



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello	Oswaldo Duek Marques
Elizabeth Nazar Carrazza	Paulo de Barros Carvalho
Fábio Ulhoa Coelho	Raffaele De Giorgi
Fernando Menezes de Almeida	Ronaldo Porto Macedo Júnior
Guilherme Nucci	Roque Antonio Carrazza
Luiz Alberto David Araújo	Rosa Maria de Andrade Nery
Luiz Edson Fachin	Rui da Cunha Martins
Marco Antonio Marques da Silva	Tercio Sampaio Ferraz Junior
Maria Helena Diniz	Teresa Celina de Arruda Alvim
Nelson Nery Júnior	Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-62-7

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

FAMÍLIA

Claudio José Amaral Bahia

INTRODUÇÃO

Parafrazeando-se dispositivo da Constituição da República da Irlanda,¹ pela clareza com que define a questão, tem-se que a família, de fato, se caracteriza como sendo um grupo primário, natural e fundamental da sociedade e como instituição moral com direitos inalienáveis e imprescritíveis, anteriores e superiores a qualquer lei positiva que, ao longo dos tempos, veio recebendo, com maior ou menor intensidade, proteção estatal no que se refere a sua formação e autoridade, sendo reconhecida como base necessária à ordem social e indispensável ao bem-estar de uma nação.

A família, em regra, representa o primeiro contato do ser humano com a sociabilidade, sendo que tal situação fica bem clara desde o momento da concepção, haja vista a importância de acompanhamento de todo o estado pré-natal, e, principalmente, do nascimento, pois, se é verdade que, no início de sua caminhada extrauterina, a criança, por intermédio do choro, consegue externar sua vontade em relação a algo (sono, fome, dor, etc.), não menos verdade é que, sozinha, chegaria rapidamente ao óbito.

É dentro do seio familiar, mesmo que este apresentando uma série de problemas inerentes às condições econômicas, educacionais e culturais, que a pessoa desfruta das primeiras experiências sobre o que é certo e o que é errado, não apenas no sentido dos valores morais intrínsecos a uma determinada sociedade, via imposição ética e religiosa, mas, também, sobre o aspecto do que lhe pode ser útil, aproveitável, prazeroso, ruim, incômodo, maléfico, prejudicial e, assim por diante.²

¹ Art. 41.

² LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo*, p. 13: “Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna. Com isso, ela preside os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico, preside esta organização das emoções segundo tipos condicionados pelo meio ambiente, que é a base dos sentimentos, segundo Shand; mais amplamente, ela transmite estruturas de comportamento e de representação cujo jogo ultrapassa os limites da consciência”.

Não foi em vão que, há mais de dois milênios, Aristóteles, o sábio de Estagira, reconhecer a pessoa como um animal vocacionado e destinado à sociabilidade.

No momento em que o homem nasce, passa a viver em sociedade e, a partir daí, a teor do seu relacionamento com outros homens, surge, de maneira incontestável, a necessidade de formulação de regras de convivência, a fim de que referida interação se dê, na medida do possível, de modo pacífico e harmônico, como bem nos ilustra a fábula escrita por Daniel Dafoe, denominada *As Aventuras de Robinson Crusóe*.

Enquanto Crusóe viveu isolado e sozinho por vinte e cinco anos na ilha em que naufragou, não verificou a necessidade de que regras fossem estabelecidas para sua estada; porém, tal situação mudou radicalmente quando ele passou a conviver com o índio *Sexta-Feira*, como bem se observa da seguinte passagem:

“(...) comecei a considerar que, tendo duas bocas para alimentar em vez de uma, devia preparar mais terra e semear mais quantidade de grão. Escolhi um terreno adequado e comecei a cercá-lo da mesma maneira que o fizera antes. Sexta-Feira não só trabalhou com afínco e dedicação, mas também com muita alegria. Expliquei-lhe a que isso se destinava, ou seja, precisávamos de uma colheita maior para dispormos de mais pão porque éramos dois e precisávamos ter o bastante para alimentar-nos (...)”.³

O homem somente consegue evoluir vivendo em sociedade, da qual a família, inexoravelmente, faz parte intrínseca;⁴ porém, a vida em sociedade (e em família), para que atinja referido desiderato, deve ser pautada pela observância de direitos e deveres, sob pena da instauração indesejável e devastadora do caos, uma vez que, embora os homens sejam iguais na essência, não são nas ideias, nas premissas, nas necessidades, nos interesses e nas vontades.

Percebe-se que, por intermédio da constituição de famílias, acabou-se chegando a constituição de cidades, de regiões e de Estados, o que acaba significando,

³ DAFOE, Daniel. *As aventuras de Robinson Crusóe*, p. 43.

⁴ SARACENO, Chiara. *Sociologia da família*, p. 12: “(...)espaço ao mesmo tempo físico, relacional e simbólico aparentemente mais conhecido e comum, a ponto de ser usado como metáfora para todas as situações que têm a ver com espontaneidade, com a naturalidade, com o reconhecimento sem necessidade de mediação – ‘somos uma família’, ‘uma linguagem familiar’, ‘uma pessoa de família’ –, a família revela-se como um dos lugares privilegiados da construção social dos acontecimentos e das relações aparentemente mais naturais. De facto, é dentro das relações familiares, tal como são socialmente definidas e regulamentadas, que os próprios acontecimentos da vida individual que mais parecem pertencer à natureza, recebem seu significado e através deste são entregues à experiência individual: o nascer e o morrer, o crescer, o envelhecer, a sexualidade, a procriação (...)”.

sem sombra de dúvidas, que estudar-se a sua evolução é estudar a evolução da vida em sociedade.

Mesmo diante de tais dificuldades e como fruto do reconhecimento de que a entidade familiar se converteu no elemento angular de criação, manutenção e desenvolvimento da sociedade, coube ao Estado, por intermédio de seu arcabouço jurídico, a tarefa de lhe outorgar proteção e todos os instrumentos disponíveis para sua consecução.

Noutro giro verbal, paira a certeza de que o grupo familiar é indispensável para o digno desenvolvimento humano,⁵ daí a necessidade de que lhe seja outorgada uma efetiva e eficaz proteção, daí porque o Direito, em hipótese alguma, pode apresentar distância abissal entre sua positivação e os valores e acontecimentos vivificados no seio social, sob pena de se tornar *letra morta*, sem utilidade e eficácia, como, aliás, ocorreu com o regramento estampado no inc. IV do Art. 219 do Código Civil de 1916, cujo conteúdo estava a considerar erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, apto a ensejar a anulação do matrimônio, o defloramento da mulher, ignorado pelo marido: *tempora mutantur et nos in illis mutamur* (Os tempos mudam e nós mudamos com eles); *mutationes facti, jus mutatur* (Mudados os fatos, o direito muda).

É de se ponderar que a evolução do conceito e das formas de família vivenciadas na contemporaneidade, paulatinamente, vem sendo encampadas pelo Direito,⁶ haja vista que este, obrigatoriamente e dentro de suas peculiaridades científicas, deve acompanhar todo o circuito progressivo e transformador que recai, dia

⁵ COURT, P. M. Família e sociedade contemporâneas. *Família, sociedade e subjetividades: uma perspectiva multidisciplinar*, p. 13: “É correto dizer que, desde os mais diversos pontos de vista, a situação da família não é boa. No entanto, a família, como sociedade natural, guarda um enorme potencial de desenvolvimento para a história não somente dela mesma, mas também de toda a humanidade. Não será tão fácil desmanchá-la, como muitos ressaltam ou desejam. Apesar da legislação sobre o matrimônio e sua conseqüente dissolução, da equiparação de todos os filhos nascidos dentro e fora do casamento e de outras disposições legais que a debilitam ou a destroem, ademais das cada vez mais freqüentes rupturas e até de questões como a violência intrafamiliar, penso que a família mostrará, em médio e longo prazos, que é uma instituição mais forte que a legislação e também que a confusão produzida pela mudança rápida e vertiginosa do entorno cultural e social na qual está inserida”.

⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*, p. 294: “Do ponto de vista das fontes formais, relevante foi a migração operada do Código Civil à Constituição. O sistema clássico originário do Código Civil brasileiro é uma página que na história antecede o Direito Constitucional da Família, um campo de saber que rompe as fronteiras tradicionais do público (tendo espaço para um Estado forte quando os desiguais e fracos dele necessitam para seus direitos fundamentais) e do privado (tendo os horizontes abertos para um Estado fraco que permite aos indivíduos e a coletividade a realização pessoal e social de suas aspirações)”.

após dia, sobre as mais variadas relações entrelaçadas por todo o tecido social vigente.⁷

O modelo tradicional cedeu lugar para uma nova família que, muitas vezes, não encontra respaldo no ordenamento jurídico; todavia, não se pode olvidar que ela mantém seu caráter indispensável, isto é, continua ostentando a inafastável qualidade de célula básica da sociedade, fundamental para a sobrevivência desta e do Estado, apenas que, agora, busca seus fundamentos de validade e renovação em valores e princípios diversos diferentes daqueles que embasaram os alicerces família tradicional, como, aliás, reconhecido, internacionalmente, desde 1948, quando da Declaração Universal dos Direitos do Homem, mais precisamente em seu artigo 16:

“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.

III) A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Hodiernamente, o fator preponderante que diz respeito à caracterização de um determinado agrupamento como entidade familiar,⁸ diz respeito ao chamado *vínculo afetivo* que une seus integrantes, como bem esclarece Maria Berenice Dias:

“(…) vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do

⁷ WINGEN, Max. *A caminho de uma ciência da família?*, p. 98: “A única coisa que se pode responder é que a família deve progredir na medida em que progrida a sociedade, que deve modificar-se na medida em que a sociedade se modifique, como sucedeu até agora. A família é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema. Tendo a família monogâmica melhorado a partir dos começos da civilização e, de uma maneira muito notável, nos tempos modernos, é lícito pelo menos supor que seja capaz de continuar seu aperfeiçoamento até que chegue a igualdade entre os dois sexos. Se, num futuro remoto, a família monogâmica não mais atender às exigências sociais, é impossível predizer a natureza da família que a sucederá”.

⁸ DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*, p. 68: “Como diz João Baptista Villela, as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor. Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade”.

instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão. Tanto é assim, que se considera natural a idéia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso. Não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence, o que importa é pertencer ao seu âmag, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade”.⁹

No plano internacional, o pensamento não se mostra diferente, citando-se, *ad exemplum*, o pensamento de Francesco D’Agostino:

“(…) *la novità che va enunciata in termini semplici e piani è che la famiglia è comunità di amore e di solidarietà, una comunità che non trova il suo fondamento ultimo né nella legge che lê dà regolamentazione, né nell’utile che i suoi componenti possono trarre da essa, ma nella capacità (in sé misteriosa, ma indubbiamente tipica dell’uomo) di amare familiarmente e di fondare su questo amore una comunità de vita*”.¹⁰

Tendo sua origem intrínseca ao do homem, suas características e contornos acabam definidos pela nuances que envolvem e se apresentam num determinado corpo social, de modo que extrair um conceito único de família se entremostra um feito impossível de ser realizado.¹¹

Prova disso é que mesmo dentro do ordenamento jurídico pátrio coexistem diversos conceitos caracterizadores da família, de modo que para a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)¹² é a comunidade formado por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, enquanto que para o Estatuto da Criança e do Adolescente,¹³ em face da alteração promovida pela Lei 12.010/2009, pode ser o agrupamento que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais os infantes

⁹ DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*, p. 23.

¹⁰ D’AGOSTINO, Francesco. *Una filosofia della famiglia*, p. 13.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil: volume único*, p. 1.120: “(…) Nessa ordem de ideias, portanto, chegamos, até mesmo por honestidade intelectual, a uma primeira e importante conclusão: não é possível apresentar um conceito único e absoluto de Família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculas as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias. Qualquer tentativa nesse sentido restaria infrutífera e desgarrada da nossa realidade (...)”.

¹² Art. 5º, II.

¹³ Art. 25, parágrafo único.

convivam e mantenham vínculos de afinidade e afetividade.

De qualquer sorte, e a redundância faz-se necessária, jamais se poderá deslembrar que a família goza de inegável fundamentalidade na vida dos cidadãos brasileiros, de modo que, o direito em pauta, sempre que possível, deve ser vivificado, fomentado e concretizado, sob pena de, em assim não agindo, permitir-se-á a busca pela responsabilização estatal, por tão grave e nefasta omissão em seu mister de atuação.

SUMÁRIO

Introdução.....	3
1. A família como fenômeno social de relevância jurídica.....	8
2. Digressão histórico constitucional da proteção à família.....	12
2.1. Constituições anteriores a 5 de outubro de 1988.....	14
2.2. Constituição de 5 de outubro de 1988.....	16
3. A família e seus novos contornos contemporâneos	29
4. Conclusão.....	38
Referências	39

1. A FAMÍLIA COMO FENÔMENO SOCIAL DE RELEVÂNCIA JURÍDICA

Não se pode olvidar que as relações familiares, permeadas que estão pelos sentimentos e paixões humanas, apresentam uma série de intempéries, peculiaridades e particularidades que, efetivamente, estão a demandar, como visto alhures, uma regulamentação normativa específica e condizente com tais condições, sempre tendo como vetor-fonte a dignidade da pessoa humana, enunciada no Art. 1.º, III, do Pacto Social de 1988, cujo dogma, nas felizes palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, “(...) alcança todos os setores da ordem jurídica (...)”,¹⁴ apresentando caráter de metadireito.¹⁵

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*, p. 16.

¹⁵ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 92: “(...) Toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado especial proteção à família e, por consequência, a todas as questões que a tangenciam, como os direitos do natimorto (Enunciado n.º 01 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal); do nascituro (Lei dos Alimentos Gravídicos); de crianças e adolescentes (ECA); dos jovens (Lei do Primeiro Emprego); da terceira idade (Estatuto do Idoso); das pessoas com deficiência (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência); e, de raça (Estatuto da Igualdade Racial).

A família é a base cultural da sociedade, razão pela qual todos os acontecimentos nela verificados galgam o patamar de relevância jurídica, fazendo com que seu conjunto protetivo fosse tratado de modo muito especial,¹⁶ como visto, pelo legislador constituinte, outorgando-lhe natureza fundamental, emergindo daí sua inexorável condição de cláusula pétreia, restando, assim, integralmente salva de qualquer possibilidade de diminuição ou exclusão de nosso sistema jurídico, a teor do quanto positivado no § 4º do art. 60 da CF/88.

Foi-se o tempo em que as normas constitucionais eram tidas como meros vetores, de caráter exortativo aos governantes e governados, cujo cumprimento ficava relegado a conceitos perigosos e duvidosos, como vontade política, oportunidade e conveniência, sem qualquer responsabilidade ou vinculação nas hipóteses de descumprimento por parte do Estado.

A esse processo, nominou-se de constitucionalização do direito privado, muito embora se tenha quase como incontestado a necessidade de um Direito das Famílias mínimo,¹⁷ *id est*, representativo de uma intervenção estatal a mais diminuta possível, acertando o constituinte pátrio em alocar as principais regras protetivas da referida

dignidade da pessoa humana, tendo em vista se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro (...)

¹⁶SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, p. 851: “A família é afirmada como a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, mediante assistência na pessoa de cada um dos que a integram e criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

¹⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*, pp. 46-47: (...) Tema de especial relevo e atualidade diz respeito ao movimento de afirmação da *intervenção mínima do Estado nas relações familiares* (também chamado de *Direito das Famílias mínimo*), com a consequente valorização da *autonomia privada*. Isso porque o Direito das Famílias contemporâneo se apresenta como a expressão mais pura de uma relação privada, submetida, por conseguinte, ao exercício da autonomia privada dos indivíduos. Nesse quadrante, toda e qualquer ingerência estatal somente será legítima e justificável quando tiver como fundamento a proteção dos sujeitos de direito, notadamente daqueles vulneráveis, como a criança e o adolescente, bem como a pessoa idosa (a quem se dedica proteção integral).

instituição no seio basilar, pois, ainda se lhe reconheça um núcleo de atividades intrinsecamente privadas, existe a necessidade, dentro de certos limites, da participação do Estado para a sua sedimentação, proteção e concretização.¹⁸

Salienta Sumaya Saady Morhy Pereira que:

“(…) para compreender a tutela dos direitos fundamentais nas relações familiares, como em qualquer relação entre sujeitos privados, torna-se necessário identificar a nova conformação que esses direitos assumiram a partir do Estado Social de direito, superando a sua concepção originária no Estado Liberal (...). Somente a partir da superação do modelo liberal de família, no Estado Social de Direito, é que se pode identificar a proteção da família como uma exigência constitucional que se justifica pela necessidade de proteção das pessoas que integram as comunidades familiares. Um Estado que abre mão de qualquer controle sobre a vida familiar, em nome da proteção do espaço privado da família, pode incorrer na perpetuação de opressões e desigualdades, fugindo da postura que lhe é exigida frente aos direitos fundamentais, já que, superada a concepção liberal, como vimos, o Estado passa a ser devedor não apenas de postura negativa (não-intromissão), mas também de postura positiva, titular do dever de proteção integral dos direitos fundamentais”.¹⁹

A fundamentalidade do direito de ser ter uma família ganha espaço nas três dimensões mais consagradas e utilizadas em estudos que tais.²⁰

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, p. 294: “Do ponto de vista das fontes formais, relevante foi a migração operada do Código Civil à Constituição. O sistema clássico originário do Código Civil brasileiro é uma página que na história antecede o Direito Constitucional da Família, um campo de saber que rompe as fronteiras tradicionais do público (tendo espaço para um Estado forte quando os desiguais e fracos dele necessitam para seus direitos fundamentais) e do privado (tendo os horizontes abertos para um Estado fraco que permite aos indivíduos e a coletividade a realização pessoal e social de suas aspirações)”.

¹⁹ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos fundamentais e relações familiares*, p. 113.

²⁰ Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?textID=85>>. “Quando se pensa em direitos humanos fundamentais, o que primeiro vem à mente é o direito à vida. Mas não se pode pensar a vida humana sem pensar a família. Uma implica a outra, necessariamente, e por isso que o direito à vida implica o direito à família, fundando-o como o mais fundamental dos direitos familiares. Outros direitos humanos fundamentais também se ligam à família. A liberdade, a igualdade, a fraternidade, a solidariedade, a segurança, o trabalho, a saúde, a educação e, enfim, a própria felicidade humana e tantos outros valores que são objeto de direitos humanos fundamentais e operacionais, todos eles se ligam ao direito à família e se realizam mais efetivamente no lar (...). Por fim, não há esquecer que, por ser direito da humanidade, o direito à família e com ele os direitos humanos da família são verdadeiros direitos difusos, que não podem ser negados a nenhum sujeito humano. Não comportam, nem suportam discriminação”.

No que diz respeito aos direitos fundamentais de primeira dimensão, tem-se sua caracterização pela não intervenção estatal em determinados aspectos do indivíduo e da sociedade que ele compõem, ficando caracterizado pela palavra liberdade, podendo-se citar, como exemplo, a faculdade que é conferida às pessoas de escolherem aquelas outras para a formação de uma determinada entidade familiar, a liberdade de planejar o número de membros que referida entidade terá, dentre outras situações.

No que se refere aos direitos fundamentais de segunda dimensão, caracterizados estes pela palavra igualdade, verifica-se a concessão e o impulsionamento (ao menos em tese) de direitos sociais interligados, umbilicalmente, à família, a saber: saúde, educação, moradia, etc.

A terceira dimensão está lastreada na tutela de interesses coletivos²¹ (supraindividuais, transindividuais ou metaindividuais),²² lembrando-se da necessidade de aplicação das verbas atinentes ao FUNDEB.

A propósito de tão importante ligação com os direitos humanos de terceira dimensão, tem-se a firme proposta defendida por Rui Carvalho Piva, em tese de doutoramento, no sentido de que a entidade familiar possui, pela relevância e característica que lhe são peculiares, legitimidade para propor ação civil pública, defendendo-se, assim, de atos, comissivos ou omissivos, que entenda contrários aos seus direitos e interesses difusos.²³

A evidência mostra ser a família quem oferece o melhor quadro emocional e moral para uma pessoa adquirir um padrão de referência, uma forma de agir e interpretar os acontecimentos que lhes cercam, tomando, assim, decisões corretas e

²¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, p. 65: Para o autor são aqueles que “(...) deparam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva”.

²² Existem, atualmente, 04 propostas de codificação da tutela coletiva: uma da Professora Ada, Código Modelo para Ibero-América, Projeto da UERJ e da Estácio de Sá, e um de Antônio Gidi. Nos quatro projetos já há consagração do controle jurisdicional (embora projetos, são fontes de estudo do direito coletivo).

²³ PIVA, Rui Carvalho. *A legitimidade ativa da família na tutela de interesses difusos*, p. 249: “(...) a legitimidade da família para a defesa de interesses difusos representará uma nova aliança familiar, uma aproximação solidária capaz de identificar naquela que tomar a iniciativa, por exemplo, de propor uma ação civil pública, uma aliada que não compartilha da vergonhosa pouca efetividade de direitos difusos constitucionalmente assegurados”.

pertinentes com o seu normal desenvolvimento e com o atingimento de uma qualidade de vida digna.²⁴

2. DIGRESSÃO HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA

Depois da eclosão da Carta Magna de 1988, todo o ordenamento jurídico e toda a atividade normativa ficaram, irrefragavelmente, condicionados à observação e ao cumprimento aos princípios (Art. 1º, CF) e objetivos fundamentais (Art. 3º, CF) por ela traçados.²⁵

A evolução protetiva da família no Brasil é remarcada por inúmeros atos de discriminação e de preconceito,²⁶ sendo certo que quem mais sofreu (e ainda sofre) com tais acontecimentos foram (são) as mulheres e as crianças, pois constantemente foram (são) colocados à margem de direitos e de participação no núcleo familiar em que instalados.²⁷

Enfocando o início da caminhada familiar brasileira, Rosana Amara Girardi Fachin relembra que:

“(...) numa sociedade desigual, tende a família a espelhar desigualdades; numa sociedade violenta, as relações familiares podem não destoar desse mesmo traço. E, nessa linha, nas relações coloniais vai se tecendo um arranjo familiar que deixa marcas na história do Direito e da sociedade, em seu tríptico vértice: político, social e econômico. É inegável que ‘a História do

²⁴ LINHARES, Paulo Afonso. *Direitos fundamentais e qualidade de vida*, p. 144: “A qualidade de vida é uma categoria suficientemente ampla para abranger todos os direitos fundamentais da terceira geração já identificados e, quiçá, muito dos que nem sequer ainda foram plenamente caracterizados”.

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, pp. 10-11.

²⁶ *Idem*, p. 89: “Fonte de exclusão, as relações familiares começam a renascer para dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história comum, na qual a realização das individualidades frutifica na paixão e amadurece no amor que une e rompe barreiras. É na tentativa de superar esse discrimen histórico e cultural, sem gerar aniquilamentos ou supremacia. A ordem jurídica responde aos novos direitos por diversos modos”.

²⁷ CHALITA, Gabriel. *Educação: a solução está no afeto*, pp. 25-26: “(...) a criança, a infância, os primeiros gracejos comemorados pela família ansiosa. É o primeiro neto ou o primeiro filho, ou o caçula não importa. É menino ou menina – agora não há mais surpresa, já se sabe antes. De qualquer forma, a preparação, o amparo dos entes queridos e o carinho são essenciais para o desenvolvimento saudável desse novo ser que veio ao mundo. Pena que isso seja privilégio de alguns. A grande maioria se encontra à margem, são os frutos do relento, da pobreza, da miséria. É o oitavo ou nono filho de quem não ouviu falar em preservativos, de quem não sabe o que está fazendo. E aí surge um novo ser sem o devido respeito, sem a necessária festa de quem vem para ficar. A família é essencial para que a criança ganhe confiança, para que se sinta valorizada, para que se sinta assistida (...)”.

Brasil, nos três primeiros séculos, está intimamente ligada a da expansão comercial e colonial europeia na época moderna'. E nesse contexto se produz o desenho da família”.²⁸

No período anterior à Constituição Cidadã, momento em que o texto basilar não apresentava uma preocupação maior em desfiar, explícita e diretamente, quais os direitos fundamentais reconhecidos pelo ordenamento jurídico e o nível protetivo a eles conferido, a família, além de ser lastreada exclusivamente no matrimônio, tinha caráter eminentemente privado, sendo comandada, então, pelo Código Civil de 1916, com características individualistas e patrimoniais.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias,

“(…) 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. As referências feitas aos vínculos extrapatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação do casamento (…)”.²⁹

É preciso lembrar, inclusive, que na redação prístina, dispunha a codificação privada, no inciso II de seu artigo 6.º que as mulheres casadas eram relativamente incapazes de praticar determinados atos, enquanto subsistisse a união conjugal, situação que somente foi alterada meio século depois, com o advento da Lei 4.121/1962, alcunhada de Estatuto da Mulher Casada.

Expressões utilizadas em tempos não tão pretéritos tornam indubitosa, a título de modelo, a discriminação que se destinava aos filhos havidos fora da relação matrimonial, alcunhando-os de ilegítimos, espúrios, adulterinos, alijando-os dos mais comezinhos e básicos direitos, sob o falso pálio da salvaguarda da moral e dos bons costumes.

Depois de muitas idas e vindas, reconquista-se a ideia, a partir de 05 de outubro de 1998, de que, em havendo entidades familiares fortes, independentemente de sua origem ou Constituição, chegar-se-á também à formação de um Estado igualmente forte, com menos problemas sociais e menos diferenciação entre seus cidadãos,

²⁸ FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio*, p. 20.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*.

prestigiando-se e protegendo-se seus componentes das mais variadas intempéries socioeconômicas.

Ainda que de passagem, se faz necessária abordagem referente ao caminho evolutivo percorrido pelo Direito de Família antes e depois do Pacto Social de 1988.

2.1. Constituições anteriores a 5 de outubro de 1988

(i) Constituição de 1824: a única referência correspondia à *Família Imperial*, tratada ao longo de seus Arts. 105 a 115, pontuando-se que, em tal período, a influência da religião era profunda, ainda mais se levar em conta que o catolicismo figurava como religião oficial do Estado, cujas regras, então, eram retiradas diretamente do Direito Canônico.

(ii) Constituição de 1891: buscando dissociar-se da Igreja, numa evidente tentativa de fortificação e independência do Estado, fez-se uma referência bem tímida no bojo da Constituição de 1891, por intermédio do casamento civil, que, por muito tempo, foi a única forma conhecida de família constituída.

(iii) Constituição de 1934: referido texto preocupou-se mais com o aspecto formal representado pelas regras de celebração do casamento do que com o substancial, evidenciado na proteção propriamente dita da família, na medida em que seus Arts. 144 a 146 apenas davam conta da indissolubilidade do casamento e das diretrizes de segurança para o seu surgimento, em que pese uma certa reaproximação com as religiões por meio do reconhecimento de efeitos civis ao desposório religioso quando da observação dos expedientes previstos na lei civil.

É a primeira ocasião em que se destina um capítulo da Constituição – ainda que composto por poucas disposições (Arts. 144 a 147) – para o tratamento da família, e, igualmente, faz-se referência expressa ao reconhecimento de filhos, não obstante a discriminação ainda reinante e que se percebe facilmente só da visualização da existência de dois conceitos de filhos: naturais e legítimos.

(iv) Constituição de 1937: de inspiração autoritária, manteve um capítulo para o tratamento do tema, em seus Arts. 124 a 127, convindo assinalar, todavia, a inauguração de nova etapa de preocupação do Estado com a família, na medida em que,

mesmo de forma incipiente, passou a incluir o próprio Estado como uma espécie de obrigado subsidiário pela educação da prole.

Durante sua vigência ocorreu um dos mais dantescos casos normativos em *terrae brasilis*, razão pela qual quadra fazer-se uma digressão daquilo que a história apelidou, jocosamente, de “Lei Teresoca”,³⁰ por intermédio da qual foi alterada a redação do Art. 16 do Decreto-lei 3.200/1941, passando a prescrever que o filho natural, enquanto menor, ficaria sob o poder do progenitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai, salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse do menor; embora de efeitos manifestamente benéficos, o texto normativo foi expedido pelo Presidente Getúlio Vargas em face da imensa pressão exercida pelo jornalista Assis Chateaubriand, visando resolução de interesse particular.³¹

(v) Constituição de 1946: de origem democrática, não obstante tenha continuado a trilhar o caminho do monopólio do casamento como forma de constituição de família, representou significativo avanço, impondo, em seu Art. 164, a obrigatoriedade da “(...) assistência à maternidade, à infância e à adolescência (...)”, pretendendo com isso – ao que tudo indica – trazer um maior e mais efetivo compromisso do Estado com a população no que diz respeito aos meios e recursos necessários ao sadio desenvolvimento da família.

Também foi nessa Constituição que, transversalmente a proteção familiar, ofereceu-se tratamento mais benéfico aos nacionais que se encontrassem na condição de herdeiros de estrangeiros, dispondo seu Art. 165 que: “(...) a vocação para suceder em bens de estrangeiro existente no Brasil será regulada pela lei brasileira e em benefícios do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável à lei nacional do *de cuius*”.

(vi) Constituição de 1967: de caráter ditatorial, tratou de maneira conjunta os regramentos atinentes a família, a educação e a cultura, fazendo-o por meio de seus Arts. 166 a 172, os quais compunham um único título.

Sem alterações dignas de nota, manteve-se o monopólio do casamento e a previsão de que caberia a lei instituir a assistência à maternidade, à infância e à

³⁰ Decreto-lei 5.213/1943.

³¹ LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*, pp. 113-114.

adolescência, não se perdendo de vista o importante comentário tecido por Roberto Magalhães quando da análise da inquebrantabilidade do conjúgio civil:

“(…) Tem-se por mantido o desquite como única forma de dissolução da sociedade conjugal sem rompimento daquele vínculo. Conseqüentemente, fechou-se, uma vez mais, a via reformista para a implantação do divórcio a vínculo no Brasil (…)”.³²

(vii) Constituição de 1969: seguiu exatamente o mesmo vezo de sua antecessora; todavia, verdade seja dita, foi no âmbito da sua vigência que o desquite foi substituído pelo divórcio,³³ permitindo-se que o matrimônio fosse dissolvido, posição essa que seria referenda e ampliada pelo Estado brasileiro, já sob a égide do Texto de 1998, quando do advento da Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010.

2.2. Constituição de 5 de outubro de 1988

A Constituição de 1988 inaugurou uma etapa de inquestionável fortificação dos direitos inerentes ao homem, falando-se, inclusive, sobre a ocorrência de um processo jurídico denominado *constitucionalização do direito civil* ou *civilização do direito constitucional*,³⁴ observando-se o deslocamento de regramentos até então tidos como eminentemente privados e pertencentes às codificações,³⁵ donde se extrai que a família acabou contemplada nesse processo, vez que reconhecida como base da sociedade e detentora de especial proteção estatal.

Ao se trazer para o texto constitucional questões de relevo como a igualdade entre todos os filhos, a isonomia de direitos entre homens e mulheres, mormente no que diz respeito à condução e à consecução dos destinos de uma determinada entidade

³² MAGALHÃES, Roberto. *A Constituição Federal de 1967 comentada*, p. 524.

³³ Emenda Constitucional 09/1977 e, ao depois, Lei 6.515/1977.

³⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, pp. 108-115.

³⁵ BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 13: “(...) reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil. Se o Código Civil mostra-se incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recupera-se, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema (...)”.

familiar, dentre outros, acabou por se proteger tais direitos, com o manto indelével da petrificação, daí porque jamais poderão ser retiradas de nosso ordenamento, prestigiando-se, também, o princípio do não-retrocesso.³⁶

O fenômeno de observância constitucional se entremostra tão intenso e indissociável da atuação do intérprete do direito, que o respeito que deve ser devotado aos direitos fundamentais, *ad exemplum*, deixou de ser encarado apenas e tão-somente no aspecto vertical (Estado x particular), adentrando a seara horizontal, ou seja, a relação existente também no âmbito entre particulares,³⁷ inundando o sistema jurídico, de forma benfazeja, de grande carga principiológica.

Os princípios possuem, assim como as regras, inegável força normativa,³⁸ diferenciando-se destas últimas, dentre outros, pelo alto grau de generalidade, pela natureza, pela formalidade, pela incidência, pela função e pela diferenciação global, não se perdendo de vista que tais postulados também se destinaram a prescrever a gama protetiva conferida ao Direito de Família pátrio.

Abrindo os princípios inerentes à família, tem-se a questão afeta a dignidade humana, que repousa na eleição da pessoa humana como o valor básico, central e precípua do Estado, haja vista que de nada adiantaria falar-se em democracia³⁹ e em direito diante da ausência de instrumentos que viessem proteger e consagrar a pedra de toque da sociedade.

³⁶ DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*, p. 27: “A Constituição Federal de 1988, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico. Após a Constituição Federal, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família”.

³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, pp. 254-255: “(...) transposição directa dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos, para as relações particulares quando se trata de situações em que pessoas coletivas (ou excepcionalmente indivíduos) disponham de *poder especial* de carácter privado sobre (outros) indivíduos. Em tais casos, estamos perante relações de poder – e não relações entre iguais – e justifica-se a protecção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade”.

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*.

³⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia*, p. 106: “A democracia como vir-a-ser cotidiano precisa estabelecer vínculos fortes com a vida; é um estado de compromisso daqueles que participam deste processo. Pressupõe a concentração, num mesmo plano, de uma comunidade normativamente regulada, estabelecida, a partir de um modelo de ação comunicativa onde nenhum dos seus membros esteja à mercê de um processo de violência institucionalizado nacisticamente, sequer de uma racionalidade onipotente, dominada por aguns”.

Por outras palavras, a pessoa foi elevada a elemento indispensável e inseparável da concepção e da fomentação de um verdadeiro Estado Constitucional Democrático, na medida em que se percebeu que de nada adiantaria a consagração pelo ente estatal de direitos e garantias, de isonomia, de liberdade, etc., se não conseguisse ele prover a existência digna do indivíduo que o forma.

Tudo o que mais existe em nível de direitos e garantias fundamentais se entremostra como real e secundário desdobramento da efetivação, no mundo concreto, do princípio fundamental da dignidade humana, valendo, inequívoca e especialmente, também para o Direito de Família.

Na sequência, apresenta-se o princípio da isonomia que, por óbvio, acabou revolucionando a matéria, tido por muitos doutrinadores de escol, como o catalizador da principal e mais radical modificação havida, pois deitou por terra toda a regulamentação que vigia sob a égide do Código Civil de 1916, ao estabelecer a igualdade entre os cônjuges e companheiros e a igualdade de direitos e qualificações dos filhos independentemente da natureza da filiação (Art. 227, § 6º, CF/88).

A igualdade trouxe a reafirmação e a reformulação da necessidade do respeito e da assistência mútua entre homens e mulheres enquanto membros de suas respectivas entidades familiares, haja vista não existir a preponderância do pensamento de um sobre outro tanto no que se refere à administração da célula em si, dos bens patrimoniais que a compõem, bem como quanto ao exercício do poder familiar (poder parental) quando da existência de prole comum.

De acordo com a norma insculpida no § 6º do Art. 226 da Constituição Federal, tem-se que fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

No plano infraconstitucional, foi editada e promulgada a Lei 9.263/1996, prevendo e reafirmando o planejamento familiar como sendo um direito de todo cidadão, e não apenas do casal, não se olvidando que a liberdade é um eterno conquistar, ampliada na mesma medida em que cresce o domínio do homem sobre a natureza e as relações sociais desenvolvidas com outros homens, almejando, por fim, a

própria expansão da personalidade do indivíduo.⁴⁰

Para Lydia Neves Bastos Telles Nunes pode-se:

“(…) com tranquilidade, (…) que o planejamento familiar, como previsto, por primeiro no texto constitucional e repetido agora na nova Lei Civil, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, deve ser exercido, conscientemente, objetivando melhorar a qualidade de vida do cidadão brasileiro, buscando o bem-estar e educação para os filhos. Portanto, as medidas a serem tomadas são as destinadas a evitar a gravidez indesejada, ou ‘fora de época’, e estabelecer o ‘tamanho’ da família de acordo com as possibilidades financeiras do casal (…)”.⁴¹

Pode-se definir 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,⁴² cabendo ao Estado a promoção de

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 234.

⁴¹ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Regimes matrimoniais de bens*, p. 33.

⁴² PAGNAN, Rogério. Justiça de SP aceita feto como autor de ação: “[o] Órgão Especial do TJ (Tribunal de Justiça) de São Paulo reconheceu o direito de um feto de entrar com uma ação judicial para garantir o atendimento médico da mãe. Nem o TJ-SP nem o STJ (Superior Tribunal de Justiça) têm conhecimento de casos semelhantes. A decisão pioneira ocorreu em três agravos de instrumento movidos pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de presas grávidas da Cadeia Pública de São Bernardo do Campo que necessitavam de exames de pré-natal adequados. Outros cinco aguardam julgamento. A defensoria recorreu ao TJ após o juiz de primeira instância de São Bernardo negar o recebimento da ação com o feto figurando como autor, o chamado pólo ativo. A ação, segundo o magistrado, deveria ser apresentada no nome dos pais. ‘Eleito o nascituro para integrar o pólo ativo da ação, não poderia o juiz determinar a emenda da inicial por entender impossível a figuração do feto como autor em qualquer espécie de demanda. Isso porque, segunda a jurisprudência, pode o feto, devidamente representado, desde o momento da concepção, ainda que desprovido de personalidade jurídica, pleitear judicialmente seus direitos’, diz trecho do acórdão relatado pelo desembargador José Cardinale, em que também participaram os desembargadores Canguçu de Almeida (presidente) e Sidnei Beneti. A decisão, segundo especialistas ouvidos pela Folha, abre um precedente importante, pois estende ao feto os mesmos direitos de uma criança. ‘O que o desembargador fez foi criar um mecanismo que estende ao titular de direito, o nascituro, devidamente representado pela mãe, seus direitos garantidos judicialmente’, disse o presidente da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) de São Paulo, Luiz Flávio Borges D’Urso. Ainda conforme os especialistas, essa decisão burla o entendimento da área cível, que considera a pessoa como personalidade jurídica após o nascimento com vida, usando a própria Constituição. Para o responsável pelas ações, o defensor Marcelo Carneiro Novaes, a precedência criada com a decisão do tribunal é o fato mais comemorado neste momento, já que os autores da ação já nasceram e não puderam se beneficiar do entendimento do TJ. Novaes utilizou os fetos nas ações porque preferiu usar o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), no Juizado da Criança e do Adolescente, já que ele tem definições claras de proteção à criança, a principal beneficiada com o pré-natal bem-feito. Ele disse que poderia tentar o atendimento às presas pelo âmbito administrativo ou na área cível, mas as chances seriam menores. ‘As chances de vitórias com o ECA seriam melhores porque existe o princípio da proteção legal’. Segundo Novaes, em pesquisa feita pela Defensoria foi encontrado no Brasil apenas um caso anterior em que a Justiça considerou o feto como pólo ativo, mas em uma ação de verificação de paternidade. O caso também foi julgado pelo TJ”. Fonte: Folha Online. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/PORAL.www_media.show?p_id=1184506&p_settingsetid=11257&p_s_ettingsiteid=0&p_siteid=118&p_type=basetext&p_textid=1184507>. Acesso em: 12.11.2005.

ações educativas para esse planejamento, garantindo acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Entrementes, a liberdade há que vir acompanhada respectiva responsabilidade, ainda mais num campo onde a possibilidade de “coisificação” do ser humano se mostra tão fácil de ser desvelada; em nome da paternidade responsável tem-se segurança em afirmar que a possibilidade de amplitude da prática do aborto não encontra guarida em nosso atual sistema jurídico, padecendo de manifesto equívoco, *permissa venia*, a decisão levada a efeito recentemente pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 124.306.⁴³

Inequívoca demonstração da responsabilidade com a prole vem alicerçada no fato de que os pais devem prover a subsistência de seus filhos, mormente quando menores, subsistindo, tanto no plano interno quanto no alienígena, a autorização (e a consequente positividade) de que o devedor de alimentos em casos tais posso ter a liberdade segregada diante de sua omissão, estendendo o Código Civil, em seus artigos 1.696 a 1.698, referido dever aos demais ascendentes (subsidiariamente), nascendo, assim, a obrigação alimentar avoenga.

A imposição do sustento já faz eco de há muito no Brasil, transcrevendo-se, em ato confirmatório, os ensinamentos proferidos pelo imorredouro Lafayette Rodrigues Pereira, lançados em sua inestimável obra sobre os “Direitos de Família”, de 1889, no original:

“§ 131. *Obrigação de prestar alimentos*

Antes de adquirir certo gráo de desenvolvimento physico e moral não tem o ente humano capacidade para prover á sua propria subsistencia.

⁴³ <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>: “A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) afastou a prisão preventiva de E.S. e R.A.F., denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha (artigos 126 e 288 do Código Penal). A decisão foi tomada nesta terça-feira (29) no julgamento do Habeas Corpus (HC) 124306. De acordo com o voto do ministro Luís Roberto Barroso, que alcançou a maioria, além de não estarem presentes no caso os requisitos que autorizam a prisão cautelar, a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade. (...) Para o ministro, o bem jurídico protegido (a vida potencial do feto) é “evidentemente relevante”, mas a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. Entre os bens jurídicos violados, apontou a autonomia da mulher, o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero – além da discriminação social e o impacto desproporcional da criminalização sobre as mulheres pobres.

E em igual impossibilidade póde achar-se o adulto, ou por enfermidade ou por defeito de organização.^(I)

Quanto ao homem collocado em qualquer das circumstancia alludidas fallecem posses, quem deve vir-lhe em auxilio para não deixal-o succumbir á mingua?

– O Estado? Certo, ao Estado incumbe essa obrigação^(II); mas antes do Estado, que deve protecção a todos os infelizes, a voz da natureza chama os pais e os parentes mais proximos.

Assim que a lei impõe aos parentes dentro de certo grãos a obrigação de se alimentarem uns aos outros.

Segundo a nossa legislação, os parentes, da linha recta *in infinitum* e na transversal dentro do 2º gráo por direito civil, quer sejam legítimos, quer illegitimos, devem-se reciprocamente alimentos, subsidiariamente uns depois de outros”.⁴⁴

Nesse viés, digna de nota a Lei 12.318/2010, positivando a intrincada e relevante problemática do ato de alienação parental, definido em seu art.2.º como sendo a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este, apresentando o respectivo parágrafo único, exemplificativamente, como a ilicitude pode se materializar:

- “I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

(I) Alguns escriptores fazem distincção entre a obrigação de *prestar alimentos* e a obrigação de *criar, sustentar* e educar os filhos. A primeira diz respeito aos adultos, que, por enfermidade, não podem prover á sua propria subsistencia; a segunda aos menores. Mourlon, Rep. Ecrit. L. I, T. 5, n. 739.

Esta distincção tem effeitos praticos, como adiante se verá (§ 136 nota 4).

(II) O Estado desempenha este dever, fundando e protegendo a fundação de asylos de mendigos e de inválidos, de casas de caridade e de expostos.”

⁴⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito de família*, pp. 247-248.

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós”.

Cabe ainda ressaltar o acolhimento jurisprudencial do chamado “abandono afetivo”, como bem ilustra o expressivo julgado oriundo do Superior Tribunal de Justiça, restando ementado da seguinte maneira:

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

Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia de cuidado importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo

Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. recurso especial parcialmente provido”.⁴⁵

O chamado princípio da pluralidade familiar se encontra devidamente encartado nos §§ 3º e 4º do art. 226 da Constituição Federal, na exata medida em que referidos dispositivos basilares quebraram a primazia e o monopólio de que sempre desfrutou o casamento como única forma de formação de família, surgindo, assim, entidades familiares derivadas da união estável e da monoparentalidade, salientando Fachin que:

“(…) o ente familiar não é mais uma única definição. A família se torna plural. Há realmente uma passagem intimamente ligada às modificações políticas, sociais e econômicas. Da superação do antigo modelo da ‘grande-família’, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação (...)”.⁴⁶

Foi justamente em razão dessa quebra de exclusividade da tipificação familiar que hoje se reconhece a possibilidade de entidades formadas por pessoas do mesmo sexo, as chamadas uniões homoafetivas, ganhando contundente destaque quando do julgamento conjunto da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ, momento em que a Suprema Corte, valendo-se do método de interpretação conforme, declarou que a dicção atribuída ao art. 1.723 do Código Civil não se mostrava apta a impedir que a união existente entre pessoas do mesmo sexo seja reconhecida como entidade familiar, com todas os benefícios e proteções daí decorrentes.

Nesse aspecto, relevante se faz apresentar, resumidamente, os principais pontos que acabaram servindo de sustentação para o citado reconhecimento, apresentadas quando da edição do Informativo 625 do STF,⁴⁷ a saber:

“(…) No mérito, prevaleceu o voto proferido pelo Min. Ayres Britto (...).
(…) Assinalou que, no tocante ao tema do emprego da sexualidade humana, haveria liberdade do mais largo espectro ante silêncio intencional da

⁴⁵ REsp 1159242/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 24.04.2012, DJe 10.05.2012.

⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*, pp. 289-290.

⁴⁷ <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>>.

Constituição. Apontou que essa total ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual, em primeiro lugar, possibilitaria a incidência da regra de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Em segundo lugar, o emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade e, por último, dever-se-ia considerar a âncora normativa do § 1º do art. 5º da CF. Destacou, outrossim, que essa liberdade para dispor da própria sexualidade inserir-se-ia no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétreia. Frisou que esse direito de exploração dos potenciais da própria sexualidade seria exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual).

(...) Realçou que família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (CF, art. 226, *caput*).

(...) Arrematou que a solução apresentada daria concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não-discriminação e outros”.

Na mesma trilha de pensamento e aprofundando os efeitos do reconhecimento da modalidade familiar em questão, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que não apenas a união estável seria admitido pelo ordenamento jurídico, mas também, a ocorrência matrimonial direta, sem estágio antecedente,⁴⁸ editando o Conselho Nacional de Justiça, no biênio seguinte, a Resolução n.º 175/2013, a fim de vedar aos registradores civis a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, dado inequívoco caráter vinculante das decisões comentadas, não obstante até hoje encontrarem-se focos de relutância quanto a referida aplicação.

Valendo-se da moderna roupagem que deve ser emprestada à *família*, considerando esta como um legítimo espaço de preservação e tutela da dignidade da

⁴⁸ Recurso Especial 1.183.378/2011.

pessoa humana, não parece ser possível o não-reconhecimento da parceria homossexual formada pela junção de valores, pensamentos e afetividade como entidade familiar, pois seria aceitar a nefasta ideia da existência de cidadãos brasileiros de primeira e de segunda escala, o que se cumpre a todo custo evitar.

Imperativo salientar também:

“[...] El derecho, como és lógico, no puede cerrar los ojos a la existência de determinados hechos sociales que reclaman uma tutela jurídica, bien porque responden a uma legítima demanda, producto de um cambio de mentalidad que há consolidado determinados comportamientos; bien porque su no regulaci3n contribuye a la persistência de situaciones que aparecen como injustas em la percepci3n de la sociedad. Pero en ambos os casos, el Legislador debe ser muy cuidadoso a la hora de tomar posiciones cuando hay debates doctrinales abiertos, evitando que la positivaci3n normativa esté demasiado condicionada por presupuestos ideol3gicos o políticos [...]”.⁴⁹

O texto constitucional atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar, à criança e ao adolescente, 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 (CF, Art. 227, *caput*).

A questão principiológica também abarcou a matéria de infância e juventude, protagonizando tutela diferenciada aos infantes, deixando indene de dúvidas que em face de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento têm direito fundamental a convivência comunitária e familiar, prioridade absoluta, proteção integral, bem como que todas as decisões que os envolvem sejam levadas a efeito em observância ao seu melhor interesse, citando-se como exemplo o exercício do poder familiar pelos pais.

Toda criança e todo adolescente,⁵⁰ como expressamente dispõe o texto constitucional, têm o direito fundamental à convivência familiar e comunitária e, em

⁴⁹ FERNÁNDEZ, Pedro A. Talavera. *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales: propuestas de regulaci3n en España*, p. 18.

⁵⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p. 54: “A adolescência se apresenta como fase peculiar no desenvolvimento do ser humano, marcado por modificações físicas profundas correlatas às mudanças psicológicas, caracterizadas, sobretudo, pela instabilidade emocional. O tema central da adolescência é a descoberta de si mesmo. Nesta fase registra-

ostentando natureza fundamental, seu exercício e sua efetivação são prioritários e impostergáveis, não se olvidando a responsabilidade estatal da própria família e da sociedade para o atingimento do referido desiderato.

O Dicionário Aurélio traz que convivência “(...) é o ato ou efeito de conviver; familiaridade; relações íntimas; trato diário”.⁵¹ Já a definição de conviver é “(...) viver em comum; ter familiaridade, convivência”.⁵²

Transportando tais significados para o mundo jurídico, pode-se afirmar que referido direito diz respeito à precípua e indispensável necessidade de que crianças e adolescentes, diante de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, convivam, de maneira harmônica, com seus pais e familiares, inserindo-se, também, dentro de tal contexto seu importante relacionamento com os demais pares sociais, isto é, com os demais indivíduos que formam a comunidade em que vivem.

Houve a substituição da doutrina da situação irregular pela doutrina da prioridade absoluta e proteção integral de crianças e adolescentes, circunstância essa que foi amplamente referendada pelo consequente Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo-se, nos dizeres de Roberto João Elias: “(...) definir a proteção integral como sendo o fornecimento, à criança e ao adolescente, de toda a assistência necessária ao pleno desenvolvimento de sua personalidade”.⁵³

O texto constitucional atribui, ainda, à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar, à criança e ao adolescente, 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 (CF, Art. 227, *caput*).

Crianças e adolescentes, titulares de direitos fundamentais que são, devem receber do Estado e da sociedade especial e condizente atenção, durante o tempo em que perdurar a necessidade ou enquanto se encontrarem em situação de vulnerabilidade, sendo que as decisões que lhe dizem respeito devem traduzir o melhor interesse

se geralmente um período de intranqüilidade que é difícil de avaliar: na maioria dos casos se trata de um sintoma de um processo de maturação, levando ao autoconhecimento mais profundo. O indivíduo começa a conhecer a si próprio”.

⁵¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*, p. 325.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*, p. 02.

possível, podendo-se citar como instrumento desta busca a criação da guarda compartilhada pela Lei 11.698/2008.

Sob a ótica constitucional, Luís Roberto Barroso assevera:

“(…) O princípio do melhor interesse da criança tem suas origens na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas, ainda em 1959. Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), ratificada pelo Brasil em 1992 (Decreto nº 678/92), faz referência ao dever da família, da sociedade e do Estado de dar proteção especial à criança e do adolescente. A Convenção Internacional de Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 1989 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto 99710/90, dispõe que todas as ações relativas a crianças levadas a efeito por instituições públicas ou privadas deverão considerar, ‘primordialmente, o melhor interesse da criança’. O antigo Código de Menores já veiculava a idéia do melhor interesse através da chamada ‘regra de ouro’ do Direito Menorista (Art. 5º daquela lei), segundo a qual o superior interesse do menor sobreleva qualquer bem ou interesse juridicamente tutelado (...). De toda sorte, a Constituição oferece parâmetros: o melhor interesse do menor consistirá na solução que mais eficientemente realize seus direitos fundamentais, nos quais estão incluídos, educação, cultura, profissionalização e convivência familiar (...)”.⁵⁴

O princípio da afetividade diz respeito à demonstração de que a constituição de toda e qualquer entidade familiar tem como razão única e precípua a benquerença havida entre os indivíduos, de forma que a inexistência de tal sentimento sempre habilita e conduz ao encerramento da união, pois, evidentemente, sem comunhão de vida representada por respeito e carinho mútuos não há família.

Embora inafastável seja a alteração no sentido de que a lei não tenha, por óbvio, força suficiente para criar um sentimento, pode elegê-lo como amálgama, como alicerce para determinado instituto, ainda mais dentro do Direito de Família, no qual as

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, pp. 23-25.

relações são extremamente permeadas por feixes emocionais, afetivos e amorosos, enfim, passionais, normatizando, então, seus fundamentos.⁵⁵

Nessa esteira de pensamento, Sérgio Gischkow Pereira pondera que não será:

“(...) logo no direito de família que deixará o valor jurídico do amor de merecer especial apreço. O significado, o sentido, a razão de ser, o valor de uma união entre duas ou mais pessoas é posto e subsiste em função da afeição que as vincula. Corolários desta asserção consistem em repelir o despotismo masculino; em vislumbrar na família um grupo fundado na mútua afeição, mais do que pela autoridade marital ou de quem quer que seja; em reduzir os fatores organizacionais e hierárquicos na estrutura familiar; em fomentar a liberdade e a igualdade nas interações familiares”.⁵⁶

Os fundamentos da afetividade estão assegurados em vários dispositivos do texto constitucional, podendo-se citar, a título exemplificativo, os Arts. 226, § 4º (a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida), 227, *caput* (o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente), § 5º (a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos), § 6º (todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem), dentre outros.

Exemplos dignos de menção e desdobramento do quanto mencionado linhas atrás encontram-se retratados na Lei 11.924/2009 (Lei Clodovil Hernández), que autoriza o enteado ou enteada a adotar o nome da família do padrasto ou madrasta, bem como o Recurso Extraordinário 898.060, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de cumulação entre as paternidades afetiva e biológica.⁵⁷

⁵⁵ BARROS, Sérgio Resende. A tutela constitucional do afeto. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2005, p. 889: “Em suma: a realização da personalidade humana segundo os padrões da dignidade já alcançados na atualidade histórica da civilização é o princípio e o fim da tutela constitucional do afeto”.

⁵⁶ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*, p. 26.

⁵⁷ <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=paternidade%20afetiva&numero=840&pagina=1&base=INFO>>: “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. Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a prevalência da **paternidade** socioafetiva sobre a biológica. No caso, a autora, ora recorrida, é filha biológica do recorrente, conforme demonstrado por exames de DNA. Por ocasião do seu nascimento, a autora foi registrada como filha de pai afetivo, que cuidara dela, por

3. A FAMÍLIA E SEUS NOVOS CONTORNOS CONTEMPORÂNEOS

O Direito de Família Contemporâneo tem como preocupação central a pessoa humana – e não os bens eventualmente amealhados durante sua composição e vigência, como, aliás, era escopo primaz da codificação anterior –, de modo que, deixando de lado o interesse exclusivamente particular, as normas que versam sobre ele têm natureza jurídica marcadamente pública.⁵⁸

Em face da estreita imbricação com a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, bem como sua dinamicidade enquanto fenômeno genuinamente social, a família tem seus contornos constantemente questionados e alterados, situação que não foi diferente no Brasil, cabendo sobretudo ao Judiciário, acertadamente ou não, imprimir a atualização necessária para sua manutenção como célula base estatal,

mais de vinte anos, como se sua filha biológica fosse. O Supremo Tribunal Federal afirmou que o sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais, impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional. O espectro legal deve acolher tanto vínculos de filiação construídos pela relação **afetiva** entre os envolvidos quanto aqueles originados da ascendência biológica, por imposição do princípio da **paternidade** responsável, enunciado expressamente no art. 226, § 7º, da CF. Dessa forma, atualmente não cabe decidir entre a filiação **afetiva** e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade. Portanto, é importante reconhecer os vínculos parentais de origem **afetiva** e biológica. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, e o filho deve poder desfrutar de direitos com relação a todos não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória. A Corte reputou ainda ser imperioso o reconhecimento da dupla parentalidade e manteve o acórdão de origem, que reconheceu os efeitos jurídicos de vínculo genético relativo ao nome, aos alimentos e à herança. Vencido o Ministro Edson Fachin, que provia parcialmente o recurso, sob o argumento de que o parentesco socioafetivo não é prioritário ou subsidiário à **paternidade** biológica, tampouco um parentesco de segunda classe. Trata-se de fonte de **paternidade**, maternidade e filiação dotada da mesma dignidade jurídica da adoção constituída judicialmente, que afasta o parentesco jurídico daqueles que detêm apenas vínculo biológico. Dessa forma, segundo o ministro Edson Fachin, havendo vínculo socioafetivo com um pai e biológico com outro genitor, o vínculo socioafetivo se impõe juridicamente. O parentesco socioafetivo não é menos parentesco do que aquele estabelecido por adoção formal. Assim como o filho adotivo não pode constituir **paternidade** jurídica com outrem sob o fundamento biológico, também não pode o filho socioafetivo. Vencido, também, o Ministro Teori Zavascki, que provia integralmente o recurso, sob o fundamento de que a **paternidade** biológica não gera, necessariamente, a relação de **paternidade** do ponto de vista jurídico, com as consequências daí decorrentes. O ministro rememorou, ainda, que havia, no caso, uma **paternidade** socioafetiva que persistiu e persiste. E, como não pode ser considerada menos importante do que qualquer outra forma de **paternidade**, ela deve ser preservada. RE 898060/SC, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 21 e 22-9-2016”.

⁵⁸ LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional: caderno 01*, p. 09: “(...) com o advento da nossa Constituição de 1988, tivemos um choque de perplexidade no início, quer por sua abrangência, que por passar a disciplinar diretamente matéria que até então era exclusiva do Código Civil”.

merecedora de especial proteção.

Paulatinamente, ao longo dessas quase três décadas de promulgação do texto constitucional surgiram, seja no campo doutrinário quanto jurisprudencial, interpretações diversas acerca da temática, valendo a pena fazer-se uma reflexão a respeito de algumas dessas novas situações que estão a exigir a efetiva participação do intérprete até mesmo para se evitar o fenômeno do *non liquet*.

Na seara da pluralidade das formas de família percebem-se novos fenômenos a desafiar o mundo jurídico, colocando-se como prelúdio meramente didático as chamadas entidades recíprocas, simultâneas ou paralelas,⁵⁹ trazendo ao debate forense novos termos, tais como “união estável atípica”, “triação”, cujo fenômeno e conseqüências jurídicas foram brillantemente explanadas por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.⁶⁰

Aliás, sobre a questão da proteção jurídica das famílias simultâneas, interessante trazer à colação recente julgamento proferido no âmbito da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na exata medida em que restou ali assentado e reconhecido pelo Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, a possibilidade de se manter uma união estável paralela ao casamento e daí se extraírem conseqüências jurídico-protetivas.⁶¹

Nesse mesmo Sodalício vanguardista, necessário se faz destacar a visão do Desembargador Rui Portanova,⁶² em caso concreto:

“(...) Quando falamos em união dúplice (ou paralela) estamos nos referindo ao fato de uma pessoa manter, ao mesmo tempo, duas uniões afetivas.

⁵⁹ A título de contribuição para o entendimento ora defendido, interessante colacionar as palavras da Desembargadora Maria Berenice Dias, em voto proferido no julgamento da AC nº 70017045733, *in verbis*: “(...) O ordenamento civil, consubstanciado no princípio da monogamia, não reconhece efeitos à união estável quando um do par ainda mantém íntegro o casamento (art. 1.723, §1º, do Código Civil). Certamente, esse é o ideal da sociedade: um relacionamento livre de toda a ordem de traições e, se possível, eterno até que “a morte os separe”. Contudo, a realidade que se apresenta é diversa, porquanto comprovada a duplicidade de células familiares. E conferir tratamento desigual a essa situação fática importaria grave violação ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, não obstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja “digna” de reconhecimento judicial (...)”.

⁶⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*.

⁶¹ Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/versao_impressao.html>.

⁶² TJRS, Apelação Cível 70027512763.

Digo logo, não se trata de uma segunda união eventual, provisória e descompromissada.

No caso de união dúplice temos duas uniões: uma tão efetiva, afetiva, concreta e constante como a outra.

Não é uma união eventual.

Não é uma relação frívola, irresponsável e sem compromissos.

É uma relação não eventual entre duas pessoas que se amam e que vivem numa entidade familiar contínua e duradoura.

Seja permitida uma abstração.

De um lado temos, por exemplo, um casamento. De outro lado, temos a segunda união.

Se abstrairmos o casamento e olharmos somente para o outro lado, para a segunda união, veremos uma união de afeto, tão bem constituída como qualquer união estável.

Então sigamos com a hipótese de estarmos diante de união dúplice entre uma pessoa que, de um lado tem um casamento com outra pessoa e de outro lado uma união estável com outra pessoa.

Seja permitido chamar esta união estável concomitante ao casamento de “união estável atípica” (...).

Todavia, até o presente momento há que se ponderar a existência de posicionamento jurisprudencial hierárquico desfavorável ao acolhimento da aludida modalidade familiar, como bem se infere pelo julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça,⁶³ intérprete máximo das questões infraconstitucionais não especializadas em nosso País.

Outra questão bastante controvertida e cada vez mais atual diz respeito a

⁶³ Informativo 464, período 21 a 25.02.2011: “UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS. A Turma, ao prosseguir o julgamento, deu provimento ao recurso especial e estabeleceu ser impossível, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, conferir proteção jurídica a uniões estáveis paralelas. Segundo o Min. Relator, o art. 226 da CF/1988, ao enumerar as diversas formas de entidade familiar, traça um rol exemplificativo, adotando uma pluralidade meramente qualitativa, e não quantitativa, deixando a cargo do legislador ordinário a disciplina conceitual de cada instituto - a da união estável encontra-se nos arts. 1.723 e 1.727 do CC/2002. Nesse contexto, asseverou que o requisito da exclusividade de relacionamento sólido é condição de existência jurídica da união estável nos termos da parte final do § 1º do art. 1.723 do mesmo código. Consignou que o maior óbice ao reconhecimento desse instituto não é a existência de matrimônio, mas a concomitância de outra relação afetiva fática duradoura (convivência de fato) - até porque, havendo separação de fato, nem mesmo o casamento constituiria impedimento à caracterização da união estável -, daí a inviabilidade de declarar o referido paralelismo. Precedentes citados: REsp 789.293-RJ, DJ 20.03.2006, e REsp 1.157.273-RN, DJe 07.06.2010. REsp 912.926-RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22.02.2011.

pluriparentalidade ou família mosaico, tendo recebido regulamentações no plano internacional, como bem se depreende do conteúdo relativo ao Art. 2009, 1, f, do Código Civil Português, cuja orientação jurídica, por razões umbilicais,⁶⁴ guarda muita proximidade com a nossa realidade, onde restou explícita que encontram-se vinculados a prestar alimentos o padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste.

No Brasil, e com natureza jurídica doutrinária, destaca-se o Enunciado 341 das Jornadas de Direito Civil, onde se reconhece que a relação socioafetiva pode ser elemento originador da obrigação alimentar, hipótese em que se enquadrariam padrastos e madrastas tal qual explicitado na codificação d'além mar.

Todavia, no plano jurisprudencial, a questão foi rechaçada, sem apreciação do mérito, pelo acolhimento de impossibilidade jurídica do pedido em casos tais, como bem ilustra a respectiva ementa:

“ALIMENTOS. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA CAPAZ DE ALBERGAR O PLEITO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. É evidente a impossibilidade jurídica do pedido de alimentos formulado pela autora ao seu enteado, mesmo que ele tenha ficado sob a sua guarda até atingir a maioridade civil, pois inexistente relação jurídica entre eles capaz de ensejar a obrigação alimentar.
2. O dever de prestar alimentos decorre da relação de parentesco, nos exatos termos dos artigos 1.694 e 1.696, do Código Civil, razão pela qual o filho do companheiro não tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda alimentar.
3. Se a autora necessita de alimentos, deverá pedir para os seus descendentes.
4. Não merece reparo a sentença que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, com amparo no art. 267, inc. VI, do CPC.

⁶⁴ ALVES, Fernando de Brito. *Democracia à Portuguesa*: “(...) A influência portuguesa no direito constitucional lusófono é resultado das relações coloniais que fizeram com que a tradição constitucional portuguesa, ainda que mediada por soluções próprias, fosse incorporada ao direito constitucional de suas antigas colônias (...)”.

Recurso desprovido”.⁶⁵

Já a família anaparental caracteriza-se por não apresentar, em sua composição, caráter ascendente entre seus componentes, citando-se normalmente como exemplo a união entre irmãos, tendo a temática chegado aos Tribunais brasileiros, como bem se infere na discussão acerca da aplicabilidade da impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/1995, sob a lavra do Desembargadora sulista Nara Leonor Castro Garcia, no julgamento de agravo de instrumento:⁶⁶

“(…) Para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família não basta mera alegação acerca da destinação do imóvel a entidade familiar; necessária prova inequívoca de que é o único pertencente ao devedor e servir à família; esse é o objetivo da Lei nº 8.009/90. Ainda que o fato de o *de cuius* não ter sido casado, não impeça ser reconhecida a impenhorabilidade do bem (Súm. 364 do STJ) a alegação de família anaparental não restou minimamente demonstrada. Com efeito, o único fato que se pode reconhecer é que a atual inventariante, irmã do *de cuius*, prestava-lhe assistência, por conta da enfermidade noticiada nos autos, o que, isoladamente, não tem o condão de induzir o reconhecimento da existência de um núcleo familiar. Depois, a notícia é de que a inventariante instalou-se na residência com a sua família depois do falecimento do executado, quando adquiriu quinhões de outros herdeiros (…)”.

Importante, também, transcrever texto da lavra de Luiz Edson Fachin,⁶⁷ constante do acervo de artigos do *site* do Instituto Brasileiro de Direito de Família, na medida em que ali se apresenta a discussão do reconhecimento do vínculo familiar

⁶⁵ Apelação Cível 70037976123, 7ª Câmara Cível, TJ/RS, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 28.03.2011.

⁶⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO AO CONSUMIDOR PARA AQUISIÇÃO DE BENS OU CRÉDITOS NÃO DIRECIONADOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA ATUAL INVENTARIANTE. QUESTÕES PROCESSUAIS. EMBARGOS DO DEVEDOR. SENTENÇA PROLATADA APÓS O FALECIMENTO DO EXECUTADO. PARTE REPRESENTADA POR ADVOGADO. FATO NÃO NOTICIADO. NULIDADE INEXISTENTE. INCAPACIDADE DO CONTRATANTE. QUESTÃO PRECLUSA. BEM DE FAMÍLIA NÃO CARACTERIZADO. FAMÍLIA ANAPARENTAL. CARACTERIZAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. PENHORA MANTIDA. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento 70041635582, 18ª Câmara Cível, TJ/RS, rel. Nara Leonor Castro Garcia, Julgado em 28.04.2011).

⁶⁷ Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=59>>.

fundado na amizade, demonstrando-se, uma vez mais, a impossibilidade de se considerar referido fenômeno como conceito fechado ou *numerus clausus*:

“(…) A família constitui um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade. Uma aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos, especialmente da alocação normativa, junção que encarna o elo entre o direito, a família e a sociedade. É uma arena na qual tudo está sempre para ser dito, o que reconstrói, no presente, os limites do passado sob as vestes da modernidade, e projeta para o futuro as interrogações próprias do destino que se quer ver prometido. Eles foram felizes para sempre era o dístico que encimava o brasão dos enlaces. Mais tarde apreende-se que seja infinito enquanto dure. E nos dias correntes assume-se que viveram felizes por um certo tempo. Sustenta-se uma concepção plural e aberta de família que, de algum modo, conforto, agasalhe e dê abrigo durante o trânsito da jornada de cada um e de todos coletivamente. Nela se ambiciona todo o desfrute possível sem perder a percepção poética da própria existência. Anda-se, pois, no equilíbrio da corda bamba do impossível. A esperança é a alavanca que nos sustenta contra as adversidades. Não será precisamente de códigos que esse porvir reclama e sim da superação dos algoritmos que querem, preventivamente, explicar e conter a vida. Superar uma percepção fundamentalista da família na estrutura que simplifica o bem e o mal. A família é mais que essa dualidade, é ambivalente, é complexa e sem polarizações. Uma das propostas é edificar a família da amizade como vínculo. Propomos a família cidadã pela ternura e pelo afeto. Abrir espaço para o reconhecimento da inclusão na cidadania da amizade, que é, quem sabe, o que mais nos resta no tempo da intolerância. Quiçá na família se veja o que Cícero viu na amizade: Quem olha para um amigo verdadeiro vê nele, por assim dizer, uma imagem (exempla) de si mesmo. É por isso que os amigos, ainda que ausentes, estão presentes; ainda que pobres, têm abundância, ainda que fracos, são fortes e, o que é mais difícil de dizer, ainda que mortos, estão vivos (…).”

Ecoam também situações envolvendo a chamada união poliafetiva, sobre a qual lançaram-se olhares mais profundos com o registro de escrituras públicas traçando as regras dessa modalidade, tendo sido dado o *start* em 2012, junto ao Serviço de Notas

de Tupã – SP.

Paulo Iotti, em artigo publicado na Revista *Libertas* no ano de 2016, defende que a estatutura constitucional atual contempla a absorção da entidade familiar plúrima, como bem se depreende do seguinte trecho de seu pensamento:

“(…) É preciso que se compreenda algo de uma vez por todas. Não cabe ao Estado nem a quem quer que seja impedir que as pessoas adultas formem entre si famílias conjugais com quem desejem e/ou com quantas pessoas desejarem quando tal situação não implicar opressão de um ou mais de seus integrantes, não trazer prejuízos a terceiros e/ou quando não haja fundamento lógico-racional que isto justifique (fundamento este que há para o não-reconhecimento da família conjugal em uma situação de pedofilia, por exemplo, já que temos aqui pessoas em desenvolvimento que ainda não atingiram a plena capacidade para se autodeterminar) (...)”.⁶⁸

No presente momento a questão está sendo analisada pela Corregedoria Nacional de Justiça, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, tendo em vista que a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) pugnou pela proibição de lavraturas de escrituras públicas de reconhecimento pelos Serviços Notariais em todo território nacional até que a matéria seja devidamente regulamentada.⁶⁹

Conhecida primeiramente como “barriga de aluguel”, tem-se a técnica utilizada pela ciência médica para permitir que uma paciente biologicamente impossibilitada de gestar ou de levar a gravidez até o final, possa ter um filho – resultante de fecundação com o seu óvulo – gestado em útero de terceira pessoa.

O maior referencial jurídico para a discussão a respeito da maternidade substituta, expressa-se no caso do bebê M, desenvolvido nos tribunais dos Estados Unidos no final da década de 80.

O casal Stern não podia gerar filhos, não por esterilidade da esposa, mas porque apresentava problemas de saúde incompatíveis com a gravidez. Firmaram, então, com Mary Beth Whitehead, um contrato através de uma agência de intermediação, para que a mesma fosse inseminada com o esperma do Sr. Stern e gerasse um filho a ser entregue ao casal.

⁶⁸ <<file:///C:/Users/Claudio/Downloads/418-693-1-PB.pdf>> , pp. 15-16.

⁶⁹ <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas>>.

O Sr. Stern assumiria a paternidade e sua esposa adotaria seu filho. Entretanto, quando a criança nasceu, Mary Beth, a mãe genética e gestacional, recusou-se a entregar a criança, a consentir na adoção e a receber qualquer pagamento pela *prestação de serviços*. O caso foi levado à Justiça, em Nova Jérsei. Em primeira instância, decidiu-se por fazer cumprir o contrato, conceder a custódia da criança ao casal Stern e dar continuidade ao processo de adoção.

Em segunda instância, a Corte Suprema de Nova Jérsei confirmou os direitos parentais de Mary Beth Whitehead e do Sr. Stern sobre a criança, cancelou o processo de adoção, concedendo a guarda da criança ao casal Stern e o direito de visitação à mãe genética.

Robin Fox chama a atenção para o respeito conferido ao contrato firmado entre as partes e faz considerações sobre a possibilidade das diferenças de classe social terem influenciado nas decisões: o casal Stern era de classe média alta com nível superior de educação, enquanto a mãe substituta era de classe baixa com pouca escolaridade.⁷⁰

É de se conferir juridicidade à maternidade por substituição, ou seja, há a necessidade de se conferir a maternidade do nascituro à pessoa que doou o material genético; existe a necessidade de fixação de responsabilidades, a fim de que não ocorra a situação vivenciada em Michigan (1983, EUA), onde o bebê nascido apresentou microencefalia e foi rejeitado por todos, isto é, pela mãe hospedeira e pelos genitores biológicos.

Em Portugal, atentando-se para os fenômenos que envolvem o chamado *contrato de gestão* e sua dificuldade de aceitação nos dias atuais, Guilherme Freire Falcão de Oliveira afirma:

“Não sigo a máxima extrema de que ‘só não é natural o que não se pode fazer’, e não espero que a gestação para outrem se venha a tornar um sucesso generalizado. Mas não será muito surpreendente que a razão humana vá reconhecendo, aqui ou acolá, algumas vantagens na utilização do processo, para depois uma tolerância insuspeitada acabar por admiti-lo, num ou noutro caso. Para já, a gestação para outrem é considerada um fenômeno perturbante demais para ser bem aceite. Assim – e por enquanto – não é

⁷⁰ FOX, Robin. The case of the reluctant genatrix. *Reproduction and succession: studies in anthropology*.

legítimo emendar esse velho emblema da nossa cultura afectiva – ‘Mãe há só uma!’”⁷¹

A questão no Brasil, num primeiro momento, ficou a cargo da Resolução n.º 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, a qual, após 18 anos de vigência, foi substituída pela Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, dispondo que:

“VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO): As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”.

A temática foi sendo aprimorada pelo Conselho Federal de Medicina com a edição das Resoluções n.º 1.957/2010, 2013/2013,⁷² e, finalmente, com a Resolução 2.121/2015⁷³, nominando a situação de reprodução como “Gestação de Substituição (Doação Temporária do Útero)”:

“VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima).

⁷¹ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe só há duas: o contrato de gestação*, pp. 98-99.

⁷² Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM 1.957/2010.

⁷³ 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 ajudarão 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 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119.

Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3- Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável”.

Implica em verdadeira relativização do dogma contido na diretriz latina *mater semper certa est*.

4. CONCLUSÃO

É inequívoca a assertiva de que, com a promulgação da Lei de Outubro, o Brasil passou a vivenciar uma nova e sólida era no que se refere à positivação do núcleo de direitos que confere e garante a condição digna mínima de humanidade a seus cidadãos, plasmados, assim, com a perspicaz qualificação de fundamentais.

Ao menos no papel, foram deixadas para trás as duras marcas do período ditatorial e assumiu-se uma manifesta vertente democrática, visando a busca estatal

incessante quanto à realização do bem comum, de todos mesmo, sem exceção, diferenciação ou distinção.

A par de todas as polêmicas, questionamentos e dúvidas, e ainda pendente a questão afeta à concessão de personalidade jurídica, não há como se fugir da afirmação de que as entidades familiares, em qualquer formatação que se apresentem, atuam como sujeitos de direitos e deveres na órbita jurídico-social, adotando a doutrina do eudemonismo, ou seja, têm sua constituição estribada no afeto, no amor e na solidariedade.

As entidades familiares são a base da sociedade e não do Estado propriamente dito, residindo a diferença que não devem ser elas objeto de dominação política, mas sim, fomento de desenvolvimento da pessoa humana que a integra, servindo de esteio à realização de seus projetos existenciais, bem como de paradigma, ainda que com todas as vicissitudes que o cotidiano apresenta, à busca da felicidade e do bem-estar da comuna onde inseridas.

Por mais que ideias outras tenham tentado desnaturar a noção de família, a verdade é que tal organismo continua sendo a célula base de toda e qualquer sociedade, isto é, de todo Estado que se intitula e se diz democrático, passando, inclusive, neste período contemporâneo, por um precioso processo de revitalização, restauração e respeito, haja vista que, na maioria dos hodiernos ordenamentos jurídicos mundiais, professa-se um caminho sem volta de constitucionalização do amor e do afeto.

Se é verdade que a família por si só não está apta a garantir, integralmente, qualidade de vida aos elementos que lhe integram, não menos verdade é o fato de que o indivíduo suprimido de tal convivência, por mais que seja escoreito, não a atingirá, em hipótese alguma.

Resta claro que, em face da natureza, da essência da própria família, impossível se mostra, validamente, que referido grupo social venha a ser enclausurado por definições estatais limitadoras, taxativas e estáticas, valendo destacar, uma vez mais, que não foi esse, por óbvio, o objetivo do legislador constituinte quando da confecção da atual Carta Política.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Volume I.

CHALITA, Gabriel. *Educação: a solução está no afeto*. São Paulo: Gente, 2001.

COURT, P. M. Família e sociedade contemporâneas. *Família, sociedade e subjetividades: uma perspectiva multidisciplinar*. PETRINI, João Carlos; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro (orgs.). São Paulo: Vozes, 2005.

DAFOE, Daniel. *As aventuras de Robinson Crusóe*. São Paulo: Ática, 2001.

D'AGOSTINO, Francesco. *Una filosofia della famiglia*. Milão: Fiufrè, 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio*. São Paulo: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Famílias*. 9. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Podium, 2017.

FERNÁNDEZ, Pedro A. Talavera. *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales: propuestas de regulación en España*. Madri: SPED, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. São Paulo: Fronteira, 2002.

FOX, Robin. *Reproduction and succession: studies in anthropology. Law and Society*, New Brunswick, Transaction Publishers, 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Volume 6.

IOTTI, Paulo. União poliafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. *Revista libertas*, n.º 2, v. 2, Ouro Preto, jul.-dez. 2016.

LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição constitucional e controle do poder: é efetiva a Constituição brasileira?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LINHARES, Paulo Afonso. *Direitos fundamentais e qualidade de vida*. São Paulo: Iglu, 2002.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

LOTUFO, Renan (coord). *Direito civil constitucional: caderno 01*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MAGALHÃES, Roberto. *A Constituição Federal de 1967 comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. Tomo I.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Regimes matrimoniais de bens*. Leme: J. H. Mizuno, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe só há duas: o contrato de gestação*. Coimbra: Coimbra, 1992.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Segunda tiragem, Typ. da Tribuna Liberal – Rua Nova do Ouvidor n. 31, Rio de Janeiro, 1889.

. *Direitos de família*. Campinas: Russell, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2005.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos fundamentais e relações familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

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

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999.

SARACENO, Chiara. *Sociologia da família*. Lisboa: Editorial Estampa, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

WINGEN, Max. *A caminho de uma ciência da família?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.