/227>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. Direito fundamental à constituição de entidade familiar por pessoa homossexual. **Revista NEJ - Eletrônica**, v. 15, n. 1, p. 61-74, jan./abr. 2010.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. Direito fundamental à constituição de entidade familiar por pessoa homossexual. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, p. 61-74, jul. 2010.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio/ago. 2016.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MINAHAM, Daniel. **Uma coroa dourada** (A Golden Crown). EUA: HBO Productions, 2011.

MINAHAN, Daniel. **Ganhar ou Morrer**. (You win or you die). EUA: HBO Productions, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. **Revista Justitia**, São Paulo, v.67, n.201, jan./dez. 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Democracia, liberdade e igualdade**: os três caminhos. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1945.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Manual de direito constitucional** – Direitos fundamentais. 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. v. 1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. **Revista Justitia**, São Paulo, v.67, n.201, jan./dez. 2010.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.

MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique de 16 de novembro de 2004**. Disponível em: <http://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Media/Files/Constituicao-da-Republica-PDF>. Acesso em: 11 dez. 2019.

MOLINERO, Bruno. Conheça crianças que nasceram de 'produção independente' e não têm pai. **Folha de São Paulo**, 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folhinha/2015/05/1632397-conheca-criancas-que-nasceram-de-uma-reproducao-independente.shtml>. Acesso em: 15 jul. 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.2.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-148.
- MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2.220.
- MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Capítulo VII - Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 117-139, set./dez. 2016.
- MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Nauamann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MULTEDO, Renata Vilela; MORAES, Maria Celina Bodin de. A privatização do casamento. **civilistica.com**: revista eletrônica de direito civil, v. 5, n. 2, p. 1-21, 27 maio 2018.
- NASCIMENTO, Letícia Queiroz; ROCHA, Maria Vital da. Igualdade entre filhos adotivos e biológicos: diálogos entre o direito romano e o direito brasileiro. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 11, n. 25, set./dez. 2019.
- NASCIMENTO, Sibhelle Katherine. A proteção do idoso no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 22, p. 17-32, out./dez. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- NAVARRO, Fabiana Magalhães; MARCON, Sônia Silva. Convivência familiar e independência para atividades de vida diária entre idosos de um centro DIA. **Cogitare Enfermagem**, [s.l.], v. 11, n. 3, dez. 2006. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/7306/5238>. Acesso em: 05 dez. 2019.
- NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional: curso completo**. 2. ed. São Paulo: Thonsom Reuters, 2019.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: família e sucessões**. 2 ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2019. v.IV.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do pátrio poder. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 11, p. 193-209, 1996. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/69746/39292>. Acesso em: 20 jan. 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas de Souza; PEREIRA, Fernanda Morato da Silva. Os desdobramentos do reconhecimento extrajudicial da “paternidade” socioafetiva. **Civilistica.com.**, Rio de Janeiro, ano 8, n. 2, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/os-desdobramentos-do-reconhecimento-extrajudicial/>. Acesso em: 13 dez. 2019.

O CNJ proibiu a multiparentalidade em cartório de registro civil. **Estadão**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-cnj-proibiu-a-multiparentalidade-em-cartorio-de-registro-civil/>. Acesso em: 20 jan. 2020.

O JOGO da imitação (Imitation game). Direção: Morten Tyldum. Produção: Nora Grossman, Ido Ostrowsky e Teddy Schwarzman. EUA: The Weinstein Company. 2014 (114 min).

OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. In: OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte, Del Rey – IBDFam, 2002.

OLIVEIRA, Lamartine C. de; FERREIRA, Francisco José. **Direito de família**. São Paulo: Fabis, 1991.

OLIVEIRA, Othoniel Alves de; XEREZ, Rafael Marcílio. O cumprimento da pena após a decisão de segunda instância à luz da ponderação de princípios de Robert Alexy. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1185-1206, set./dez. 2019. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/368>. Acesso em: 05 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?>. Acesso em: 11 nov. 2019.

OS MISERÁVEIS. Direção: Tom Hooper. Produção: Tim Bevan, Eric Fellner, Debra Hayward e Cameron Mackintosh. EUA: Universal Studios. 2012 (158 min).

PAES, Nadinne Sales Callou Esmeraldo. O afeto nas famílias recompostas: possibilidades de repercussão jurídica positiva do elemento afetivo nas relações de afinidade no Brasil. **Civilistica.com**: revista eletrônica de direito civil, v. 8, n. 2, p. 1-19, 9 set. 2019.

PAIANO, Daniele Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. As técnicas de reprodução assistida na resolução n.º 2.121/15 do conselho federal de medicina – principais aspectos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 57-71, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/8/7>. Acesso em: 19 jul. 2019.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Análise crítica da decisão do conselho nacional de justiça que proíbe a lavratura da escritura pública de união poliafetiva. **Revista Argumentum – RA**, Marília/SP, v. 20, n. 1, p. 35-72, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/963/703>. Acesso em: 27 jul. 2019.

PARAGUAI. **Constitución Nacional de la República del Paraguay de 20 de junho de 1992**. Disponível em: [http://digesto.senado.gov.py/archivos/file/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Rep%C3%ABlica%20del%20Paraguay%20y%20Reglamento%](http://digesto.senado.gov.py/archivos/file/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Rep%C3%ABlica%20del%20Paraguay%20y%20Reglamento%20). Acesso em: 4 dez. 2019.

PATTEN, Tim Van. **O inverno está chegando** (Winter is coming). EUA: HBO Productions, 2011.

PEDUZZI, Pedro. Lei de cotas para deficientes completa hoje 28 anos: Portadores de deficiências graves têm mais dificuldade para trabalhar. **Agência Brasil**, 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2019-07/lei-de-cotas-para-deficientes-completa- hoje-28-anos>. Acesso em: 05 jan. 2020.

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. A família entre as modalidades convivenciais do direito e a distinção entre o ser, pensar agir e sentir-se família. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; BASSET, Ursula Cristina (coord.) *et al.* **Família e pessoa: uma questão de princípios**. São Paulo: YK, 2018.

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.376.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **A nova constituição e o direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 27. ed. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v.V.

PEREIRA, Fernando Sérgio; BUENO, José Geraldo Romanello. A multiparentalidade como consequência da reprodução humana assistida: aspectos gerais e efeitos jurídicos. **Revista Direito**, v. 11, n. 01, 2019, p. 267-297. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/2063/pdf>. Acesso em: 28 jan. 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da C. **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcios aumentaram e casamentos estão durando menos**. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/divorcio/>. Acesso em: 05 fev. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 30, n. 104/105, out./mar. 2003/2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União poliafetiva – **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. 07 jan. 2016. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/uniao-poliafetiva-dicionario-de-direito-de-familia-e-sucessoes/>. Acesso em: 20 jul. 2019

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências Modernas do direito de família. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 628, p.19-39, fev. 1988.

PEREIRA, Virgílio Sá. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Litho - Tipografia Fluminense, 1923.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: uma introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PETRINI, João Carlos. **Notas para uma antropologia da família**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/120.pdf. Acesso em: 30 jan. 2019.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução Antônio Francisco de Sousa, António Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PINHEIRO, Luiz Cláudio. **A história do novo código civil**. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/24906-historia-do-novo-codigo-civil/>. Acesso em: 05 fev. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

PLANELLA, Jordi. A violência como forma de comunicação nas crianças e adolescentes em situação de risco social. **Revista do Instituto de Reinserção Social - Infância e juventude**, v.97, n.4, p. 91, out./dez. 1997.

PODESWA, Jeremy. **O dragão e o lobo** (The Dragon and The Wolf). EUA: HBO Productions, 2017.

PONTES DE MIRANDA. **Democracia, liberdade e igualdade**: os três caminhos. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1945, p.275 e ss.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. IX, p. 46-47.

PORTUGAL. **Código Civil Português de 25 de novembro de 1966**. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em: 15 out. 2019.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 25 de abril de 1976**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 15 out. 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos

fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

RADCLIFFE-BROWN, A. R. **Estrutura e função social na sociedade primitiva**. Trad. de Nathanael C. Caixeiro. 2. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

RAMOS, Danielle Marques dos; NASCIMENTO, Virgílio Gomes do. A família como instituição moderna. **Fractal, Rev. Psicol.**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 461-472, dez. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-02922008000200012&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 fev. 2020.

RAMOS, Natália. Relações e solidariedade intergeracionais na família. **Revista Portuguesa de Pedagogia**, ano 39, n.1, p.195-216, 2005.

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE SÃO THOMÉ E PRÍNCIPE. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/saotomeeprincipe/constituicao/constituicao-da-republica-democratica-de-s.tome-e>. Acesso em: 11 dez. 2019.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODOTÁ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Tradução Carlos Nelson de Paula Konder. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/275/233>. Acesso em: 20 jan. 2020.

RODOTÁ, Stefano. **Derecho de amor**. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2015.

RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, p. 239-254, 1 jan. 1993.

RODRIGUEZ, Columba del Carpio. Principios del derecho de familia en la constitución peruana. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares; BASSET, Ursula Cristina *et al.* (coord.). **Família e pessoa: uma questão de princípios**. São Paulo: YK, 2018.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Tradução de G. R. Carrió. Buenos Aires, 1963.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social** [livro eletrônico]: princípios do direito político. Trad. Edson Bini; prefácio Laurent de Saes. São Paulo: Edipro, 2020.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; BONFIM, Marcos Augusto Bernardes. Uma análise do Recurso Extraordinário nº 878.694 à luz do direito fundamental à liberdade: qual espaço para a autodeterminação nas relações familiares? **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 22, p. 141-178, out./dez. 2019, p. 156.

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

SAMPAIO, Natércia; DINIZ, Márcio. Liberdade: um elo em comum entre Marx e Rawls. **RevJurFA7**, Fortaleza, v. VIII, n. 1, p. 169-184, abr. 2011.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Direito de família e das sucessões**. Revista e atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SANCHEZ, Fátia Abad. A família na visão sistêmica. *In*: BAPTISTA, Makilim Nunes; TEODORO, Maycoln L. M. (org.). **Psicologia de família**: teoria, avaliação e intervenção. Porto Alegre: Artmed, 2012.

SANTOS, Danielle Maria Espezim dos; VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral e o enfrentamento de vulnerabilidades infantoadolescentes. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 10, n. 02, p. 109-157, 2018.

SANTOS, Júlio César; FREITAS Patrícia Martins de. Planejamento familiar na perspectiva do desenvolvimento. **Ciência e Saúde Colet.**, v.16, n.3, p.1813-20 2011, p. 1816. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/csc/2011.v16n3/1813-1820/pt/#ModalArticles>. Acesso em: 10 dez. 2019.

SÃO THOMÉ E PRÍNCIPE. **Constituição da República Democrática de São Thomé e Príncipe de 25 de janeiro de 2003**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/saotomeeprincipe/constituicao/constituicao-da-republica-democratica-de-s.tome-e>. Acesso em: 19 dez. 2019.

SAPOCHNIK, Miguel. **Os sinos** (The bells). EUA: HBO Productions, 2019.

SARLET, Ingo W. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, n. 09, p. 364-388, jan./jun. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a constituição federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Espaço Jurídico**, v. 12, n. 2, jul./dez. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARTI, Cynthia Andersen. A família como ordem simbólica. **Rev. Psicol. USP**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 11-28, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642004000200002&lng=e. Acesso em: 11 mar. 2019.

SARTI, Cynthia Andersen. Contribuições da antropologia para o estudo da família. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 3, n. 1-2, p. 69-76, 1 jan. 1992.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Traducción Francisco Ayala. Madri: Alianza, 1996.

SCHNEIDER, David M. **Parentesco americano: uma exposição cultural**. Trad. de Fábio Ribeiro. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SHAND, Alexander. **Complexos familiares na formação do indivíduo: ensaio de análise de uma função em psicologia**. Trad. Marco Antonio Coutinho Jorge. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

SIGNORINI, Terezinha de Jesus Presunção de paternidade na união estável. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, ano 3, n. 5, p. 434-444, dez. 2016. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/mppr/revista_juridica_mppr. Acesso em: 21 dez. 2019.

SILVA, Everton Melo da. A gênese sócio-histórica do homem e a revolução neolítica. **Revista de Ciências Humanas ReAGES**, [s.l.], v. 1, n. 2, p. 12-30, ago. 2018.. Disponível em: <http://npu.faculdadeages.com.br/index.php/revistadecienciashumanas/>. Acesso em: 08 fev. 2020.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>. Acesso em: 20 jan. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, José Lennarte da *et al.* Planejamento para famílias homoafetivas: releitura da saúde pública brasileira. **Rev. bioét.** (Impr.), v.27, n.2, p.276-80, 2019. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1905/2095. Acesso em: 10 dez. 2019.

SILVA, Regina Beatriz da. **30 anos de constituição e o compromisso de proteção à família**. Disponível em: <http://reginabeatriz.com.br/30-anos-da-constituicao-e-o-compromisso-de-protecao>. Acesso em: 03 jan. 2020.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. As dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 09, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137>. Acesso em: 10 jan. 2020.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Coparentalidade**: egoísmo dos genitores, sofrimento dos filhos. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/coparentalidade-egoismo-dos-genitores-sofrimento-dos-filhos/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Monogamia: princípio estruturante do casamento e da união estável. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; BASSE, Ursula Cristina *et al.* **Família e pessoa**: uma questão de princípios. (coord.). São Paulo: YK, 2018.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **O CNJ proibiu a multiparentalidade em cartório de registro civil**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-cnj-proibiu-a-multiparentalidade-em-cartorio-de-registro-civil/>. Acesso em: 20 jan. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SIMÕES, Celso Cardoso da Silva. **Relações entre as alterações históricas na dinâmica demográfica brasileira e os impactos decorrentes do processo de envelhecimento da população**. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98579.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Tradução de Clarice Ejlers Peixoto. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SIQUEIRA, Aline Cardoso. A família como garantia fundamental ao pleno desenvolvimento da criança. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, v. 1, p. 251-279, jan./jun. 2013.

SIQUEIRA, Natércia Sampaio; DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. Liberdade: um elo em comum entre Marx e Rawls. **RevJurFA7**, Fortaleza, v. VIII, n. 1, p. 169-184, abr. 2011.

SIQUEIRA, Natércia Sampaio; SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. Liberdades e equanimidade: elementos axiológicos estruturantes das democracias contemporâneas. **Revista Direito e Justiça – Reflexões sociojurídicas**, ano XVIII, n. 29, p. 47-61, nov. 2017.

SOALHEIRO, Luiz. **Famílias simultâneas**: um arranjo familiar não monogâmico. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SÓFOCLES. **Édipo Rei**. Trad. Ordep Serra e Sueli de Regino. São Paulo: Martins Claret, 2015.

SOUSA, Felipe Oliveira de. Raciocínio jurídico: entre princípios e regras. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011, 10/2011.

SZYMANSKI, Heloisa. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança. **Revista Serviço Social e Sociedade**, n.71, [s.d.], p. 10-11.

TABORDA, Marem Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, p. 241-269, jan. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47142/45717>. Acesso em: 21 jan. 2020.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TAVARES, Osvaldo Hamilton. A influência do direito canônico no código civil brasileiro. **Revista Justitia**, São Paulo, v.47, n.132, p. 49-56, out./dez. 1985. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/zwaz5b.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

TAYLOR, Alan. **Baelor** (Baelor). EUA: HBO Productions, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. t. I.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. II.

TIMOR LESTE. **Constituição da República Democrática**. Disponível em: http://timor-leste.gov.tl/wp-content/uploads/2010/03/Constituicao_RDTL_PT.pdf. Acesso em: 11 dez. 2019.

TYLDUM, Morte. **O jogo da imitação** (Imitation game). EUA: The Weinstein Company. 2014, 114 min.

UNIDOS pelo acaso (**Life as we know it**). Direção: Greg Berlanti. Produção Barry Josephson e Paul Brooks. EUA: Warner Bros. 2010 (115 min).

URUGUAI. **Código Civil de la República Oriental de Uruguay de 01 janeiro de 1986**. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/codigos>. Acesso em: 30 set. 2019.

URUGUAI. **Constitución de la República de 1967 con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004**. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>. Acesso em: 30 set. 2019.

URUGUAI. **Lei n.º 19.075 de 03 de maio de 2013**. Matrimônio Igualitário. Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp5919730.htm>. Acesso em: 15 dez. 2019.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Os meus, os seus e os nossos**: as famílias mosaico e seus efeitos jurídicos. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/597/Os+meus%2C+os+seus+e+os+nossos%3A+As+fam%C3%ADlias+mosaico+e+seus+efeitos+jur%C3%ADdicos>. Acesso em: 23 jul. 2019.

VALADARES, Maria Goreth Macedo; FERREIRA, Isadora Costa. Multiparentalidade: uma forma de respeito à convivência avoenga nas adoções unilaterais. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 8, abr./jun. 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/65/59>. Acesso em: 25 jul. 2019.

VAN EGEREN, L. A.; HAWKINS, D. P. Coming to terms with Coparenting: implications of definition and measurement. **Journal of Adult Development**, v.11, n.3, p.165-178, 2004.

VAN GENNEP, Arnold. **Os ritos de passagem**: estudo sincrético dos ritos da porta e da solteira, da hospitalidade, da adoção, gravidez e parto, nascimento, infâncias, puberdade,

iniciação, coroação, noivado, casamento, funerais, estações, etc. Tradução de Mariano Ferreira. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 123.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União Poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. **Revista Libertas**, Ouro Preto – MG, n. 2, v. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/418/382>. Acesso em: 05 jan. 2020.

VELASCO, Clara. Em 10 anos, Brasil ganha mais de 1 milhão de famílias formadas por mães solteiras. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/em-10-anos-brasil-ganha-mais-de-1-milhao-de-familias-formadas-por-maes-solteiras.ghtml>. Acesso em: 30 jan. 2019.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e da paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VERBICARO, Dennis; BOAVENTURA Igor Davi da Silva; RIBEIRO, Cristiane Figueiredo Terezo. A proteção integral e o melhor interesse da criança no contexto das relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 122, p. 89-111, mar./abr. 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&>. Acesso em: 05 jan. 2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, fev. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66610>. Acesso em: 17 jan. 2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo O reconhecimento da família poliafetiva no Brasil: uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia. **Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito**, v. 7, n.13, set./dez. 2015. Disponível em: <https://faculdededamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/>. Acesso em: 10 dez. 2019.

VILLELA, João Baptista. As novas relações da família. *In*: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB EM FOZ DO IGUAÇU. XV. **Anais [...]**. São Paulo: JBA Comunicações, 1995.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

VILLELA, João Baptista. **Repensando o direito de família**. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

WADDINGTON, Andrucha. **Eu, Tu, Eles**. Conspiração Filmes e Columbia Tristar Filmes do Brasil, 2000. 104 min.

WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. Conferência proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro no

dia 04.06.2004. **Revista da Emerj** – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 100, 2004.

WENCESLAU, José Francisco Carminatti; STRAUSS, André. O tabu do incesto e a bioantropologia. **Cadernos de Campo**, São Paulo, n. 21, p. 1-360, 2012. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/53904>, p. 13. Acesso em: 20 jan. 2020.

WHITING, Beatrice Blyth; WHITING, John W. M. **Children of six cultures: a psycho-cultural analysis**. E-book. Harvard University Press, 1975.

WINNICOTT, Donald W. **A família e o desenvolvimento individual**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

XAVIER, Luiz Gustavo. **Lei que facilita adoção de criança com deficiência completa 2 anos sem muitos resultados**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cpd/noticias/lei-que-facilita-adocao-de-crianca-com-deficiencia-completa-2-anos-sem-muitos-resultados>. Acesso em: 09 dez. 2019.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização dos direitos fundamentais: teoria, método, fato e arte**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

XEREZ, Rafael Marcílio; ROCHA, Katarina Karol Brazil de Melo. Análise jurídica da poliafetividade a partir do filme “Eu tu eles”. **ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 149-171, jun. 2019. Disponível em: <http://seer.rdl.org.br/index.php/anamps/article/view/465>. Acesso em: 02 fev. 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016.