

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

KELVIN LUCAS BOTELHO COELHO

PLURIPARENTALIDADE EM UMA RELAÇÃO POLIAFETIVA

VOLTA REDONDA

2018

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

PLURIPARENTALIDADE EM UMA RELAÇÃO POLIAFETIVA

Monografia apresentada ao Curso de Direito do UniFOA como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluno:

Kelvin Lucas Botelho Coelho

Professora Orientadora:

Marise Baptista Fiorenzano Henrichs

VOLTA REDONDA

2018



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

Pluralidade em uma relação filiofúria

Elaborado por *Helvin Lucas Botelho* apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em *25* de *maio* de *2018*.

Banca Avaliadora:

Rui Baptista

Professor Orientador - Unifoa

[Signature]

Professor Avaliador - Unifoa

[Signature]

Professor Avaliador - Unifoa

Ao Morpheus.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a meus guias espirituais por terem iluminado meu caminho. Aos encarnados e desencarnados que prezaram pelo meu bem querer. Ao meu pai, minha mãe e a meus familiares pelo apoio e carinho. Aos amigos que compartilharam cada momento dessa trajetória. Aos professores e à minha orientadora pela dádiva do conhecimento.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar afincamente a evolução da entidade familiar durante os séculos passados até a realidade atual brasileira, apresentando as tipificações familiares construídas no decorrer do tempo, e, com isso, os princípios e direitos fundamentais que embasaram constitucionalmente o ser, reconhecido como unidade em busca da felicidade pessoal e intrafamiliar, e tutelado pelo Estado. Com isso, pretende-se, ainda, demonstrar a realidade das famílias poliafetivas, e os direitos de reconhecimento de filho originado nesta família pluriparental, no que tange à influência psicológica acarretada sobre o mesmo, além do reconhecimento civil, os direitos sucessórios respaldados sempre no princípio da afetividade familiar, da isonomia e da não discriminação dos filhos de qualquer origem.

Palavras-chave realidade familiar brasileira, pluriparentalidade, relacionamento poliafetivo, princípio da afetividade, igualdade e isonomia dos filhos.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO SÉCULO XIX.....	11
3 CONCEITO MODERNO E FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA.....	15
4 MODELOS DE FAMÍLIA.....	20
4.1 Família matrimonial.....	21
4.2 Família convivencial (união estável).....	22
4.3 Família homoafetiva.....	22
4.4 Família natural, extensa ou ampliada e família substituta.....	25
4.5 Família adotiva.....	25
4.6 Família anaparental.....	25
4.7 Família pluriparental ou mosaico.....	26
4.8 Família eudemonista.....	26
5 PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
5.1 Dos direitos fundamentais.....	29
5.1.1 Dos direitos fundamentais verticais.....	30
5.1.2 Dos direitos fundamentais horizontais.....	33
5.2 Dos princípios fundamentais do direito de família.....	34
5.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	35
5.2.2 Princípio da afetividade.....	37
5.2.3 Princípio da liberdade.....	39

5.2.4 Princípio do pluralismo familiar.....	40
5.2.5 Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros.....	40
5.2.6 Princípio da igualdade e isonomia dos filhos.....	41
5.2.7 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente..	42
5.2.8 Princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar.....	44
5.2.9 Princípio da solidariedade familiar.....	45
6 RELACIONAMENTO POLIAFETIVO.....	47
6.1 Da criança gerada em uma relação poliafetiva.....	50
6.1.1 Da abordagem psicológica.....	51
6.1.2 Do reconhecimento civil e fins sucessórios.....	52
7 CONCLUSÃO.....	55
8 REFERÊNCIAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso pretende demonstrar, frente ao princípio da afetividade no direito de família, a realidade das famílias brasileiras que há tempos não se enquadram mais em um ideal de vínculo como no século XIX, frente ao dogma religioso. Os tipos de famílias que antes eram reconhecidos por hierarquia, hoje são em maioria monoparentais, mosaico ou até mesmo anaparentais. Os filhos obtidos fora do casamento, por meio de concubinato, eram tratados como bastardos e não obtinham direitos pelos meios sucessórios, frente ao filho originário do casal do núcleo familiar.

Quebrando essa linha hierárquica onde há preponderância da família biológica à socioafetiva, o presente estudo visa atingir a realidade da família brasileira, admitindo o vínculo afetivo como real e necessário ao âmbito familiar. A existência e reconhecimento de família independente de vínculos biológicos.

Como as relações familiares adotam cada vez mais novos arranjos respaldados na afetividade, não obstante a lei não disciplinar relações poliafetivas, no mundo dos fatos, elas existem e merecem que a doutrina e jurisprudência se debrucem sobre os direitos dela decorrentes, sobretudo, no que tange ao registro de filho, nascido e criado, no contexto poliafetivo. Desta feita, mister se faz buscar respostas para as seguintes indagações: Como se dariam as questões atinentes ao registro civil do menor em paternidade ou maternidade socioafetiva em concomitância com o vínculo biológico? O filho decorrente de família poliafetiva tem recebido o mesmo tratamento, no que tange aos direitos sucessórios conferidos aos filhos advindos das famílias reconhecidas na constituição federal? Seria psicologicamente saudável a criança ser criada e educada em família poliafetiva, com a figura da multiparentalidade?

Tendo em vista que o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 preceitua como objetivos da república: uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a promoção de todos, sem preconceito de origem, raça, cor, idade ou discriminação de qualquer natureza.

Sendo assim, para que aqueles que são criados e educados em ambiente poliafetivo tenham seus direitos assegurados e reconhecidos, faz-se necessário para tanto a comparação com outros tipos familiares, pois, mesmo sendo situações fáticas, ainda sem proteção legal, é a realidade de muitas famílias que anseiam pelo amparo e tipificação legal, mas nada obsta que sejam reconhecidas pelos Tribunais, vez que o ordenamento pátrio se constitui por leis e por princípios, tais como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

2 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO SÉCULO XIX

O conceito de família e a forma que esta se rege sofreram profundas alterações com o decorrer do tempo, tanto no íntimo pessoal dos membros que formam esta relação, quanto pela visão e tutela constitucional do Estado, a partir do Estado Social no século XX.

Como ressalta Paulo Lôbo (2008, p.1.), a função, a natureza e a composição familiar mudaram, havendo proteção estatal como direito público subjetivo, vigente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU, em 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 16.3, onde afirma que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.”

No século passado, tem-se como típico o modelo familiar na estrutura patriarcal, onde o homem organizava, regia e administrava os interesses familiares, sendo sua autoridade determinante perante seus dependentes.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2005, p.15-16), a base da família brasileira sofreu forte influência da família romana, quanto às preocupações de ordem moral; da família canônica, quanto o casamento como um sacramento, não podendo haver dissolução da união realizada por Deus; e da família germânica, como base para diversos regimentos do direito pátrio.

A família brasileira, que era de estrutura patriarcal e predominantemente rural, passou em meados do século XX a residir em cidades, o que diretamente abriu oportunidades para trabalhos externos, dando mais liberdade e independência da mulher, fator determinante para nova formatação familiar.

Dessa forma, leciona Dimas Messias de Carvalho (2017, p. 36), que começou-se a haver uma mudança na estrutura familiar também com o advento da Lei n. 4.121/62, denominada de Estatuto da Mulher Casada, como se verifica, que conferiu às mulheres:

o direito de exercer profissão lucrativa distinta do marido, a função de colaboradora na sociedade conjugal, a administrar livremente o produto de seu trabalho e os bens com ele adquiridos e a ingressar em juízo, sem autorização do cônjuge.

Oportuno ressaltar que antes do Estatuto da Mulher Casada, a mulher não tinha quase que nenhuma atuação nos atos da vida civil, tanto que no art. 242 do Código Civil de 1916 era considerada relativamente incapaz, sendo necessário o consentimento do marido para tal.

A Constituição de 1988, então, acolheu em seu texto três importantes pilares para transformação social da família brasileira, quais sejam: a igualdade entre homens e mulheres, entre os filhos e a pluralidade familiar: a) igualdade em direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal (art. 226, § 5º), reproduzindo o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I); b) igualdade absoluta dos filhos (art. 227, §6º), sem importar a origem e vedando-se qualquer forma de discriminação; c) pluralidade dos modelos de família (art. 226, §§ 1º, 3º e 4º).

Dessa forma, foram reconhecidos a união estável e o casamento civil como modelos familiares a serem tutelados pelo Estado, na Constituição Federal em seu artigo 226, §§ 1º, 3º e 4º:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

Assim, como a restrição de gênero e número, determinando somente o casamento entre homem e mulher ou formação de família monoparental, em seu artigo 226 §5º, que reproduz o artigo 5º, I desta mesma Carta Magna:

Art. 226. [...]

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

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

E a igualdade absoluta dos filhos, conforme o artigo 227 §6º:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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

Oportuno ressaltar que a constante busca do ser humano pela felicidade pessoal, atrelada à ebulição em que o direito de família está suscetível, que atinge a todos de forma direta ou indireta, enseja as diversas modificações das concepções de família, daí a importância de posicionamento jurisprudencial uniformizado e doutrinário acerca da temática, para que haja uma adequação do texto legal à realidade social.

Por diversas vezes, o caso concreto exige um posicionamento ativo do judiciário para remeter às construções doutrinárias e dar juridicidade ao caso, quando não se tem regulamentação específica no Código Civil, como exemplo, o julgamento do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.227 em 5 de maio de 2011, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e conferindo todos os direitos da união estável, suprimindo a omissão da legislação que não regula as relações entre pessoas do mesmo sexo.

Pelo moderno direito de família, a afetividade é o elemento condutor da entidade familiar. É pela plena busca da felicidade e proteção intrafamiliar que seus membros se relacionam, pelas diversas formas de família construídas pela convivência e afeto, sem se ter como de extrema importância o vínculo biológico e o sexo, que antes ditavam as regras e hierarquia entre seus integrantes.

Tendo sido adotados pela Constituição Federal os princípios da liberdade de planejamento familiar e o pluralismo de entidades familiares sem distinção ou hierarquia, o conceito de família adquire um maior alcance. A relação familiar se

constitui, também, pela situação de fato que é construída com base na convivência socioafetiva e querer recíproco de seus membros.

3 CONCEITO MODERNO E FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

Antes, a família era vista como instituição relacionada ao casamento, baseada na família romana onde o pai como chefe da família ditava regras com poderes ilimitados, havia o culto aos antepassados e a filiação era sempre ordenada pela relação biológica independente do afeto entre seus membros. Depois, com influência do Cristianismo, a família passou a ter cunho ideológico com base na sagrada família, porém, ainda continuava hierarquizada, havendo um núcleo religioso, patrimonial e político, como exemplo a família colonial que perdurou até o século XIX. A partir deste século, houve imposição de regras pelo Estado a interferir na família, aceitando o modelo constituído apenas pelo casamento. Hoje, a proteção e assistência são voltadas para cada membro que a integra, conforme o artigo. 226, § 8º da Constituição Federal: O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Como afirma Conrado Paulino da Rosa (2013, p. 22, 48 e 109), a família atual deixa de ter como elemento agregador só o meio jurídico, a comunhão de afetos adota maior postura perante essa relação. Em razão da construção da afetividade na convivência, o ambiente de solidariedade e responsabilidade intrafamiliar, com a realização individual e desenvolvimento de cada membro, isto se torna um fato cultural.

O conjunto familiar, então, não é um grupo natural determinado como o homem, a mulher e a prole, mas sim, para psicanálise, um grupo cultural, onde cada membro desempenha uma função, como a de pai, de mãe e de filhos. Já para a sociologia, desempenham critérios funcionais, sendo a família tanto um grupo natural quanto cultural (LIMA, 2013, p. 56).

São diversas as espécies familiares: Podem se caracterizar por vínculos biológicos ou socioafetivos, com casamento ou união de fato, natural ou substituta, unilinear ou pluralista. As espécies de vínculo são: natural, quando consanguíneo ou biológico, e afetivo ou civil, quando por outra origem, como exemplos por meio da adoção, pela reprodução assistida, pela posse do estado de filho e até mesmo da

chamada adoção à brasileira, que consiste no registro de filho de outra pessoa como se seu filho fosse.

A partir da Constituição Federal de 1988, o conceito e finalidade social da família sofreram severas modificações. O Código Civil de 1916 reconhecia apenas a família legítima aquela oriunda do casamento, com vínculo indissolúvel e com extrema influência religiosa, sendo vedado o reconhecimento de filhos que fossem nascidos fora desta relação.

Leonardo Barreto Moreira Alves (2007, p. 131-153), ensina que a felicidade e dignidade dos membros que constituem a família, na vigência do Código Civil de 1916, eram prioridade secundária. O cunho econômico e a manutenção da entidade familiar, com a paz e coesão formal da família, com fim em si mesmo, era o modelo tido como único e correto, ainda que custasse o sacrifício pessoal de seus membros. Sacrifício esse, especialmente da mulher que era inferiorizada em seus direitos, prevalecendo a vontade patriarcal.

Além do artigo citado acerca do princípio do pluralismo familiar, art. 226, §§ 3º e 4º que além do casamento reconhece a união estável e a família monoparental; e o artigo acerca dos princípios da igualdade jurídica dos cônjuges, companheiros e filhos, art. 225 § 5º, e 227, §6º; cabe ressaltar o artigo 1º, III desta mesma Constituição Federal que trata acerca de um dos princípios fundamentais da nação, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com ele, a família passa a ser reconhecida como uma comunidade de afeto, de ajuda mútua e realização da dignidade como ser humano. O conceito de entidade familiar perpassa as previsões constitucionais de casamento, união estável e monoparental, para reconhecer como família todo e qualquer grupo que, munido de afeto e interesse em integrarem e comporem uma família, assim se torna uma.

Vale ressaltar, também, a Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, que pretende prevenir a violência doméstica contra a mulher no meio familiar. Em seu texto, especificamente no art. 5º, II, é demonstrado como seu teor é balizado principalmente pelo princípio da afetividade: “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

Dessa forma, basta apenas o reconhecimento dos membros de um grupo, por afinidade ou vontade expressa, para serem considerados aparentados, independente de vínculos naturais.

A Lei Maria da Penha deixa claro que a entidade familiar também se estendeu para uniões homoafetivas, como acrescenta no parágrafo único de seu art. 5º: “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. Fique claro, mesmo que a citada lei pretenda coibir a violência doméstica sofrida pela mulher, que sua abrangência atinja também as uniões homoafetivas, pelo princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, Constituição Federal).

Hodiernamente, muitos doutrinadores comungam da ideia que a família moderna é uma comunidade vinculada pelo afeto, segundo Dimas Messias de Carvalho, como se verifica, *in verbis*: “Conclui-se, portanto, que o conceito moderno de família é a comunidade formada pelo afeto de seus membros, parentes ou não, que reciprocamente se enxergam e se consideram como entes familiares, independentemente da opção sexual.” (CARVALHO, 2017, p. 47).

Prossegue o autor:

As transformações e mudanças no direito de família, especialmente no século XX, foram significativas, como nunca antes visto. A Sociedade patriarcal e rural do início do século, fortemente influenciada pela religião – leia-se Igreja Católica -, e que reconhecia como família apenas a constituída juridicamente pelo casamento, desagasalhava do manto da lei os demais arranjos familiares. Esse conceito cedeu lugar a uma sociedade urbana e industrializada, com igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, proteção e igualdade dos filhos de qualquer origem, pluralidade de constituição de família e valorização da dignidade do ser humano (CARVALHO, 2017, p. 47).

Foi de grande importância a forma que o princípio da dignidade da pessoa humana interferiu nas relações familiares. Verificou-se o fenômeno da despatrimonialização, havendo uma repersonalização das relações familiares, valorizando aspectos existenciais e garantindo direitos da personalidade de cada indivíduo membro da relação familiar.

Foi substituída a relação patrimonial entre os cônjuges, como ocorria anteriormente. O afeto criou a relação de cuidado físico, afetivo e moral entre os membros da família, o que reflete em toda sociedade, cumprindo uma função social. Valores como a paternidade responsável, a exigência *affectio maritalis*, o

reconhecimento da paternidade socioafetiva, a proteção integral da criança e do adolescente e a isonomia dos filhos, são características da família contemporânea, baseada pela relação afetiva (GAMA; GUERRA, 2007, p. 157-160).

São com os princípios materializados, que o direito indica uma finalidade a ser alcançada. Porém, não é necessário a menção de fato pelo texto legal para que exista a função social. O direito é um produto cultural derivado das vontades de determinada sociedade, o que caracteriza o instituto a ser criado e seu objetivo a ser cumprido. Com o direito de família, é ressaltada a função social da família,

além da promoção da dignidade da pessoa humana, a igualdade dos cônjuges, a paternidade responsável, a solidariedade entre os membros, a pluralidade das entidades familiares, a tutela especial à família, o dever de convivência, a proteção integral de menores e idosos, a isonomia dos filhos (GAMA; GUERRA, 2007. p. 162-164).

As funções anteriormente exercidas pela família perderam o significado e a importância, sendo que as funções religiosas, políticas, econômicas e de procriação, hoje se encontram, como exemplo, destas duas últimas, respectivamente, amparada pela previdência social e a outra como opção de grande número de casais que decidiram por não terem, pelo menos por enquanto, a intenção de se reproduzirem.

Vale ressaltar também, a importância da resolução de problemas familiares, antes mesmo de desaguarem no judiciário. Como exemplo, na comarca de Alfenas/MG, onde o Juiz da Vara de Família e Sucessões, Nicolau Lupianhes Neto, criou o Grupo de Apoio à Família, dividido em quatro núcleos: núcleo das mulheres em risco, núcleo de homens em situação de risco, núcleo de crianças e adolescentes, núcleo de idosos. O magistrado afirmou que há necessidade de amparo aos núcleos familiares, antes mesmo de intervenção judicial.

Para o magistrado, a família não demonstra mais a formatação do modelo clássico, mas pelo modelo moderno, que se caracteriza principalmente pelos laços entre seus membros, com núcleo principal baseado na afetividade, havendo menor número de pessoas optando pelos tradicionais arranjos familiares. Dessa forma, comungam os modelos como a famílias mononucleares, plurinucleares e, até mesmo, as constituídas entre amigos que dividem o mesmo ambiente e sincronizam relações de afeto (NETO, 2008, p.1).

É chamada de família eudemonista aquela que atua perante um papel funcionalizado, deixando as características dos outros modelos de se portar como família/instituição para garantir sua própria entidade, e passa a ser uma família/instrumento do desenvolvimento da pessoa humana, com proteção da realização da pessoa e desenvolvimento de sua personalidade. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a atual família é pluralizada, democrática, igualitária substancialmente, hetero ou homoparental, biológica ou por origem socioafetiva, visando à proteção e realização de seus membros (FARIAS, 2013, p. 47-49.).

4 MODELOS DE FAMÍLIA

A atual Constituição Federal exemplifica três modelos de família, a matrimonial, a informal (união estável) e a monoparental, porém, é suprimida a cláusula de exclusão das constituições anteriores, reconhecendo outros tipos familiares, não somente aqueles constituídos pelo casamento, como as famílias homoafetivas, parental ou anaparental, pluriparental ou recompostas, paralela ou eudemonista.

Os tipos de modelos de família previstos Constitucionalmente são meramente exemplificativos por serem tratados como mais comuns, havendo referência expressa, no entanto, existem outros modelos implícitos no *caput* do art. 226, como afirma Conrado Paulino da Rosa.

Para que seja configurado um agrupamento familiar, são necessários os requisitos: a afetividade, como elemento propulsor da relação familiar; a estabilidade, para formação do núcleo familiar, que diverge dos relacionamentos casuais e sem comprometimento; a ostensibilidade, que demonstra a relação familiar de modo público, sem clandestinidade; a vontade, fundamental para constituição familiar (ROSA, 2013, p. 102-108).

Corroborando tal entendimento, oportuno ressaltar, que em razão da proteção ao bem de família (Lei n. 8.009/90), o conceito de família tem se expandido para até quando a pessoa vive sozinha, conhecida como família unipessoal, como reforçado pela Súmula 364 do STJ, ao dispor que “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. Sendo assim, com a diversidade de formações familiares, as espécies de famílias não podem se restringir a um rol taxativo.

Desta feita, tratar-se-á a seguir dos modelos de família presentes na sociedade brasileira:

4.1 Família matrimonial

É aquela união legal, com intervenção do Estado, formada com baseamento no casamento civil pelos cônjuges, independente de prole natural ou socioafetiva, comungando da igualdade de direitos e deveres tanto pelo homem, quanto pela mulher, como trata o art. 226, § 5º da Constituição Federal.

Pelo art. 1.514 do Código Civil, o casamento se concretiza no instante em que, perante a autoridade matrimonial, o homem e a mulher manifestam o desejo de se casarem, havendo homologação do celebrante, esta manifestação é precedida de habilitação. Seguem os arts. 1.535 e 1.565 sobre a relação marido e esposa ao tratar do casamento.

Oportuno ressaltar-se que, ainda que em 2011 o Supremo Tribunal Federal tenha afirmado possibilidade de uniões estáveis homoafetivas durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, a decisão do STF dava margem a interpretações diversas, sendo assim, os cartórios não se sentiam obrigados. Foi autorizado, então, o procedimento de habilitação e conversão da união de pessoas do mesmo sexo em casamento civil, como apontam as decisões, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.183.378/RS, firmado pela Resolução CNJ n. 175, de 15 de maio de 2013, quando a norma veio a determinar e o casamento independentemente do entendimento pessoal do notário ou do registrador. Até 2013, quando ainda não havia essa determinação expressa, muitos estados não confirmavam sequer uniões estáveis homoafetivas.

Dessa forma, casamento é o modelo mais tradicional de constituição de família e com maior proteção, em razão de sua constituição formal. É permitida prova pré-constituída e há presunção de paternidade daqueles filhos havidos na constância do casamento. Também, a conversão de união estável em matrimônio civil detém grande atenção da legislação, sendo extremamente detalhado no Código Civil (CARVALHO, 2017, p. 52-53).

4.2 Família convivencial (união estável)

A família convivencial é constituída pela união informal pública, duradoura e contínua, fora do casamento, entre o homem e a mulher, e não havia previsão legal até a Constituição Federal de 1988.

A união estável era denominada de concubinato, diferenciando-se entre concubinato puro, quando as partes não possuíam nenhum tipo de matrimônio, e concubinato impuro, quando algum dos conviventes possuía vínculo matrimonial. Hoje, a união estável configura-se como a união de homem e mulher, sem impedimentos a constituírem matrimônio, e, se uma das partes for casada, que esteja separada de fato ou juridicamente. Dessa forma, se existem impedimento para constituição do casamento, constitui-se em concubinato, não havendo proteção dos direitos conferidos à união estável, sendo tal relação também denominada como família paralela.

Com decisão unânime, o julgamento no Supremo Tribunal Federal da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o art. 1.723 do Código Civil, que trata da união estável heteroafetiva, concedeu a mesma aplicação legal para pessoas do mesmo sexo.

4.3 Família homoafetiva

Constituída por pessoas do mesmo sexo, é aquela família com fundamento direto na afetividade de seus membros e, com proteção legal, possuem os mesmos direitos deveres da união estável heteroafetiva. Ainda que não exista previsão na Constituição Federal, merece o *status* de família e a devida proteção Estatal.

Seguindo a linha constitucional foi reconhecida, expressamente, pela Lei Maria da Penha a proteção contra a violência doméstica independente da orientação sexual, no art. 5º, parágrafo único.

O julgamento da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ pelo Superior Tribunal Federal, decidiu de forma unânime a interpretação do art. 1.723 do Código Civil,

conforme a Constituição Federal, excluindo-se o significado que impeça a união de pessoas do mesmo sexo, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. O artigo que reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, passou também a ser interpretado e aplicado às relações constituídas por pessoas do mesmo sexo.

A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, iniciou-se grande discussão sobre o reconhecimento do casamento homoafetivo, direto ou por conversão da união estável. Diversos casais homoafetivos pretenderam que fosse feita a aplicação do citado artigo, juntamente com o art. 1726, que autoriza a conversão da união estável em casamento, bem como a habilitação para o casamento nos cartórios de registro civil de pessoa natural.

Foi com o REsp 1.183.378/RS, julgado em 25 de outubro de 2011 pelo Superior Tribunal Justiça, que foi autorizada a habilitação para o casamento de duas mulheres gaúchas. Depois de negado o requerimento no cartório, depois no Judiciário, em 1º e 2º graus, foi dado provimento pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, com 4 votos a favor e 1 contra, com fundamento nos art. 1.514, 1.535 e 1.565 do Código Civil.

Após decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, juízes de diversas comarcas do país autorizaram a conversão da união homoafetiva em casamento e a habilitação para casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo o primeiro casamento homoafetivo do país celebrado, em 28 de junho de 2011, em Jacareí/SP.

Foram reconhecidas por diversas Corregedorias de Justiça de vários Estados o casamento civil de pessoas do mesmo sexo. O primeiro Estado a reconhecer e regulamentar mediante habilitação o casamento civil homoafetivo foi o Estado de Alagoas (Prov. n. 4, de 6 de dezembro de 2011), e o Conselho Nacional de Justiça, no dia 14 de maio de 2013, aprovou por maioria a Resolução n. 175, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Publicada no dia seguinte, a Resolução CNJ n. 175 afirma em seu art. 1º, que fica proibido a recusa pelas autoridades a habilitação, conversão ou celebração para o casamento de pessoas

do mesmo sexo. Em seu art. 2º, há o alerta que a recusa importará em comunicação imediata ao respectivo juiz corregedor, para que sejam aplicadas as devidas sanções por descumprimento da resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Com tais decisões judiciais autorizando o casamento civil de pessoas do mesmo sexo, foi fomentado o debate jurídico. Houve polaridade se estaria o Judiciário expandindo o sentido expresso constitucionalmente, exorbitando sua competência, ou se estariam apenas exercendo seu poder/dever de interpretação do texto legal, ao aplicar o direito ao caso concreto, fato este que não se esgota na palavra literal da lei. Assim como foi também questionado se o Conselho Nacional de Justiça teria competência para expedir resolução regulamentando o casamento civil de pessoas do mesmo sexo, pois não houve pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ.

Dessa forma, a princípio, não cabe às Corregedorias de Justiça Estaduais e ao CNJ regulamentarem procedimento que contrarie o Código Civil sem haver pronunciamento do Supremo Tribunal Federal reconhecendo inconstitucionais os dispositivos que exigem a diversidade de sexos para o casamento, ou aprovação do Congresso Nacional de lei que exclua esta exigência, porém, diante da inércia e omissão do Congresso Nacional acerca da temática, sendo o parlamento o foro adequado para fomentar a discussão, se argumenta se os provimentos de corregedorias de justiça e resolução do CNJ seriam a forma adequada de se introduzir o casamento de pessoas do mesmo sexo no ordenamento jurídico.

Sendo assim, não poderia o Judiciário desconhecer os direitos fundamentais de parcela da população, em razão da inércia do legislativo em se manifestar sobre o casamento civil, cabendo à Corte Constitucional reconhecê-los e julgar a ADI 4.966.

4.4 Família natural, extensa ou ampliada e família substituta

São modelos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Família natural, definida no art. 25 da Lei n. 8.069/90, como aquela formada pelos pais, por algum deles e seus descendentes.

Família extensa ou ampliada, definida no art. 25, parágrafo único, da Lei n. 8.069/90, como aquela formada além dos pais e filhos, os parentes próximos conviventes e que alimentam vínculo de afetividade e afinidade.

Família substituta, definida no art. 28 da Lei n. 8.069/90, é aquela que se configura pela guarda, tutela e adoção, que independentemente da situação jurídica acolhe o menor. Sendo assim, pela adoção com trânsito em julgado, o menor passa totalmente a integrar a família adotiva, perdendo o vínculo com a biológica.

4.5 Família adotiva

É aquela constituída pela adoção, determinada por sentença judicial, e é regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ocorre quando uma pessoa é acolhida, como filho, por outra ou por casal.

A filiação adotiva detém os mesmos direitos e qualificações que a filiação biológica, sem qualquer tipo de discriminação, havendo desvinculo do adotado de sua família natural.

4.6 Família anaparental

Conhecida como anaparental ou família de parentes, é a entidade onde convivem parentes sem diversidade de gerações, sem verticalidade dos vínculos parentais, ocorre sem a chefia de pai ou mãe no ambiente familiar, podendo ser determinada por grupo de irmãos, primos ou até mesmo tios com sobrinhos.

Como exemplo, formada por duas irmãs, sem a presença de pais. Assim, apesar de não haver direito sucessório decorrente de família anaparental, poderá haver herança derivada das regras de direito sucessório. Caso uma delas venha a falecer, a outra pode recolher herança como herdeira de terceiro grau na ordem da vocação hereditária, não havendo parente de grau mais próximo que a exclua. Sendo assim, caso adquiram algum patrimônio de esforço comum, deve ser reconhecida como uma sociedade de fato.

Pode até mesmo ser constituída entre pessoas sem nenhum vínculo parental, havendo estruturação e similaridade de propósitos (CARVALHO, 2013, p. 40).

4.7 Família pluriparental ou mosaico

Conhecida também como família recomposta, reconstituída, reconfigurada ou sequencial.

Trata-se de um complexo familiar, que fora reconstituída e recomposta, no qual, ambos ou somente um dos parceiros possui filhos de uniões anteriores, resultando em uma pluralidade de relações parentais, com multiplicidade de vínculos, ambiguidade dos compromissos e interdependência.

São trazidos para a nova família os filhos de relações que tiveram anteriormente, juntando aos filhos comuns do novo casal, que, ainda que não exista parentesco biológico entre alguns dos membros, é inquestionável o surgimento dos vínculos de afetividade e solidariedade entre os indivíduos deste arranjo familiar.

4.8 Família eudemonista

É o mais inovador conceito de família. A família identifica reciprocamente seu envolvimento afetivo, buscando a felicidade individual e emancipação de seus membros.

Eudemonista é a doutrina que enfatiza o sentido de busca do indivíduo pela plena felicidade, seja esta coletiva ou individual. É fundamento de conduta humana moral, propiciando as boas condutas que levam o indivíduo à felicidade.

É cada vez mais reconhecido o afeto como único modo eficaz de definição de família, e não a vontade. Dessa forma, é no âmbito familiar que as relações afetivas se estruturam, ressaltando a personalidade de cada membro integrante da família.

Há o envolvimento dos membros na busca da realização pessoal, ainda que consistidos em família, ocorre o deslocamento da proteção jurídica da instituição familiar para o sujeito, indivíduo, como afirma a Constituição Federal em seu art. 226, § 8º, o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um de seus membros”.

Não se tem mais a visão de família como instituição de produção econômica e reprodução, não se protege a família por si própria, mas sim uma instituição tutelada pelo Estado para fomentar o desenvolvimento da pessoa humana, para realização da personalidade de cada um de seus membros, tendendo à felicidade individual de cada um de seus membros na convivência familiar (CARVALHO, 2013, p. 49).

5 PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Foi longa a jornada do histórico das relações familiares, com a quebra de diversos preconceitos e paradigmas, até que se alcançasse a igualdade entre os membros da entidade familiar e a necessidade de proteção da dignidade de cada um de seus membros, prezando pela realização pessoal das expectativas individuais.

Pelo legado do Positivismo, o Direito não pôde prever e regular todos os fatos existenciais e experiências da relação inter-familiar, com as experiências da conduta humana em seus valores, hábitos e costumes. Mas sim, a necessidade de um Direito mais humanizado, que reconhecesse a pessoa humana como base da norma jurídica, considerando a vontade individual dos seres e assim o respeitando. Tal conquista só se deu através de diversas lutas políticas e ideais de liberdade de igualdade.

Pelo Direito, foi instaurada uma discussão principiológica, traçando as regras e preceitos através dos princípios, fundamentando-se através da estruturação do ordenamento jurídico, com cerne na constitucionalização do direito civil.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, tais princípios traduzem o ato de vontade e o espírito da norma, permitindo, assim, a proteção e preservação na plenitude dos direitos humanos, ligados ao direito de família e à dignidade da pessoa humana (PEREIRA, 2012, p. 48 e 120).

Vale ressaltar que com a diversidade de discursos teóricos, metodológicos, filosóficos e sociológicos acerca da experiência jurídica, tem-se a possibilidade de multi-perspectivas da concepção do Direito. Sendo assim, a realização prática da decisão jurídica pode ter baseamento por diversos meios metodológicos.

Só será legítima ou justa a decisão jurídica que conseguir na prática estabelecer a mediação entre a autonomia do Direito e as exigências do mundo prático, como diz Rafael Lazzarotto:

[...] A sabedoria está em entender que esse duplo compromisso com as convenções jurídicas e com as razões do mundo prático não é contraditório: trata-se, na realidade, de um único e mesmo compromisso com a atitude

interpretativa do Direito adequada à problemática jurídica e prática implicada ao caso concreto (SIMONI, 2012, p. 140-161).

Necessário, assim, se fazer uma análise dos direitos fundamentais e princípios constitucionais que regem o direito de família, sendo fonte principal desta norma, ao proceder regras e diretrizes ao sistema jurídico-familiar.

5.1 Dos direitos fundamentais

Para Renato Maia, os direitos são vantagens previstas na Constituição Federal, da mesma forma que, baseando-se neles, as garantias constitucionais são os instrumentos pelos quais são assegurados seu pleno exercício e/ou reparação daqueles direitos violados (MAIA, 2008, p. 108).

Ao se ter alicerce na Constituição Federal de 1988, quando se trata das relações humanas e dos valores fundamentais da pessoa humana, tendo em vista a proteção da família como base fundamental da sociedade, o direito de família encontrou tratamento privilegiado. O princípio fundamental da dignidade humana, da igualdade e da liberdade se vincula ao grupo familiar, em se tratando de planejamento da família e respeito aos membros que a constituem e seus valores individuais, tendo-se assistência a cada um deles, conforme o disposto no art. 226 e §§ 7º e 8º:

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

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

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

A aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, conforme art. 5º. § 1º, da CF, tendo eficácia instantânea para garantia de plena proteção e efetividade aos membros do conjunto familiar, são necessários por agirem sem dependência de outra norma regulamentadora, conforme leciona Rolf Madaleno:

[...] no direito de família é de substância importância a efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e da solidariedade, considerando que a família contemporânea é constituída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um de seus componentes, não podendo ser concebida qualquer restrição ou vacilo a este espaço constitucional da realização do homem em sua relação sociofamiliar (MADALENO, 2011, p. 19).

Para Maria Berenice Dias, “é no direito das famílias em que mais se sente reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes”.

A autora afirma que a dignidade da pessoa humana é fator nuclear da ordem constitucional, sendo assim, o mais universal dos princípios que reverberam pelos outros princípios éticos, como os direitos humanos intrínsecos ao direito das famílias (DIAS, 2016, p. 57-60).

Nos direitos fundamentais é possível encontrar a base para que seja juridicamente protegida a ideia de dignidade da unidade da pessoa humana, ou seja, a tutela do homem como fim em si mesmo, além das situações existenciais inerentes ao ser. No raio de ação desta sistemática, encontra-se a família, como pilar para que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana sejam devidamente concretizados.

5.1.1 Dos direitos fundamentais verticais

Os direitos fundamentais estatais foram criados para que haja uma proteção do homem em relação aos abusos do poder estatal, garantindo, assim, que exista respeito a suas condições de ser humano, constituindo-se em um indivíduo de direitos e deveres.

Dessa forma, com tais limitações ao poder de atuação do Estado, sendo devidamente protegido o homem, é garantido que em um primeiro momento este efetue seus direitos à liberdade, os direitos políticos em um segundo momento, exemplificado pela participação como membro no exercício do poder político, e em um terceiro momento, a proclamação dos direitos sociais, apresentando e expressando as exigências de novos valores (AMIN, 2010, p. 31).

Seriam, então, os direitos fundamentais aqueles que criam e prezam por manter os pressupostos necessários a uma vida na liberdade e na dignidade humana. Existindo tais garantias e devidamente especificadas no instrumento constitucional, é recebido pela constituição com um grau elevado de pressupostos para que se mantenha a segurança ao ser individual e seus agrupamentos.

Vale ressaltar que, conforme a expressão direitos humanos tenha significado e conceito em sentido mais amplo e difuso, a expressão direitos fundamentais possui maior precisão e de forma restrita constitui o conjunto dos direitos e liberdades que são reconhecidos e garantidos pelo direito positivo do Estado.

Sendo assim, ainda em paralelo explicativo acerca da terminologia da expressão, seja observada a distinção entre direitos do homem, vistos como aqueles direitos naturais, não ainda necessariamente positivados, direitos humanos, como aqueles positivados na esfera do direito internacional, e os direitos fundamentais, que são outorgados e protegidos pelo Estado e seus direitos constitucionais internos.

Com o passar dos tempos, as necessidades dos momentos históricos aumentam gradativamente a diversidade dos direitos fundamentais, que não existem de forma homogênea, e com suas atenuantes distinções de características, passam a ter dificuldade de uma noção que alcance todos eles, da mesma forma que a positivação dos direitos humanos não se coincide em todos ordenamentos jurídicos. Porém, apesar disso, os direitos fundamentais comportam um ponto convergente entre eles, que seja na dignidade da pessoa humana, pois, apesar de que perante a legislação não tenha exposto fundamento neste princípio, há ali sua projeção para que os direitos fundamentais adquiram existência e inteligência na teoria e na prática. Dessa forma, os direitos fundamentais são essenciais para que se tenha efetividade à dignidade do ser humano.

Para Fernanda de Melo Meira, os direitos fundamentais, com sua aplicabilidade imediata pela Constituição de 1988, são divididos em três dimensões, quais sejam, os de primeira dimensão, que são aqueles que o indivíduo resiste ou se opõe ao Estado, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade formal, assim como os direitos políticos e as garantias processuais, ordenados

especialmente pelo art. 5º. São os de segunda dimensão os direitos sociais, os direitos de participação no bem-estar social, como a assistência social, saúde, educação, trabalho e liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, direito de greve, direitos fundamentais dos trabalhadores, etc, conforme o art. 7º. Por fim, os de terceira dimensão são aqueles tratados como direitos difusos e coletivos, como aqueles destinados à proteção de grupos humanos, exemplificado pelos direitos de solidariedade, à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado e saudável e à qualidade de vida (MEIRA, 2010, p. 227-228).

É necessário haver o entendimento do momento histórico em que os direitos fundamentais surgiram e foram positivados. As gerações não se sucedem, substituindo os direitos que antes haviam sido previstos pelos novos que surgiram no ordenamento, mas sim, se complementam, adaptando os novos direitos à realidade do momento histórico. Por exemplo, os direitos de liberdade de primeira geração ainda existem em conjunto aos novos direitos fundamentais, sendo aperfeiçoado para deter maior força de alcance.

Pode ser vista a forma harmônica que a Constituição Federal de 1988, em seu título II, integra as categorias dos direitos fundamentais, desde os direitos individuais até os coletivos e sociais, não havendo contraposição entre eles. Podem ser classificados como direitos individuais, pelo art. 5º; direitos à nacionalidade, pelo art. 12; direitos políticos, pelos arts. 14 a 17; direitos sociais, pelos arts. 6º e 193 e parágrafos; direitos coletivos, também pelo art. 5º; e direitos solidários pelos arts. 3º e 255.

O art. 5º, §1º da CF, expressa as normas definidoras dos direitos e garantias como fundamentais, por possuírem aplicação em imediato. Já no § 2º deste mesmo artigo, que os direitos fundamentais expressos na norma constitucional não são causa para exclusão de outros decorrentes dos princípios que ela mesmo adota, ou previstos nos tratados internacionais.

5.1.2 Dos direitos fundamentais horizontais

Sendo os direitos fundamentais de eficácia vertical aqueles que se aplicam em face do Estado, para que se confirmem garantias ao homem, com predominante incidência do direito público, não se venda, entretanto, a aplicação imediata e direta nas relações privadas, principalmente nas relações familiares.

Nas relações de família, sua aplicação é realizada por cada componente membro do núcleo familiar, principalmente em face do direito civil, que aproxima o direito público ao privado, favorecendo a tutela da dignidade da pessoa humana pelo Estado. A eficácia dos direitos fundamentais de caráter horizontal, ou de eficácia privada, surge pela direta oposição à vertical, para que seja exercida sua aplicação aos particulares de forma direta e imediata sem haver a previsão pelo legislativo.

Sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, Jane Reis Gonçalves Pereira confirma:

Tendo os direitos fundamentais sido concebidos e afirmados para tutelar a dignidade e autonomia humana em suas diversas dimensões, não há como defender, no ponto de vista lógico, que estes são aplicáveis apenas em relação às violações operadas pelo poder público (BARROSO, 2006, p. 149).

Pela doutrina, a distinção dos direitos fundamentais de eficácia vertical aos de eficácia horizontal se dá por aqueles terem surgido pela legislação ordinária, para que haja efetiva proteção do indivíduo contra a intromissão ou imposição estatal, ou seja, as relações do particular com o poder público, restringindo o poder do Estado. Já os direitos de eficácia horizontal incidem especificamente nas interações privadas, regulando, assim, e protegendo os seus direitos invioláveis.

Vale ressaltar a diferença da incidência dos direitos fundamentais na relação entre os particulares e em face ao Estado, pelos particulares serem destinatários da aplicação e, simultaneamente, titulares dos outros direitos fundamentais.

Quando na eficácia horizontal, os direitos fundamentais certamente gerarão colisão de interesses, devendo ser atribuída a esses, a luz da razoabilidade e harmonização. Exemplificando, a autonomia da vontade de um pai de criação em

não ter interesse no reconhecimento da paternidade do filho, em oposição ao direito deste filho à isonomia na filiação perante o reconhecimento legal e jurídico. Sendo assim, é no caso concreto que serão analisados os direitos fundamentais em conflito, e a solução procurando prevalecer aquele direito fundamental em detrimento do menor sacrifício do outro direito fundamental, procurando tal feito à adequação, proporcionalidade e razoabilidade.

Existente tal antagonismo de interesses dos membros do núcleo familiar, ou até mesmo de direitos fundamentais, sendo dificultosa sua prática simultânea sem que um interfira diretamente na efetividade do outro, que, então, se prevaleçam os interesses da personalidade, em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção familiar na pessoa de cada indivíduo membro (art. 226, § 8º da CF).

Vale ressaltar que não existe conflito de direitos fundamentais entre interesses personalíssimos, como a necessidade do filho ao reconhecimento da paternidade jurídica, biológica e socioafetiva ou a liberdade do pai em não querer o reconhecimento e firmar tal vínculo. É exercido pela tutela do direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, o reconhecimento do estado de filiação, aplicada de forma direta e imediata, como um dos direitos fundamentais de eficácia horizontal.

5.2 Dos princípios fundamentais do direito de família

Pela concepção positivista, a ideia de que a lei teria, por si só, capacidade de prever todas as situações, tal entendimento não se sustenta devido a enorme complexidade das sociedades contemporâneas. Para efetiva solução das demandas, é necessário que o sistema não apenas formule resultado conforme a letra da lei, mas sim, que a interprete à luz de princípios jurídicos, a jurisprudência e a doutrina. Sendo assim, o que antes era apego pela literalidade da legislação, hoje necessita da decisão de acordo com o sistema jurídico, devidamente embasado por princípios gerais, havendo harmonioso conjunto de regras, podendo até mesmo, de acordo com caso concreto, afastar a referida decisão da literalidade do dispositivo legal.

A Constituição Federal de 1988 apresenta um sistema aberto de regras e princípios. Com isso, nosso sistema jurídico não deve ter baseamento tão somente no direito positivo ou somente em princípios. Se o sistema se der constituído exclusivamente por regras, apesar de oferecer uma maior segurança jurídica, a liberdade para complementação e desenvolvimento seria drasticamente prejudicada. Porém, se sua base for construída exclusivamente por princípios, o conflito destes em coexistência acarretará um modelo falho e incapaz de amenizar a complexidade do próprio sistema (CARVALHO, 2012, p. 573.)

Atualmente, o direito engloba a pessoa real e as situações jurídicas que ali se estabelecem, e isso se dá por conta de o ordenamento jurídico alimentar o ideal de justiça com bases principiológicas. Sendo assim, o alicerce para traçar regras para a operação jurídica encontra sustentação em determinados princípios.

Tais princípios do direito de família não são taxativos, levando em consideração que vários deles podem se desmembrar de outros princípios gerais. Porém, no entanto, alguns deles assumem postura de relevância, e são considerados pelos estudiosos em quase unanimidade. Como exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade, o princípio da liberdade, o princípio do pluralismo familiar, o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, o princípio da igualdade e isonomia dos filhos, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o princípio da paternidade/maternidade responsável e o princípio da solidariedade, detalhados a seguir: (CARVALHO, 2017, p. 86-87).

5.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Com o princípio da dignidade da pessoa humana, mudaram-se os parâmetros hermenêuticos que guiavam o interprete legislativo, pois, o novo ordenamento constitucional veio a prestigiar com especial atenção as questões e situações existenciais, com fito de tutelar o homem e prezar pela pessoa, pelo ser. Valorizando a proteção à pessoa humana e conferindo valores sociais dominantes como fundamentais, foi exigida a aplicação dos princípios ao caso concreto para que se

obtenha a dignidade humana nas relações jurídicas, não sendo, no entanto, tão somente vinculadas às concepções positivistas. Dessa forma, não mais se é adequado aplicar um conjunto de regras em neutralidade, com concepções de mera formalidade, sendo, então, necessária a construção do direito em harmonia à realidade, com suporte pelo direito principiológico.

Para Rodrigo Cunha Pereira, a dignidade é um macroprincípio que irradia em outros princípios essenciais, como exemplo a igualdade e a alteridade. A Constituição Federal em seu art. 1º, III, não especifica e define a dignidade da pessoa humana, mas a traz de forma a ser preservada pelo Estado. Afirma, ainda, que a origem da dignidade humana deu-se por Immanuel Kant, ao dizer que o homem não deve ser transformado em instrumento para ação de terceiro, que é um ser dotado de consciência moral, ao qual não se coloca em simples especulação material. A diferença vital do homem à coisa, é que este é acrescido de dignidade, diferente das coisas, que são consideradas pelo preço (KANT, 1980, p. 139-140 *apud* PEREIRA, 2016, p. 114-117).

É recente no mundo jurídico a expressão dignidade da pessoa humana, apesar de prevista na Constituição Italiana em 1947, em seu art. 3º, seu marco inaugural está na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. A Constituição da Alemanha reforça em seu art. 1.1 que “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público.” Com isso, a dignidade se tornou indissociável às constituições democráticas, por adotarem a expressão e elevarem o homem a um patamar de fim, e não simplesmente o meio.

Dessa forma, o direito de família se torna intrinsecamente ligado aos direitos humanos e à dignidade, resultando na validação jurídica da igualdade do homem e da mulher, de outros modelos e constituição de família, e na igualdade dos filhos independente de sua origem (PEREIRA, 2016, p. 119-120).

5.2.2 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade encontra-se implícito no texto constitucional como elemento que confere comunhão de vidas e estabilidade nas relações afetivo-familiares.

O que antes foi historicamente marcado pela família como forma de instituição religiosa, econômica, política e reprodutiva, com estrutura patriarcal, tomando o homem à postura de chefe familiar, hoje cede espaço à valoração da afetividade.

As situações existenciais afetivas não eram tratadas pela legislação, surgindo assim, a necessidade para que fossem reconhecidas as ligações afetivo-familiares, já que os simples elos matrimoniais, biológicos e registrais não atendiam a tais demandas. Com isso, os juristas atuaram sobre a necessidade de tal valoração da afetividade, e com a Constituição Federal de 1988, as transformações sociais extinguiram o modelo patriarcal de família, conferindo iguais direitos ao homem e à mulher, igualando os filhos e reconhecendo outras formas de famílias.

As antigas funções familiares passaram a desempenhar papel secundário, como a sustentação por razões econômicas, e houve preponderância das motivações afetivas e solidariedade mútua, como a Constituição Federal demonstra ao priorizar a assistência a cada indivíduo da entidade familiar, como ser único, e não a entidade familiar por si só. Com isso, só faz sentido a família ao promover a dignidade de seus membros, estruturada principalmente por elos criados de forma afetiva. Conclui-se, assim, que o afeto é elemento essencial de qualquer núcleo familiar a ser valorado pelo direito, em se tratando de uma família de fato (CALDERÓN, 2017, p. 2-3).

Apesar de a Constituição Federal não adotar a palavra afeto em seu texto, pode-se encontrar o princípio da afetividade com embasamento para proteção da familiar eudemonista e igualitária. Com isso, vale ressaltar que o afeto não é fruto da relação biológica, sanguínea, mas os laços afetivos e de solidariedade nascem conforme a convivência familiar se desenvolve.

Pode-se observar o princípio da afetividade implícito na Constituição ao se tratar da igualdade dos filhos independentemente da origem, em seu art. 227, § 6º; na adoção, pelo mesmo artigo, nos §§ 5º e 6º; na formação como família, protegida constitucionalmente, por qualquer um dos pais e seus descendentes, adotivos ou não; no direito à convivência familiar, com prioridade à criança e ao adolescente.

Pelo Código Civil de 2002 é possível se verificar no art. 1.593 o reconhecimento do parentesco resultante de consanguinidade ou outra origem, enquanto o art. 1.596 iguala os filhos havidos por adoção aos por consanguinidade, percebendo o princípio constitucional; o art. 1.597, V, presume sobre os filhos concebidos na constância do casamento e os havidos por reprodução assistida heteróloga; o art. 1.605, II, acolhe o estado de filiação como presunção para provar a filiação; o art. 1.614 permite ao filho biológico maior rejeitar o reconhecimento e, ao menor, impugnar ao atingir a maioridade.

Pode também ser visto o acolhimento do princípio da afetividade pela Lei Maria da Penha, que compreende o âmbito familiar naquele formado por pessoas consideradas aparentadas, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, conforme seu art, 5º, II.

É necessário o esclarecimento da distinção entre afetividade, pelo valor jurídico, e o afeto, derivado estado psicológico-sentimental. O afeto só se torna relevante juridicamente quando externada objetivamente pelos membros da entidade familiar, e fica demonstrada a afetividade na convivência destes. A teoria do afeto como valor jurídico fica claramente demonstrada quando se é externalizada em atitudes de cuidados, solidariedade, demonstrado o dever de cuidar e criar, educar e assistir, enquanto na convivência familiar (CARVALHO, 2017, p. 93-94).

O afeto como valor jurídico diferenciado do amor como elemento psicológico fica claramente demonstrado por Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues (2010, p. 196):

Não é de (des)amor que se trata o afeto como fato jurídico, mas sim aquele que, quando exteriorizado na forma de comportamentos típicos de uma legítima convivência familiar, é capaz de gerar eficácia jurídica. Exemplo disso, a posse de estado de filho, geradora do parentesco socioafetivo entre pais e filhos.

Sendo assim, a nosso sentir, o Direito não é capaz de “enxergar” a ausência de afeto, mas é possível que, quando presente a afetividade entre certos indivíduos, condicionante de seu comportamento, caracterizando-o como tipicamente familiar, aí, sim, o Direito reconheça um fato concreto, um acontecimento ao qual ele pode outorgar qualificação e disciplina jurídica: “um ponto de confluência entre a norma e a transformação da realidade: o modo pelo qual o ordenamento se concretiza”.

Por isso, não podemos falar em direito ou dever de afeto. Mas devemos valorizar as manifestações exteriores – condutas e comportamentos – que traduzam a existência do afeto em determinadas relações.

Portanto, assim exteriorizados as condutas e os atos de demonstração de afeto entre membros da relação familiar, criam-se os vínculos e efeitos jurídicos.

5.2.3 Princípio da liberdade

A liberdade é um dos princípios mais importantes do direito de família, como demonstrada pelo Código Civil, ao vedar qualquer tipo de imposição ou restrição na constituição da família, em seu art. 1.513; na decisão livre de planejamento familiar, no art. 1.513; opção pelo regime de bens, conforme art. 1.639; aquisição e administração do patrimônio familiar, nos arts. 1.642 e 1.643; escolha do modelo de formação educacional, cultural e religiosa dos filhos, em seu art. 1.634. A liberdade de escolha para formação da família, fundada no afeto, solidariedade e companheirismo, pelo novo conceito de família, afastando a necessidade do casamento e a existência de um par para reconhecimento da entidade familiar.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana e a liberdade para planejamento familiar, com base da afeição mútua e no pluralismo, acrescentam aos seus membros a opção de constituí-la não somente por meio do casamento, e ainda sendo assegurado pelo Estado que esta receba assistência a coibir as possíveis violências em suas relações e possa permitir o desenvolvimento da personalidade plena de cada indivíduo membro da família, de acordo com o art. 226, § 8º da Constituição Federal.

5.2.4 Princípio do pluralismo familiar

De acordo com o art. 226, §§ 3º e 4º da Constituição Federal, são consideradas famílias não somente aquelas matrimoniais, mas também as constituídas pela união estável e as monoparentais, formadas pelo descendente e apenas um dos pais. Estes modelos expressos apresentam rol exemplificativo pelo fato de serem mais comuns, sendo norma inclusiva, e não exclusiva. É necessário se ter uma visão pluralista acerca dos arranjos familiares, respeitando a liberdade de escolha e o planejamento familiar, conforme afirma o art. 226, § 7º da Constituição Federal: “o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”.

A norma constitucional, apesar de não ter elencado expressamente todas outras formas e modelos familiares, garante que os direitos sociais e individuais sejam exercidos com plena liberdade de constituição familiar de acordo com o modelo planejado, sendo integralmente aceitado o tipo plural de família, além daqueles previstos expressamente (PEREIRA, 2016, p. 193-195).

5.2.5 Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros

Prevista no art. 5º, I, como um dos principais eixos modificativos da Constituição Federal de 1988, extinguindo séculos de poder patriarcal, a igualdade jurídica entre homens e mulheres tornou-se garantia fundamental individual, e reproduzida no art. 226, § 5º, do mesmo dispositivo, passou a dispor sobre os direitos e deveres na sociedade conjugal, que exercidos em igualdade pelo homem e pela mulher.

Acolhendo o princípio constitucional, o Código Civil de 2002 excluiu dispositivos que discriminavam os direitos entre homens e mulheres, igualando, assim, a idade núbil em 16 anos, conforme art. 1.517; a idade máxima para acolher livremente o regime de bens em 60 anos, pelo art. 1.641, II, que depois acrescida para 70 anos pela lei 12.344/2010; foram extintos os bens reservados da mulher; o desvirginamento anterior como causa de anulação de casamento; permitiu ao

homem adotar sobrenomes da mulher, pelo art. 1.565, §1º, entre outros. Com isso, a autocracia do homem chefe de família perde espaço a um sistema de decisões tomadas em conjunto e de comum acordo entre os conviventes, e, ainda, com a quebra do patriarcalismo, a paridade dos cônjuges ou conviventes em exercício de seus direitos e deveres nas relações pessoais e patrimoniais.

Vale ressaltar, que a igualdade não é somente dos cônjuges na constância do casamento, mas sim das pessoas, independente qual seja o modelo familiar, aplicando-se tratamento igualitário entre eles. Porém, para que seja resguardada a dignidade da pessoa humana, em se tratando da diversidade entre as pessoas, não sendo todos iguais, pois se assim fosse não existiria necessidade da igualdade ser reivindicada, tal necessidade ocorre em razão de sempre existir um outro diferente, que também deve ter a devida proteção legal e social. Com isso, para que se tenha a efetiva proteção legal, deve ser incluído o devido respeito às diferenças, e não somente o discurso de igualdade genérica (PEREIRA, 2016, p. 163-164).

5.2.6 Princípio da igualdade e isonomia dos filhos

A família contemporânea vive sob o desígnio da liberdade e da igualdade, que visam proteger a entidade familiar na pessoa de cada um dos membros que a integra, tutelando irrestritamente a dignidade pessoal.

Após séculos de desigualdades e discriminações, o princípio da igualdade e isonomia dos filhos veio a ser prevista expressamente na Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, §6º. No art. 1.596 do Código Civil, dispõe-se que os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, independente se havido dentro ou fora do casamento, estando proibida qualquer forma de discriminação. Com isso, todos os filhos são iguais, consanguíneos ou não, não mais sendo admitida qualquer distinção jurídica entre eles, sendo extintas expressões como filho bastardo, incestuoso ou adúltero.

Com este princípio, foi reconhecida expressamente a paternidade socioafetiva além dos casos de adoção, incluindo a chamada adoção à brasileira e a reprodução medicamente assistida heteróloga, todos com parentesco por outra origem. Com

isso, a filiação se torna jurídica, e não mais por razão do casamento ou por laço sanguíneo, dividindo-se em biológica ou por outra origem, que inclui a adoção, a mediante reprodução assistida heteróloga, a socioafetiva mediante a posse de fato do estado de filho e a adoção à brasileira.

Paulo Lôbo afirma que a igualdade de direitos dos filhos, independente da origem, está para a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges, assim como a liberdade de constituição da entidade familiar. Atualmente, não é permitido nenhum resquício de desigualdade no tratamento aos filhos, e com o princípio da igualdade entre eles, os paradigmas na concepção da família teve mudança pelo rompimento do modelo de estruturação familiar somente no casamento, que dava margem a certa repulsa aos filhos vistos como ilegítimos e havendo condição de inferioridade daqueles que fossem adotivos (LÔBO, 2008, p. 47-48).

Para Ana Carolina Brochado e Renata de Lima Rodrigues (2010. p. 193-194), existem dois planos em que o princípio da igualdade entre os filhos age. Em um plano, o legislador ao vedar que sejam criadas normas que distinguem o tratamento entre os filhos ou que revele algum tipo de discriminação. Em outro plano, a igualdade obriga que a lei alcance todos aqueles que estão em situação similar, vedando que sejam estipuladas diferenças em razão da origem dos filhos ou que não estejam contempladas pela norma jurídica, como exemplo o parentesco socioafetivo, que tem os mesmos efeitos que o biológico.

5.2.7 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

É também denominado como princípio de plena proteção das crianças e adolescentes. Tem objetivo de preservar e proteger as pessoas que se encontram em algum tipo de situação de fragilidade, por necessitarem de cuidados para sua criação, orientação, educação e plena assistência familiar e comunitária, estando em processo de amadurecimento e desenvolvimento de personalidade, por isso, a necessidade de integral proteção, por caminhar ao lado com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, que detém absoluta prioridade.

O art. 3º, I, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que fora adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 20 de novembro de 1989, e, conseqüentemente ratificada no Brasil em 1990, afirma:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Não é de fácil determinação o princípio do melhor interesse por não ser definido de forma rígida, mas sim, deve ser observado o caso concreto, como sua relação e necessidades em detrimento dos pais, a estabilidade das condições da vida, o ambiente físico e social, com os responsáveis agindo em prol de melhor educação e orientação do menor.

O cuidado ao menor cabe também ao Estado, que assegura com absoluta prioridade a efetivação de seus direitos fundamentais, como a dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar, vistos e positivos pelo art. 227, caput, da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com isso, o infante é beneficiário de direitos especiais pela condição de pessoa em desenvolvimento, carecedor de maior proteção, conforme art. 3º da Lei n. 8.069/90:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Assim, a relação entre os pais e os filhos necessita que a orientação do menor seja envolta de cuidados para que este se desenvolva com potencialidade, se estruturando como pessoa humana, a chegar à condição adulta sob as melhores condições psíquicas, físicas, morais, espirituais, profissionais e materiais, proporcionando-lhe educação, saúde, alimentação, lazer e vestuário, em condições

de dignidade e liberdade, com respeito a sua autodeterminação, conforme previsão do anteriormente citado art. 3º do Estatuto da Criança e Adolescente.

Conclui então Ana Carolina Brochado Teixeira (2009, p. 71):

Parte-se da premissa de que ninguém nasce “pronto”. A pessoa constrói, no decorrer da vida, a sua identidade e personalidade. Enfim, ela vai edificando em um processo de autoconhecimento e da interação social. É a partir do relacionamento com outro que ela se molda e, verdadeiramente, constitui-se em todas as suas dimensões. E, por conseguinte, edifica, também, a sua dignidade de forma genuína, pois, embora, esteja concebida de forma singular, visto que compõe a humanidade de cada ser, ela só se forma plenamente através do olhar do outro.

5.2.8 Princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar

Os princípios da paternidade responsável e do planejamento familiar são previstos nos arts. 226, § 7º e 227 da Constituição Federal, assim como nos arts. 3º, 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo ser desmembrados dos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana, quando se confere responsabilidade aos genitores, cônjuges e companheiro, no que tange o planejamento familiar e a criação saudável dos filhos, sendo observado o melhor interesse da criança.

É de livre decisão do casal, ou do genitor monoparental, no tocante ao planejamento familiar, sem que o Estado intervenha, respeitando o dever dos pais na promoção, com extrema prioridade, da criação, da educação, dos cuidados, da dignidade e do pleno desenvolvimento dos filhos, de forma responsável, cabendo, então, tão somente ao poder público proporcionar os recursos educacionais e científicos para que este dever de família seja exercido, garantindo os direitos da criança e do adolescente.

O art. 2º da Lei n. 9.263/96, que trata do planejamento familiar orientado por políticas públicas de orientação e prevenção, em sintonia com o art. 227, § 7º da Constituição Federal, estabelece:

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Sendo assim, a paternidade responsável importa no dever de cuidado, não apenas com assistência material, mas também, no convívio saudável, na educação, na orientação e na efetiva participação na vida e no crescimento dos filhos.

5.2.9 Princípio da solidariedade familiar

Em sentido amplo, o princípio da solidariedade é visto no art. 3º, I, da Constituição Federal, como um dos objetivos fundamentais da república:

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

I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Já no direito de família, que converge à comunhão de vidas e à afetividade, vê-se a aplicação deste princípio com plenitude, não somente material, mas principalmente afetiva, com proteção e auxílio mútuo. Assim, leciona Rolf Madaleno (2013, p. 93):

A solidariedade é princípio e oxigênio de toda as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário

Pode-se verificar, na Constituição Federal em seu art. 229, este princípio posto no âmbito familiar, ao impor aos pais o dever de cuidado dos filhos menores, e, aos maiores, de cuidarem dos pais na velhice, carência ou enfermidade; como no art. 230, onde se determina o dever à família, à sociedade e ao Estado o cuidado aos idosos; no art. 227, que impõe o dever de a família, considerando todos os membros, e não somente os pais, a sociedade e o Estado, de assegurarem, com absoluta prioridade, os direitos da criança e do adolescente.

Já no Código Civil, observa-se o dever recíproco de solidariedade entre os parentes de prestarem alimentos aos necessitados, pelo art. 1.694; a comunhão de vidas entre os cônjuges, sustento da família e dever de mútua assistência, arts.

1.511, 1.565, 1.568 e 1.566, III; o dever de lealdade e assistência mútua entre os companheiros.

Sendo assim, fica claro que a solidariedade está presente no âmbito familiar quando prestado auxílio mútuo, seja material ou moral, e na assistência, proteção e amparo de cada indivíduo integrante da entidade familiar.

6 RELACIONAMENTO POLIAFETIVO

A estrutura familiar vem sofrendo diversas modificações de profundo valor social e jurídico no decorrer dos séculos, desde a tradicional estrutura composta por pai, mãe e filhos, originada nos costumes, reconhecida pela legislação na esfera civil e pela religião.

O termo “monogamia” tem o seguinte sentido, de acordo com o dicionário Aurélio (1988, p. 214): “Sistema no qual o homem não pode ser, simultaneamente, esposo de mais de uma mulher, e a mulher esposa de mais de um homem”, porém, esse texto exclui da sociedade e do sistema legislativo a família paralela ou simultânea.

Com sua origem da religião judaico-cristã, surgiu com intuito de controlar a sexualidade feminina para que não pairassem dúvidas sobre os herdeiros, como afirma Dimas Daniel de Carvalho (2013, p. 58):

A sociedade patriarcal e rural do início do século, fortemente influenciada pela religião (leia-se Igreja Católica), e que reconhecia como família apenas a constituída juridicamente pelo casamento, desagasalhando do manto das leis as demais, cedeu lugar a uma sociedade urbana e industrializada, com igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, proteção e igualdade dos filhos de qualquer origem, pluralidade de constituição de família e valorização da dignidade do ser humano.

Com isso, mesmo a monogamia sendo um princípio do Direito de Família, discrimina aqueles que não se adaptam às imposições vigentes, como antes as uniões homoafetivas eram, e hoje, há reconhecimento expresso destas uniões, apesar de ter gerado no cenário jurisprudencial e doutrinário divergentes posicionamentos.

A imposição da família tradicional é algo que ficou no passado e não mais representa a realidade das famílias brasileiras. Hoje, o termo “família” é melhor representado no plural: “famílias”. No entanto, as mudanças legislativas andam a passos lentos, tentando seguir a sociedade, e, por isso, a doutrina e a jurisprudência encontram caminhos para suavizar os impactos da falta da legislação, como afirma Gláucia Milício:

É neste vazio de leis que surge o Judiciário, surpreendentemente ativo para ditar caminhos e marcar posições. Com dificuldades próprias de quem está mexendo e removendo crenças e hábitos ancestrais, são os juízes e não os legisladores, como era de se esperar, que estão construindo o novo Direito de Família, ou o novo Direito das muitas famílias que agora existem (MILÍCIO, 2007).

Para Maria Berenice, a monogamia se considerada como princípio jurídico, haveria danos desastrosos aplicados ao princípio da dignidade humana no reconhecimento da simultaneidade familiar, desmerecendo o propósito das famílias ao encontrar a realização pessoal e de seus membros: “não é um princípio do direito estatal de família, mas sim, uma regra estrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado” (DIAS, 2010, p. 60-61).

Com a Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento de diversas entidades familiares, princípios como o direito matrimonial, que regiam o direito de família, perderam força, quando a tutela familiar passou a atingir ideais além do vínculo de casamento. Monogamia é, então, reconhecida como um princípio que atinge a esfera do matrimônio, e não deve ser vista como regra moral ou moralizante, mas como regra de relações jurídicas matrimoniais no mundo ocidental, como leciona Rodrigo da Cunha Pereira:

O “Princípio da Monogamia” tem caráter informal, não é imposição constitucional, mas sim decorrente de interpretação da norma. O princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família e do mundo ocidental (PEREIRA, 2013, p. 127-148).

A família simultânea, que apresenta mais de um núcleo familiar, também passou a ser atingida como objeto de análise das entidades familiares abrangidas pela Constituição Federal de 1988, vistas as questões abolidas dos filhos advindos fora do casamento e o reconhecimento de filiação com isonomia constitucional. Trata-se de família reconhecida democraticamente, com dignidade dos seus membros e pessoas que a compõem, fundamentada no afeto para garantia da felicidade individual e mútua dos membros que compõem a entidade familiar. Esta pode ser exemplificada pelo cônjuge que tem mais de uma família, ou o menor que vive tanto com o pai quanto com a mãe, sendo estes separados, e este menor tendo

duas famílias simultaneamente. Ressalta-se, porém, que não se trata de qualquer relacionamento passageiro, mas sim, necessária a estabilidade, a notoriedade e a afetividade para construção da convivência familiar.

Vale ressaltar, que não é o objetivo negar as origens monogâmicas de estruturação e organização jurídico-familiar, negando, assim, a influência da moral e religião dos países ocidentais, mas sim, conciliar o paradigma monogâmico enraizado culturalmente, à necessidade social e diversidade conjugal desprotegida na sociedade, impondo ao Estado as garantidas de liberdade e igualdade de outras tipificações familiares.

A poligamia, união plurívoca que consente na relação vivencial estabelecida e mutuamente assentida por mais de um indivíduo na relação conjugal, aceita no sistema religioso e social islâmico, por exemplo, não deve ser vista ocidentalmente como uma união reprovável, sendo uma forma de família também aceita por outros povos, valorizando os laços de afeto e a união entre os seres humanos.

Com isso, necessário se fazer a desmistificação de relações simultâneas andarem ao lado de laços meramente adúlteros, generalizando e tratando como questões de infidelidade ou imoralidade, preconceituosamente considerado como concubinato, que seria caracterizado pelo triângulo amoroso formado pela esposa e marido, sendo um deles adúltero, e a terceira pessoa, o(a) amante. Tal ideário não deve ser generalizado ao tratar de relações simultâneas. O ponto em questão parte, a princípio, de um relacionamento poliafetivo, onde, cientes todas as partes da existência de mais de um vínculo de afeto, criam entre si um contrato de fidelidade e convivência, detalhados pelos mesmos a partir de cada caso concreto.

Sendo assim, um relacionamento poliafetivo, ou poliamor, parte da capacidade de seus membros de se relacionarem amorosa e afetivamente com mais de um indivíduo. É necessário, no entanto, ressaltar que tal capacidade é derivada da própria forma do indivíduo de se enxergar e reconhecer o outro. Que sua situação, por muitas vezes, representa um despreendimento de tratar o(a) parceiro(a) como posse, como exclusividade, aceitando que o amor pode e deve ser destinado a mais de um indivíduo, aceitando sua capacidade de amar romanticamente mais de uma pessoa.

Cátia Damasceno (2017), em seu texto “Tipos de relacionamento: do relacionamento aberto ao poliamor”, cita características vitalmente necessárias a uma relação poliafetiva saudável, como a fidelidade, sendo necessário se estabelecer laços honestos com os parceiros, não utilizando da natureza da relação para engano ou traição; comunicação e negociação, que busca sempre o diálogo aberto e sincero entre as partes, para que se mantenham sempre acordadas as regras regentes da relação; honestidade e respeito, que reforçam a necessidade do diálogo e comunicação para se criar um ambiente afetivo saudável para todos que ali se encontram.

Com isso, especifica as formas que os tipos de acordos na relação poliafetiva podem apresentar. Exemplificando um relacionamento poliafetivo formado por três integrantes, independente do gênero, este pode se encontrar em forma de triângulo, onde os três integrantes possuem relações iguais entre si; em “V”, onde uma pessoa se relaciona afetivamente com duas, e estas não possuem relação entre si; e em formato de “T”, quando três pessoas se relacionam, mas duas apresentam vínculo mais forte entre si.

6.1 Da criança gerada em uma relação poliafetiva

Para que seja mais claramente visualizado pelo leitor, utilizar-se-á a forma triangular de relação poliafetiva, composta por três membros que possuem relações afetivas entre si, como exemplo, duas mulheres e um homem.

Nesta relação, sendo gerada biologicamente uma criança entre o homem e uma das mulheres, como se tratariam as questões hereditárias e de reconhecimento socioafetivo da outra mulher? Seria saudável a criança ser criada e educada com a figura de múltipla-maternidade?

6.1.1 Da abordagem psicológica

Cabe ressaltar a diferença entre a personificação materna e paterna do arquétipo materno e paterno. A personificação retrata a pessoa em si, do pai e da mãe, que não necessariamente são biológicos, mas a figura pessoal que a criança, no decorrer dos anos, reconheceu para si.

Já o arquétipo materno, representa psicologicamente uma variedade de aspectos, podendo se derivar não somente da mãe, mas simultaneamente das avós, das tias, da sogra, uma mulher qualquer a que se tenha relacionado, entre outras. Representa o arquétipo materno, a autoridade feminina, aquela que cuida, que sustenta e que proporciona condições de crescimento (JUNG, 2002, p. 91).

O arquétipo paterno, então, também pode ser representado por mais de um indivíduo, como exemplo os tios, os avôs ou outro adulto do sexo masculino que participe da vida da criança e que tenha um vínculo satisfatório com ela, representando, então, uma função educadora e disciplinadora (BENCZIK, 2011).

Sendo assim, se a criança teve a realidade de crescimento em um lar saudável, ao lado de pais afetivos dos quais pôde contar com apoio incondicional, conforto e proteção, mais facilmente desenvolverá estruturas psíquicas fortes e seguras para enfrentar situações cotidianas.

Com isso, para criança ter uma educação equilibrada, há a necessidade de dois genitores, representando o modelo masculino e feminino, encarregadas da função a ser prestada, se tornando uma complementar a outra. No entanto, não se confundir representação do modelo materno e paterno com gênero dos pais. Como exemplo, em criança criada e educada por casais homossexuais, a função psíquica materna e paterna pode ser exercida por duas pessoas do mesmo sexo, não causando nenhum tipo de perda psicológica na criança. Sendo assim, fica claro que a função, em si, principalmente na atualidade das famílias, está muito além do que apenas questões de gênero.

Conclui-se, então, que o que implicaria em desequilíbrio psicológico para o menor, é a ausência de algum dos modelos na educação da criança, e, no entanto,

a existência de uma mãe ou pai socioafetivo além do(a) biológico(a), não interfere negativamente na construção psicológica da criança.

Oportuno acrescentar na abordagem do assunto, a entrevista a Carlos Machado na Rádio Nacional da Amazônia. O antropólogo e professor na Universidade Federal do Amazonas (UFAM), explica que a etnologia ao conceito de mãe em alguns povos ameríndios, principalmente da Amazônia, se associa a ideia de mãe não somente à genitora, mas sim, também a outras figuras femininas da tribo responsáveis pela criação do infante (MACHADO, 2016).

6.1.2 Do reconhecimento civil e fins sucessórios

A determinação da paternidade socioafetiva é derivada da doutrina e jurisprudência, constituída através da convivência familiar, independente de qual seja a origem do filho, sendo, com isso, uma das maiores características das famílias atuais o cultivo do amor e carinho, surgindo daí, implícito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade.

O Enunciado n. 256, da III Jornada de Direito Civil, prevê que “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”; e ainda, no Enunciado 339 da IV Jornada de Direito Civil, pode-se ver afirmado que “a paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”.

Parte da doutrina pátria, assim como a jurisprudência, reconhece a multiparentalidade, como se vê no acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*:

[...] Enteadado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuas, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes. A formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade e no princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade [...] (TJSP, 2012).

A filiação socioafetiva está fundada tão somente no ato de vontade, concretizada pelo cotidiano, em uma relação pública, ou seja, é aquela que se origina a partir de mútuo respeito e tratamento recíproco entre pai e filho. Sendo assim, uma pessoa criada e devidamente registrada por pai socioafetivo, não deve, portanto, negar sua paternidade biológica, tão quanto abdicar de seus direitos hereditários

Pode ser verificado o princípio da isonomia entre os filhos, a Constituição Federal de 1988 equiparou a não considerar em categorias diversas as diferentes origens dos filhos.

Por conta disso, algumas Corregedorias Gerais de Justiça, no país, passaram a admitir e reconhecer espontaneamente o vínculo de paternidade e maternidade socioafetiva em cartório. Em São Paulo, por exemplo, devido à demanda de pedidos extrajudiciais para reconhecimento, o Tribunal de Justiça, por diversas vezes, se manifestou pelo reconhecimento do vínculo em cartório.

Então, regulamentando a questão, em 14 de novembro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 63, com fim de instituir modelos de certidões de nascimento, casamento e óbitos para o território nacional, para filhos concebidos em reprodução assistida e dispendo sobre a possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva em cartório.

O Provimento nº 63 assevera a relação de parentesco como tendo origem, mesmo não consanguínea, vedando qualquer tipo de discriminação acerca da origem do filho.

Assim, possibilitado o registro voluntário biológico perante o registro civil, em respeito aos princípios constitucionais da igualdade jurídica e da filiação, nada mais justo que o reconhecimento extrajudicial do vínculo de paternidade socioafetiva.

O Provimento, ainda, de maneira acertada, faz alusão ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, RE nº 898.060/SC, que, com intuito de uniformizar as regras para registro da paternidade e maternidade socioafetiva no território

nacional, trata dos aspectos sucessórios e patrimoniais, conferindo segurança jurídica aos envolvidos.

Em seu art. 10, o Provimento estabelece que o reconhecimento voluntário da paternidade socioafetiva, independente da idade, poderá ser feita diretamente com um oficial de registro civil, mediante requerimento administrativo. Reconhecimento este irrevogável, conforme art. 1.610 do Código Civil, salvo hipóteses excepcionais de vício de vontade, fraude ou simulação.

Vale ressaltar que, apesar de não estar expresso no texto normativo, os cartórios de registro civil não poderão impor restrições ao reconhecimento da paternidade socioafetiva. Sendo assim, integrantes de uniões homoafetivas, estruturas diversas de família, como anaparentais, ou até mesmo as relações poliafetivas não poderão ser discriminadas.

Ainda em questões sucessórias e patrimoniais, foi aprovado em maio de 2018, pela VIII Jornada de Direito Civil, o enunciado que afirma: “Nos casos de reconhecimento da multiparentalidade paterna ou materna o filho terá direito a participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos.”

7 CONCLUSÃO

A partir das percepções derivadas deste estudo, pode-se concluir que a atual sociedade ainda está presa a conceitos morais decorrentes da religião, devido as origens da tradicional formatação da família. Com isso, apesar do Estado laico ser expressamente designado pela Constituição Federal, os valores morais ainda sofrem forte influência da religião judaico-cristã, e não devem receber posição de destaque frente aos valores jurídicos.

Sendo assim, vale ressaltar que quando se trata de família poliafetiva, não se trata de promiscuidade, mas sim, de autodeterminação, com base no princípio da afetividade implícito na Constituição Federal, além dos princípios da liberdade, do melhor interesse da criança e da paternidade responsável, que guiam a entidade familiar para se desenvolver na personalidade de cada membro da família .

A família poliafetiva, criada em ambiente harmônico, não é inversa ao princípio do melhor interesse do menor. Mediante a realidade de muitas crianças, que vivem em situação de abandono ou maus tratos, a pluriparentalidade em um relacionamento poliafetivo apresenta uma estrutura familiar adequada, capaz de propiciar o desenvolvimento psíquico-social do menor, fornecendo os estímulos necessários para que este se torne um adulto saudável.

Apesar de não se tratar de casos comuns, o que gera certa polêmica ao redor do assunto, é necessário que os operadores do direito se debrucem acerca da temática, para melhor analisar a realidade das famílias brasileiras, mesmo atípicas, e possam fomentar a discussão a ser debatida e analisada, de forma a acrescentar o ordenamento jurídico e prezar pelos direitos de suas famílias.

8 REFERÊNCIAS

III Jornada de Direito Civil, **Enunciado n. 256**. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/501>, acesso em 08/05/2018.

IV Jornada de Direito Civil, **Enunciado n. 339**. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/369>, acesso em 08/05/2018.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A função social da família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. n. 39. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM.

AMIN, Andréa Rodrigues. **Dos direitos fundamentais**. Curso de direito da criança e do adolescente. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni, **Revista Psicopedagogia**, A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil, vol.28 no. 85 São Paulo, 2011.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, **Código Civil, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, acesso em 08/05/2018.

BRASIL, **Lei n. 8.009/90, de 29 de março de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm, acesso em 08/05/2018.

BRASIL, **Lei n. 8.069/90, de 13 de julho de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acesso em 08/05/2018.

BRASIL, **Lei n. 9.263/96, de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm, acesso em 08/05/2018.

BRASIL, **Lei nº 11.340/2006**, Lei Maria da Penha, de 7 de agosto de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/_lei/l11340.htm, acesso em 08/05/2018.

BRASIL, **lei 12.344/2010**, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12344.htm, acesso em 08/05/2018.

BRASIL, **Decreto nº 99.710**, Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 21 de novembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm, acesso em 08/05/2018.

BRASIL, **Lei n. 4.121/62**, Estatuto da Mulher Casada, de 27 de agosto de 1962. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm, acesso em 08/05/2018.

CARVALHO, Dimas Daniel de. **Famílias simultâneas na ordem constitucional democrática**. 2013. 88 f. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2013.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 19. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Provimento nº 63**, de 14 de novembro de 2017, Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>, acesso em 08/05/2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução CNJ n. 175**, de 15 de maio de 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>, acesso em 08/05/2018.

DAMASCENO, Cátia. **Tipos de relacionamento: do relacionamento aberto ao poliamor**. De 10 de novembro de 2017. Disponível em <http://www.mulheresbemresolvidas.com.br/poliamor/>, acesso em 08/05/2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das famílias**, 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Famílias**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FERREIRA, A. B. de H. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. A função social da família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. n. 39. Porto Alegre; Síntese/ IBDFAM, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUNG, C.G. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. V. 1. (Coleção Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LIMA, Ricardo Alves de. **Função social da família: família e relações de poder – transformação funcional familiar a partir do direito privado**. Curitiba: Juruá, 2013.

LIPIAHES NETO, Nicolau. **A urgência no acolhimento da família**. Alfenas: Jornal dos Lagos, 31 de maio de 2008, Ed. n. 304. Caderno L.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Carlos. **Rádio Nacional da Amazônia**, 2016. Disponível em <http://radioagencianacional.etc.com.br/cultura/audio/2016-10/entrevista-entenda-o-conceito-indigena-de-mae>, acesso em 08/05/2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAIA, Renato. Da horizontalização dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Ed. especial, n.1. Pouso Alegre, 2008.

MEIRA, Fernanda de Melo. **A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais**. Manual de direito das famílias e das sucessões. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MILÍCIO, G. **Direito das Famílias – Monogamia não é um princípio, é só marco regulador**. Revista Consultor Jurídico. 2007.

ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>, acesso em 08/05/2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSA, Conrado Paulino da. **iFamily: um novo conceito de família?**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SIMONI, Rafael Lazarotto. **Decisão jurídica e autonomia do direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **REsp 1.183.378/RS**. De 25 de outubro de 2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=2010%2F0036663-8&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa= tipoPesquisa Generica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>, acesso em 08/05/2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Súmula 364**, de 15 de outubro de 2008. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula364.pdf, acesso em 08/05/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADI 4.227/DF**, de 5 de maio de 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>, acesso em 08/05/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADPF 132/RJ**, de 05 de maio de 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>, acesso em 08/05/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **RE nº 898.060/SC**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>, acesso em 08-05-2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, **Apelação n. 0006422-26.2011.8.26.0286**, 1ª Câmara de Direito Privado, Itu, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Junior, de 14 agosto de 2012.