

A CONCEPÇÃO ATUAL DA FAMÍLIA À LUZ DO RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

CURRENT FAMILY CONCEPT IN THE LIGHT OF THE RECOGNITION OF HOMOSEXUAL RELATIONS

Alcione Maria Ferreira¹

Gustavo Vilela Félix²

Paulo Henrique Silva de Almeida³

RESUMO: A família é considerada núcleo da sociedade e ponto basilar de organização do Estado. Todavia, sendo resultante do processo evolutivo e da cultura que prevalece em um determinado momento histórico, a concepção de família não se revela estática, mas reproduz os reflexos das mudanças sociais que decorrem ao longo dos tempos. Não obstante a evolução das concepções familiares, as Uniões Homoafetivas continuaram discriminadas no tratamento legal, sendo condenadas à invisibilidade pelo Direito. Apenas em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu como união estável a entidade formada por casais de pessoas do mesmo sexo, tornando as Uniões Homoafetivas o maior expoente atual da diversidade familiar. Diante das mudanças que entornam a sua concepção, a família não mais se concebe diante dos parâmetros tradicionais, que não correspondem à realidade atual e à

¹ Graduada em Direito pelo UNIPAM - Centro Universitário de Patos de Minas, especialista em direito tributário, direito e processo do trabalho, Advogada, Professora de Direito Civil, Processo Civil e Processo do Trabalho na FINOM Faculdade do Noroeste de Minas-MG.

E-mail: alcione.adv@terra.com.br

² Graduanda do Curso de Direito na FINOM Faculdade do Noroeste de Minas-MG.

³ Advogado. Graduado em Direito na Faculdade do Noroeste de Minas (FINOM).

evolução do Direito das Famílias, exigindo uma nova conceituação que abranja a liberdade de constituição familiar, voltada à promoção da personalidade dos entes familiares, com tratamento igualitário, e tendo no afeto o núcleo de sua identificação e reconhecimento. **Palavras-chave:** Família. Pluralismo. Homoafetividade. Eudemonismo. Afetividade.

ABSTRACT: Family is taken for granted as a society core and basis of State organization. However, resulting from evolution process and culture that prevail in a certain historic moment, family concept has not been static, but it reproduces the social changes throughout time. Despite family concept evolution, homosexual couples were still discriminated on legal basis, condemned to invisibility by law. Only on May 5, 2011, by judging 4277 Unconstitutional Direct Action (ADI in Portuguese) and 132 Argument on Violation of Fundamental Principles (ADPF, in Portuguese), the Supreme Court recognized as a common law marriage the entity made up by homosexual couple, which made homosexual relations the greatest current exponent on family diversity. Because of the changes that involve its conception, family is no longer traditional, against modern reality and evolution to family law. It demands a new concept which includes freedom to family constitution which promotes personality of family members, equal treatment and love as the core of its identity and recognition. **Key words:** Family. Pluralism. Homoaffection. Affection.

1 Introdução

A estrutura familiar está intimamente ligada ao contexto histórico e social na qual se encontra inserida, não se tratando de uma instituição estática e aistórica. Sob a influência das mudanças socioculturais e econômicas que atingem sua estrutura e dinâmica, a família vem passando por transformações ao longo do tempo.

Cada cultura prevalente em determinado momento evolutivo na humanidade oferece sua concepção singular da constituição familiar, e as mudanças sociais, econômicas e religiosas, que ocorreram nos mais variados contextos e épocas, provocaram influência de um processo evolutivo que foi se delineando até chegar aos modelos e configurações contemporâneos da família.

Diante da sensibilidade da concepção familiar em relação aos parâmetros sociais que a norteiam, o Direito não pode se negar a enxergar e reconhecer as mudanças promovidas no campo das famílias, tutelando e regulamentando as diversas formas familiares de modo que assegure o tratamento igualitário e promova a dignidade de cada um dos componentes da entidade familiar.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a construção de um novo conceito de família, uma vez que a concepção familiar não mais coaduna com os moldes tradicionais impostos durante décadas, que pressupunham uma estrutura patriarcal, heterossexual e hierarquizada. Com o advento da Constituição Federal brasileira de 1988 a família ganhou novos traços, ampliando e pluralizando as suas concepções e fundando no afeto o elemento primordial de sua identificação e reconhecimento.

Neste ínterim, as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo ganham destaque na luta por igualdade de direitos e reconhecimento perante o Estado. Abraçada pela doutrina sob a conceituação de Uniões Homoafetivas, essa estrutura teve negado o reconhecimento como entidade familiar, uma vez que a Carta Constitucional de 1988, de forma discriminatória injustificada, erigiu à condição de família equiparada ao casamento apenas a uniões estáveis formadas entre um homem e uma mulher, negando direitos e condenando à invisibilidade as uniões entre companheiros do mesmo sexo.

Após largo decurso de incertezas e inquietações jurídicas e de uma luta travada por direitos igualitários, as uniões homoafetivas foram paulatinamente ganhando espaço no cenário jurídico nacional, obtendo uma flexibilização dos entendimentos proclamados pelos Tribunais Superiores e indagados pela doutrina, sendo que, em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como

união estável a entidade formada por casais compostos por pessoas do mesmo sexo, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

Nesse diapasão, o presente trabalho deságua na construção do novo conceito de família, entendido diante das concepções atuais que refletem a possibilidade múltipla de formação de estrutura familiar, tal qual o afeto e a liberdade das pessoas possam formular, notadamente diante do reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Pretório Excelso, rompendo substancialmente com os parâmetros tradicionais, dando efetividade à promoção da dignidade dos entes familiares, fundada nos preceitos basilares da igualdade, liberdade e afetividade.

2 Evolução historicossocial da família

A ideia de família surgiu muito antes do Direito, dos códigos, da ingerência do Estado e da Igreja na vida das pessoas. Desde então, a definição de família passou por grandes transformações, principalmente no que tange sua estrutura.

Inicialmente a família possuía um perfil extremamente conservador, conservadorismo esse que estava estritamente relacionado ao direito canônico, uma das consequências da colonização portuguesa. O matrimônio era a única forma de confirmação da entidade familiar e este tinha na procriação um de seus principais objetivos. O casamento era indissolúvel e, muitas vezes, independia da vontade dos nubentes, sendo arranjados por seus pais.

A estrutura familiar da época seguia o modelo patriarcal, ou seja, uma família numerosa, composta não só do núcleo conjugal e de seus filhos, mas também de um grande número de criados, parentes, aderentes, agregados e escravos, submetidos todos ao poder do patriarca. Esse modelo familiar tinha como pedra fundamental os interesses do grupo, como a mútua proteção e a segurança.

Porém, como nos assegura Ana Carla Harmatiuk Matos (2004, p. 8), o modelo familiar retratado pelo sistema clássico tem sido

superado, pois, a família não sendo uma instituição estática, esta acompanha as mudanças pelas quais passa a sociedade.

Para Maria Berenice Dias, na contemporaneidade, “existe uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho e de amor” (DIAS, 2007, p. 52-53). Com a evolução da estrutura da sociedade, a forma de família foi se distanciando muito do modelo patriarcal e, paulatinamente, as novas formas familiares vêm ganhando espaço e reconhecimento perante a sociedade e o Direito.

A família contemporânea se pluralizou, existindo, hoje, famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas e mais um sem número de formas, de tal sorte que, hoje em dia, não se pode mais falar da família de um modo geral, pois existem vários tipos de formação familiar, cada qual com suas características.

Obtempera Maria Berenice Dias:

Cada vez mais a ideia de família se afasta da estrutura do casamento. A possibilidade do divórcio e o estabelecimento de novas formas de convívio revolucionaram o conceito sacralizado de matrimônio. A existência de outras entidades familiares e a faculdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na própria família. Assim, na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais. É preciso achar o elemento que autorize reconhecer a origem do relacionamento das pessoas. O grande desafio dos dias de hoje é descobrir o toque diferenciador das estruturas interpessoais que permita inseri-la em um conceito mais amplo de família. Esse ponto de identificação é o afeto. Envolvimento emocional que subtrai um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – e o conduz para do direito das famílias, cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, e elo afetivo que funde as almas e confunde os patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos. (DIAS, 2010, p.10)

Conforme se observa, os novos modelos familiares surgem a partir do momento em que o afeto entre os componentes passa a ser o elemento fundante da família. Paulo Lôbo elucidada:

A família atual está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida. (LÔBO, 2008, p.1 - grifo do autor)

Neste sentido, surge uma nova forma de se pensar o direito de família. “Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo processo de emancipação de seus membros.” (DIAS, 2007, p. 52). Ainda para a referida autora

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se interfere da primeira parte do §8º do artigo 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram. (DIAS, 2007, p.52-53)

Essa evolução social confronta o conceito tradicional de família, repercutindo no Direito em busca de enquadramento legal, pois, como pondera Caio Mário da Silva Pereira, “como organismo natural, a família não se acaba. Como organismo jurídico, elabora-se a sua nova organização.” (PEREIRA, C. M. S. 2007, p. 30).

Desta forma, o afeto, que começou como um sentimento unicamente interessante para aqueles que o sentiam, passou a ter importância externa e ingressou no meio jurídico. Esta preocupação já pode ser observada na doutrina atual e também na jurisprudência, demonstrando que doutrinadores e julgadores estão, cada vez mais, preocupados com o afeto nas relações de família.

3 Evolução legislativa

Felizmente, com a evolução social/familiar, as alterações legislativas foram inevitáveis, e algumas muito expressivas. A tí-

tulo de exemplo, apresenta-se o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) que devolveu a plena capacidade à mulher, garantindo a propriedade dos bens adquiridos com seu trabalho.

Outro diploma foi a Lei do Divórcio (EC 9/1977 e Lei 6.515/1977), que, conforme alude Maria Berenice Dias, “acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia de família como instituição sacralizada.” (DIAS, 2007, p. 30).

As formas de família que se apresentam na sociedade, atualmente, sofreram inúmeras modificações ao longo da história da humanidade. Portanto, para que se chegue ao conceito eudemonista, adotado pela Constituição Federal de 1988, hoje vigente na sociedade, se faz necessário um breve comentário a respeito desta evolução.

Assevera Rodrigo da Cunha Pereira:

O Código Civil anterior, que datava de 1916, regulava a família do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. (PEREIRA, 2006, p.12)

De acordo com Maria Berenice Dias (2007, p. 30-31), a partir da Constituição Federal de 1988, esta visão passou a ter novos horizontes. Com sua entrada em vigor, instaurou-se a igualdade entre homem e mulher, o conceito de família foi elasticado, protegendo-se, agora, todos os seus integrantes e, ainda, foram tuteladas expressamente, além do casamento, a união estável e a família monoparental.

Nas palavras de Paulo Lôbo, na família constitucionalizada:

O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiram o marco regulatório estampado nos artigos 226 a 230 da Constituição de 1988. (2008, p.5)

No dia 11 de Janeiro de 2003, entrava em vigor o novo Código Civil, se é que podemos chamá-lo de novo, uma vez que o projeto original data de 1975, sendo inclusive anterior à lei do divórcio, que é de 1977. Assim, o novo Código, embora bem-vindo, já chegou velho (DIAS, 2007, p. 31).

O novo Código Civil buscou atualizar os aspectos essenciais do direito de família. Manteve a estrutura do Código de 1916, porém, incorporou boa parte das mudanças legislativas ocorridas por meio da legislação antiga. Não apresentou, porém, nenhum passo mais ousado, sendo poucas as inovações trazidas por ele.

Segundo Maria Berenice Dias, “talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade.” (DIAS, 2007, p. 32).

Caminhando um pouco mais, nos deparamos com a Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006, a primeira a reconhecer infraconstitucionalmente o conceito moderno de família, traduzindo-o em, seu artigo 5º, II, “como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” (BRASIL, 2006, *on line*). No mesmo artigo 5º, em seu inciso III, se fala na relação íntima de afeto como uma das caracterizadoras da relação familiar.

Sendo essa a mais recente definição de família trazida pelo ordenamento jurídico, fica clara a intenção do legislador em, aos poucos, alargar o conceito de família, pautado não apenas no matrimônio ou na consanguinidade como outrora, mas no afeto, o esteio da família moderna.

Cumprir trazer à baila que a nova concepção de família introduzida pela Lei Maria da Penha rompeu com os conceitos tradicionais de família, elevando o afeto ao elemento norteador de identificação da entidade familiar. Nesse diapasão, a proteção deferida contra a violência doméstica abrangeu não apenas aos casais afetivos heterossexuais, mas estendeu-se às entidades familiares compostas por pessoas do mesmo sexo, ainda que essas formas de família prescindissem de reconhecimento jurídico.

Conforme se observa, as entidades familiares entre companheiros do mesmo sexo, famílias homoafetivas, tiveram na Lei Maria da Penha um avanço legislativo significativo para o seu reconhecimento jurídico, refletindo realidades sociais que, por décadas, travaram uma luta por igualdade de tratamento.

Conforme é cediço em nosso ordenamento jurídico, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, equiparada ao casamento, a Carta Constitucional de 1988 negou tratamento jurídico igualitário às uniões homoafetivas, elencando como entidade familiar apenas a união estável formada entre um homem e uma mulher. Tal medida, além de discriminatória, não coaduna com os demais fundamentos elencados na nova ordem constitucional, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, tendo por base os princípios da isonomia, do pluralismo familiar e da liberdade.

Pouco a pouco, as uniões homoafetivas foram ganhando reconhecimento, ainda que timidamente, perante o Poder Judiciário; todavia, a matéria era controversa, e os companheiros homoafetivos ficavam sujeitos à sorte do órgão julgador, tendo em vista a ausência de uniformidade de posicionamento diante dessas entidades familiares.

Porém, o Supremo Tribunal Federal julgou, nos dias 4 a 5 de maio de 2011, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, tendo declarado constitucional a união estável para casais do mesmo sexo. A decisão é vinculante e, portanto, se estende aos demais tribunais.

Nas palavras do então presidente do STF, ministro Ayres Britto, ao prolatar seu voto no julgamento referido:

Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se

em direito subjetivo ou situação jurídica ativa. (BRASIL, 2.011, *on line*)

Conclui-se, assim, que o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar traduz-se no maior expoente de evolução no Direito brasileiro das Famílias, haja vista que retrata as novas concepções constitucionais, rompendo com a concepção tradicional em prol de uma compreensão de família que se pauta no afeto e volta-se à promoção individual de cada um de seus membros, de forma igualitária, pautada no fundamento basilar da dignidade da pessoa humana.

4. Princípios constitucionais do direito das famílias

O ordenamento jurídico pátrio não é composto apenas de regras legais, mas, acima dessas, existem princípios de direito refletindo as exigências de justiça e valores éticos, que fundamentam a própria existência da norma jurídica, como um suporte axiológico, consistindo em mandatos de otimização com alto grau de generalidade que lhe conferem validade universal.

Sendo os princípios a base fundamental de leitura das normas jurídicas, não é por demais salientar que a Constituição Federal transmite a ideia maior de carta de princípios existente no ordenamento jurídico, sendo a marca inicial de onde emerge o modo de ver o direito. Os princípios constitucionais dispõem de real primazia diante da lei, sendo a base primeira do processo hermenêutico.

Conforme Maria Berenice Dias (2011, p. 319), o direito das famílias é onde mais refletem os princípios elencados pela nova Carta Constitucional, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes, consagrando alguns princípios como direito positivo, buscando inibir o distanciamento dos princípios que regem o direito das famílias da atual concepção de família.

Nesse íterim, as normas e regras do direito das famílias devem estar adaptadas à legalidade constitucional, exigindo do jurista contemporâneo a postura de respeito à supremacia constitucional,

conferindo-lhe efetividade, e impondo-se uma visão das normas do direito das famílias a partir da legalidade constitucional, com vazão e concretude à própria Lei Maior (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 42).

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, fundante do Estado Democrático de Direito, consiste no norte maior do sistema jurídico, abrangendo a diversidade dos valores existentes na sociedade, na qualidade de valor nuclear da ordem constitucional.

Segundo Ingo Sarlet (apud DIAS, 2011, p. 87), a dignidade da pessoa humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, garantindo à pessoa humana as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

Uma vez que a dignidade da pessoa humana está voltada ao livre desenvolvimento da personalidade e, especificamente, para o propósito da proteção da pessoa humana, nessa esteira, a família serve enquanto exerce a sua função protetiva em favor de seus membros, sendo a família a primeira e principal sede em que se verifica a constituição da personalidade de cada ser humano (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 45).

O direito das famílias é o mais humano de todos os ramos do direito, e o princípio da dignidade da pessoa humana, valor máximo do Estado Democrático de Direito e fundamento norteador da ordem constitucional vigente, deve estar intimamente ligado a uma realidade social cada vez mais plural e evolutiva, produto dos anseios modernos do ser humano, não podendo negar tratamento igualitário às diversas formas de filiação e aos vários tipos de constituição de família, sob pena de comprometer o pleno desenvolvimento e realização pessoal e social de cada um dos membros da entidade familiar.

Saliente-se que a Constituição da República de 1988 consagra também o princípio da igualdade, assegurando o tratamento isonômico e igualitário a todos os cidadãos, vedando as diferenciações arbitrárias e absurdas, limitando a atuação do Estado em todas as suas

esferas de atuação e da própria sociedade, tanto em reflexos coletivos quanto individuais.

Segundo lecionam Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Junior (2010, p. 63), o princípio da igualdade aplica-se na seara do direito das famílias, determinando alterações categóricas em três assuntos principais: proibição da desigualdade nas relações de gênero (masculino e feminino), nas relações de filiação (de todas as origens) e entre entidades familiares (matrimoniais e não matrimoniais).

Assim, o princípio da igualdade revela, no âmbito do direito das famílias, inovações salutares, cessando preconceitos e discriminações, e impondo alterações que melhor assegurem a paridade de tratamento entre as diversas entendidas familiares, bem como entre seus membros.

Como corolário da dignidade e da igualdade, a família permite pluralizar-se, não mais atendendo a um singular modelo convencional, notadamente assentado sobre o matrimônio.

O novo texto constitucional revolucionou a compreensão do direito das famílias, permitindo o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, com a mesma proteção jurídica dedicada ao casamento, normatizando o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, reconhecendo a família como um fato natural e adaptando o direito aos anseios e às necessidades da sociedade (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 47).

Leciona Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 25) que a Carta Magna de 1988 alargou o conceito de família ao abranger a união estável e a família monoparental, afastando da ideia de família o pressuposto do casamento, deixando de exigir a necessidade de exigência de um par e subtraindo, de forma consequente, a finalidade da proliferação.

Saliente-se que, embora o texto constitucional tenha se limitado a enunciar expressamente como entidade familiar apenas a família patrimonial, a união estável e a monoparental, o rol apresentado não é taxativo. Conforme exaram com razão Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2011, p.52), o sistema

jurídico protege, enquanto família, a comunhão afetiva que promove a formação pessoal de seus componentes, tenha que origem for.

Com o novo texto constitucional, o pluralismo das entidades familiares consiste em garantia isonômica entre as diversas possibilidades de arranjos familiares, que gozam de reconhecimento pelo Estado e de sua especial proteção, abandonando-se o casamento como ponto norteador da concepção de família, e abrangendo a multiplicidade de possibilidades familiares, não importando a sua forma nem sua origem, o que melhor coaduna com a evolução social, antes ignorada e condenada à invisibilidade pelo ordenamento jurídico.

Com a modificação da concepção atual de família, reflexo dos anseios sociais, o afeto foi elevado a princípio do direito das famílias, que deixou de estar atrelada ao matrimônio e passa a ser encarada como comunhão afetiva formada para promover a desenvolvimento pessoal de cada um dos membros, em caráter subjetivo particular, bem em relação ao núcleo familiar.

Conforme Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2010, p. 49) o afeto é a mola propulsora dos laços familiares, traduzindo-se em um sentimento que concorre para a realização da pessoa e sua constante formação, emergindo como aspecto capaz de fundamentar as relações familiares e condicionando os comportamentos de cada um dos membros envolvidos no núcleo familiar.

O princípio da afetividade é corolário do respeito da dignidade da pessoa humana e norteia as relações familiares, dado que o grupo familiar evoluiu-se, tornando cada vez menos organizado e hierarquizado, fundando-se na afeição mútua entre os seus entes e estabelecendo a plena comunhão de vida (DINIZ, 2011, p. 38).

A consagração do afeto a direito fundamental faz inibir as desigualdades então existentes no direito das famílias e representa um salto à frente da pessoa humana nas relações familiares, tendo por fundamento (a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem, (b) a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos, (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes com a mesma dignidade da família e (d) o direito à

convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (DIAS, 2011, p. 70).

Nesse ínterim, os laços de afeto derivam e formam a convivência familiar, evidenciando a afetividade como princípio norteador do direito das famílias, imputando à afetividade relevância jurídica no que concerne aos seus efeitos, notadamente concedendo isonomia às diversas formações de família que origina, bem como assegurando a dignidade e a paridade de todos os seus membros.

Não há, portanto, que se falar em uma leitura das normas jurídicas do direito da família sem uma interpretação válida à luz dos princípios que norteiam o ordenamento jurídico, máxime os que decorrem da ordem constitucional, que buscam conceder valores mais humanitários e sociais à norma, inclusive permitindo a abrangência de novos e revisão dos antigos conceitos, tornando-os mais afins com a realidade social, cuja concepção é extremamente sensível e inovadora, no que concerne aos valores familiares disciplinados.

5 Famílias possíveis

As famílias hodiernas não mais se amoldam aos modelos tradicionais, mas baseiam-se em novos paradigmas fundados no amor, no afeto e na proteção aos componentes da família, o que exige e permite ao Direito aproximar-se da realidade social, criando mecanismos de proteção igualitários, reconhecendo a pluralidade familiar e evitando que as diversas formas de famílias sejam condenadas ao descaso e à invisibilidade pelo Poder Judiciário.

Maria Berenice Dias (2011a, p. 40) leciona que a família se pluralizou, como produto das mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais, levando os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo a voltarem-se à proteção da pessoa humana. A família assume uma função instrumental, como meio de realização dos interesses afetivos e existenciais de cada um dos seus membros.

A família contemporânea tem como função primordial servir de recurso para estruturação pessoal, dando realce à proteção dos

familiares. Essa revisão se mostra contextualizada com o atual texto constitucional, assentando atenção especial às situações existenciais, por meio do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 69).

Portanto, deve-se entender o conceito atual de família estampado no princípio da dignidade da pessoa humana, surgindo como instrumento apto para promoção dos direitos fundamentais e concretizando a tutela do existencialismo e da dignidade. A própria tutela da família adquire status de fundamentalidade, porque a constituição familiar é concebida como um direito fundamental de primeira geração: trata-se de liberdade individual, que impõe ao Estado e ao Direito uma postura não interventiva. Ao sujeito é assegurada a liberdade de constituir ou não família, e de fazê-lo ao seu modo (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 71).

No âmbito das relações afetivas se reconhece a estrutura da personalidade da pessoa. “É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e o orienta o seu desenvolvimento.” (DIAS, 2011a, p. 55). As relações familiares estão voltadas à satisfação e plenitude de cada um dos seus membros, de forma coletiva e individual.

A família adquiriu um novo perfil, voltado a priorizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental (OLIVEIRA, 1990, p. 11).

A família eudemonista é o retrato da família hodierna: fundada na comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca, cedendo o formato hierárquico à democratização e dando ênfase aos laços de igualdade, respeito e lealdade em detrimento da ingerência do Estado, fundadas em razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais (DIAS, 2011a, p. 55).

Todavia, nem sempre foi assim. A família desenvolvida por meio dos laços matrimoniais foi reconhecida por séculos como o

único modelo de família reconhecido pela concepção religiosa e pelo Estado.

Segundo Maria Berenice Dias (2011 A, p. 44), a Igreja, na tentativa de regular as relações afetivas, assumiu postura conservadora e consagrou a união entre o homem e a mulher como sacramento indissolúvel, com função reprodutiva a fim de povoar o mundo de cristãos. Essa cultura imposta nos moldes religiosas exerceu larga influência no Estado, levando o legislador a reconhecer a juridicidade apenas à união concebida pelo casamento.

O Estado sempre resistiu em admitir vínculos de convivência formados sem o selo da oficialidade, até a entrada em vigor da atual Constituição, sendo o casamento a única possibilidade até então admissível de formação familiar. A Carta Constitucional vigente emprestou especial proteção a outras entidades familiares (DIAS, 2011a, p. 45).

A união estável se revela aparentemente como a primeira entidade familiar não matrimonial que tenha forçado a atenção jurídica no sentido de reconhecimento e proteção para além do casamento. Após ser rechaçada pelo Direito por longo período, a união estável passou a receber aceitação jurídica, até definitivamente ser contemplada com *status* de família, em sede constitucional, nos termos do §3º do artigo 266 da CRFB/1988.

Maria Berenice Dias (2011a, p. 46), leciona que não obstante o legislador não regule as relações extramatrimoniais e nega-se as consequências jurídicas a vínculos afetivos fora do casamento, tal ojeriza não impediu o surgimento dos relacionamentos carentes de respaldo legal. Quando do rompimento dessas uniões, seus partícipes recorriam à tutela do Estado, forçando os juízes a criar alternativas e evitar flagrantes injustiças.

A legislação civil infraconstitucional impôs requisitos para o reconhecimento da união estável e gerou direitos e deveres aos conviventes. Pode-se afirmar que a união estável constitui um casamento por usucapião, uma vez que, com o decurso do tempo, se confere o estado de casado aos componentes (DIAS, 2011a, p. 47).

Fato é que, independentemente da exaustiva regulamentação da união estável, essa relação se forma no plano dos fatos, não dependendo da prévia chancela estatal, o que permite uma plena liberdade de constituição pelos conviventes. Se, por um lado, os conviventes se sujeitam ao disciplinamento surgido em lei para regular a união estável, no mesmo compasso, desfrutam da ausência de solenidade constitutiva, não necessitando do procedimento de habilitação, tal como ocorre com o casamento.

Cumprir trazer à baila que o reconhecimento da união estável como entidade familiar se deu de forma limitada. Embora as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo não sejam uma novidade social, Maria Berenice Dias (2011a, p. 47) elucida que, de forma preconceituosa, a Carta Constitucional de 1988 emprestou juridicidade expressa somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, rechaçando as uniões entre pessoas do mesmo sexo, embora nada diferencie a união homossexual da heterossexual.

Após largo decurso de tempo na luta por direitos igualitários, abraçados pelos apelos doutrinários e os avanços, mesmo mais tímidos, da jurisprudência, em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais formados por pessoas do mesmo sexo.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Tratando-se de decisão de mérito em Ação Direta de Inconstitucionalidade, seus efeitos vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário em quaisquer de suas instâncias e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (DIAS, 2011b, p. 207).

Por oportuno, não se nega às uniões homoafetivas o caráter de maior expoente atual da diversidade familiar, rompendo os mais tradicionais conceitos e concepção de família, e com consagração uníssona, em uma única espécie de entidade familiar, dos princípios constitucionais basilares da dignidade da pessoa humana, da liberdade de constituição e igualdade familiar, do pluralismo e da

afetividade, que são os principais nortes dos novos rumos do Direito das Famílias.

Não há, portanto, que se falar em limitação da forma de constituir família adotada pela pessoa humana, devendo ser priorizada a verificação de sua finalidade precípua de permitir a livre e plena formação da personalidade de seus membros. A possibilidade de formação de família se revela múltipla, tal qual o afeto e a liberdade das pessoas possam formular, não sendo possível negar o reconhecimento e a tutela jurisdicional à formação familiar eleita pelos envolvidos.

6. A nova concepção de família à luz do julgamento da ADI 4277

O homem é um ser gregário por natureza e isso se traduz na necessidade de estar acompanhado, compartilhando sonhos como forma de buscar a felicidade.

Ao logo da história, surgiu a família, que, antes de ter seu conceito definido em lei, foi delineada pelo contexto social, razão pela qual foi alterada com o passar dos anos, necessitando da adequação das normas jurídicas a fim de regular as relações dela decorrentes.

Num primeiro momento, atrelou-se a família ao casamento, mas, com a repersonalização da sociedade e a valorização da pessoa humana, a proteção da entidade familiar passou a se justificar para que se implemente a tutela avançada dos seus integrantes. Sendo assim, a família pode ser considerada como instrumento para o desenvolvimento da personalidade humana e para a realização plena de seus membros (FARIAS apud DIAS, 2011a, p. 321-334).

Assim, com a evolução da sociedade, a família deixou de ser pressuposto do casamento, surgindo, a partir de então, novos modelos familiares pautados no afeto e não em padrões de cultura impostos por essa ou aquela instituição.

Uma das causas da mudança foi o distanciamento do Estado e da Igreja, vez que os rígidos padrões de moralidade que impunham a manutenção do casamento foram relativizados.

Assim, a família atual é centrada no conceito da dignidade humana; corresponde a uma instituição repersonalizada e despatrimonializada que se despe de uma jurisprudência de interesses patrimoniais para atentar aos valores existenciais que privilegiam a pessoa humana (PERLINGIERI apud DIAS, 2011a, p.102).

Michele Perrot (apud DIAS, 2011a, p. 105) retrata o surgimento das novas famílias arraigadas no afeto. Para a autora, um imenso desejo de felicidade é ser a gente mesmo, escolher a própria atividade, profissão, amores e vida. É o que levou os contemporâneos à recusa do modelo excessivamente rígido e normativo de família. Eles rejeitaram o nó, não o ninho.

Em que pese a visível evolução da concepção de família, baseada no afeto, há omissão legislativa no tocante à regulamentação da união das pessoas do mesmo sexo. Contudo, a ausência de lei não implicou em não merecimento de proteção estatal, tendo em vista que o Estado Democrático de Direito tem como pilar a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

Em razão disso, o silêncio da Constituição sobre uniões homoafetivas não permite afirmar que a base da sociedade é constituída apenas pela família heterossexual, posto que o histórico julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal rompeu com todos os paradigmas, elevou a união homoafetiva à condição de família, assegurando aos seus integrantes os mesmos direitos e deveres da união heteroafetivas.

Com grande maestria, o Ministro Ayres Brito, relator do referido julgamento, conceituou a homossexualidade como identidade psíquica de equilíbrio, a partir do enunciado de (Carl Gustav) Jung

A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação. (BRASIL, 2011, *on line*)

O eminente ministro apontou questões atinentes à opção sexual, à liberdade de escolha, a dignidade da pessoa humana, assim como a necessidade de a Constituição abranger a união homoafetiva

como entidade familiar. E ao final julgou procedente as aludidas ações , dando interpretação ao artigo 1.723 do Código Civil, conforme a Constituição. Veja-se:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. (BRASIL, 2011, *on line*)

A mudança da interpretação do artigo 1723 do Código Civil acarretou uma série de consequências jurídicas, como, por exemplo, a possibilidade de conversão da união homoafetiva em casamento, a obtenção de direitos previdenciários e sucessórios, partilha de bens, direito a alimentos etc.

É necessário ressaltar que tais direitos já estavam sendo concedidos mediante ações judiciais, mas tal procedimento violava a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, tendo em vista que o tratamento legislativo era degradante, preconceituoso e ortodoxo, pautado em conceitos totalmente contrários ao Estado Democrático de Direito.

Não há como negar o avanço alcançado pelo julgamento, posto que, primeiramente, o Estado negava qualquer direito ou reconhecimento à união homoafetiva. Posteriormente, elevou-se o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo a uma sociedade de fato, desprovida de qualquer conotação de afeto, pois cada sócio receberia somente aquilo a que havia contribuído, destoando do tratamento dado à união estável.

Agora a roupagem é outra: o afeto foi reconhecido como a mola propulsora das relações interpessoais, pouco importando a sua opção sexual e, por conseguinte, a garantia dos direitos concedidos aos indivíduos segue seu fluxo normal, qual seja: é alcançada por todos os indivíduos indistintamente, sem restrição, à raça, cor, sexo, religião, pois assim é que deve ser!

Quanto à conversão da união homoafetiva em casamento, a evolução ocorre de forma mais lenta, pois o procedimento administrativo não vem sendo adotado por todos os cartórios. Alguns Estados estão normatizando o procedimento de modo a padronizá-lo e afastar qualquer dúvida quanto à possibilidade de fazê-lo.

A título de exemplo, cita-se o Estado da Bahia que regulamentou, através do provimento conjunto nº CGJ/CCI - 12/2012, foi publicada em 10 de outubro de 2012 e passará a vigor em 26 de novembro próximo. Já em Minas Gerais, ainda não houve regulamentação e os interessados buscam a tutela jurisdicional para realizar o casamento (MINAS GERAIS, 2012, *on line*).

E assim evolui a sociedade, quebrando as correntes do preconceito, calando o medo com o grito da liberdade de expressão e de escolhas, conquistando direitos, para que o mundo se torne um lugar mais justo e melhor de se viver, apesar de todos os óbices do caminho...

7. Considerações finais

Diante de todo o exposto, percebe-se que a estrutura familiar vem se modificando ao longo dos tempos, refletindo os avanços sociais e econômicos de forma que não mais se pode conceber a família de forma singularizada, mas sim como, uma multiplicidade familiar, em que todas as entidades devem ser reconhecidas e tuteladas pelo Direito, de forma igualitária.

A concepção atual de família não mais se amolda à estrutura tradicional, uma entidade patriarcal, heterossexual, hierarquizada e voltada à procriação. A família se democratizou, o casamento deixou de ser o único meio para se constituir uma entidade familiar reconhecida e a procriação não é mais o seu objetivo precípua.

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, a dignidade da pessoa humana foi erigida como fundamento máximo do Estado Democrático de Direito, abraçando ainda os princípios da liberdade e igualdade que se aplicam, de forma imediata, ao Direito das Famílias, dando ênfase ao pluralismo familiar e concedendo ao afeto

o caráter de elemento primordial de identificação e reconhecimento da entidade familiar. As famílias hodiernas têm o papel de promoção e desenvolvimento da personalidade digna de cada um de seus membros, de forma individual e coletiva, dentro do grupo familiar e perante a sociedade. Se outrora tínhamos, na mútua proteção e na segurança, as estruturas basilares da família, hoje encontramos essa base no afeto, o esteio da família moderna.

Nesse diapasão, o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal, em caráter vinculante e efeito *erga omnes*, reflete de forma exponencial a concepção atual das famílias, rompendo com os velhos preconceitos e discriminações e pondo fim às incertezas e inquietudes até então existentes perante o Poder Judiciário no que se refere à legitimidade constitucional das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo.

Diante dessa estrutura múltipla, o Direito das Famílias apresenta uma concepção inovadora, fundada no afeto, na igualdade e na pluralidade. A formação da família não mais se limita aos padrões impostos pelo Estado e pela sociedade, pois deve ser assegurado o reconhecimento a toda entidade familiar que, por laços de afeto, se reúne para promoção e proteção de seus entes familiares. Sendo a família a base de toda e qualquer sociedade, nada mais injusto que negar a quem quer que seja o direito de constituir e viver no seio de uma família.

Conclui-se, assim, que a concepção de família revela-se como produto das transformações sociais, dispondo de várias formatações, razão pela qual não pode restar enclausurada em um conceito alheio a essa multiplicidade. Um novo conceito de família se impõe sob um espectro abrangente, arquitetado em um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário, que tem no afeto o seu elemento primordial, evitando que as diversas formas familiares existentes na sociedade sejam condenadas à invisibilidade diante da omissão legislativa que insiste em negar-lhes reconhecimento e proteção.

Referências

ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Ministro Ayres Britto. 04 Mar. de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf><Acesso em: 14 Out. de 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Manual de direito das famílias**. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: RT, 2011a.

_____. **União homoafetiva: o preconceito & justiça**. 5. ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011b.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.v.5

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MATOS, Ana Carla Karmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2.008. v.5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Direito de família. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**. Uma abordagem psicanalítica. Belo horizonte: Ed. Del Rey, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível, nº 70027917517. 18 fev. 2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php> Acesso em: 15 out. 2012.

