

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS NA LEGALIDADE CIVIL-CONSTITUCIONAL

ANA CAROLINA VILLOBOIM DA COSTA LEITE¹

Embora o modelo de família nuclear ainda predomine em nossa sociedade, não podemos considerá-lo como o único modelo familiar. O surgimento de novos arranjos familiares nos leva à conclusão de que o modelo de família nuclear foi ultrapassado e houve o reconhecimento de inúmeros outros modelos, resultado de uma série de transformações sociais, especialmente ocorridas na segunda metade do século passado com a chamada constitucionalização do Direito Civil.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é principiológica e introduziu nova ordem jurídica, de modo a incluir valores, entre eles a preservação da dignidade da pessoa humana; garantia dos direitos fundamentais e eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao introduzir nova ordem jurídica alicerçada em princípios jurídicos, passou a influenciar na elaboração de regras infraconstitucionais e iniciou-se a erosão da dicotomia entre o direito público e o direito privado.

Hoje, esses mundos se complementam. Foi nesse cenário que surgiu a chamada constitucionalização do direito civil.

¹ Juíza de Direito Titular da Primeira Vara de Família de Nilópolis.

O Direito Civil Constitucional é a visão do Direito Civil à luz dos princípios constitucionais. Há uma integração entre os ramos.

Assim, como nos outros ramos do direito, o Direito de Família deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, sendo certo que todas as suas normas jurídicas têm fundamento de validade constitucional.

O professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em seu livro intitulado **Princípios Constitucionais de Direito de Família**, aponta como um dos princípios constitucionais gerais de Direito de Família aquele referente ao pluralismo demográfico, a evidenciar a substituição do modelo monolítico de família matrimonial pelo modelo plural e democrático das entidades familiares.

Assim, vale mencionar as lições de Guilherme Calmon: “Como terceiro princípio geral, surge o princípio do pluralismo democrático no âmbito dos organismos familiares (art. 1, inciso V, da Constituição Federal), que se associa à liberdade de escolha do modelo e da espécie de família. A passagem do modelo autoritário para o período notabilizado por valores democráticos, em termos políticos, também se refletiu no campo dos princípios gerais de direito de família. Assim, a passagem do modelo único, patriarcal e hierarquizado para o modelo plural, igualitário e humanista, em matéria de entidades familiares, reflete a encampação dos valores democráticos também no grupo familiar, com igual dignidade, respeito e consideração a todos os seus integrantes, sejam crianças, adolescentes, adultos (ou idosos), homens ou mulheres, havidos no casamento ou fora do casamento”²

A Constituição Federal de 1988, além de admitir e reconhecer expressamente a adoção e o casamento, também identificou o companheirismo e a família monoparental como entidades familiares.

Assim, faz-se necessário saber o que forma a família contemporânea, de modo a identificar o que forma a família no mundo dos fatos, no mundo sociológico.

² GAMA - Guilherme Calmon Nogueira da Gama, **Princípios Constitucionais de Direito de Família**, Ed. Atlas, p. 72.

Com esse objetivo, Paulo Lôbo analisou a PNAD (Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios) realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e constatou que tal pesquisa oficial apurou a existência das seguintes entidades familiares: (i) homem e mulher casados e com filhos biológicos; (ii) homem e mulher casados, com filhos biológicos e não biológicos, ou só com filhos não biológicos; (iii) homem e mulher não casados e com filhos biológicos (união estável); (iv) homem e mulher não casados, com filhos biológicos e não biológicos, ou só com filhos não biológicos (união estável); (v) pai ou mãe e filhos biológicos (família monoparental) (v) pai ou mãe e filhos biológicos e não biológicos, ou só com filhos não biológicos (família monoparental); (vi) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefe (grupos de irmãos, avós com netos ou tios com sobrinhos); (vii) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; (viii) uniões homoafetivas; (ix) comunidade afetiva formadas com “filhos de criação”, segundo generosa tradição solidária brasileira, incluindo as famílias recompostas (possuidoras de padrastos/madrastas com os respectivos enteados), além dos casos de posse do estado de filiação.³ A partir desses agrupamentos familiares, o autor acima mencionado constatou as seguintes características comuns das entidades familiares: afetividade, estabilidade e convivência pública.

Foi baseado nesses parâmetros que o referido autor defendeu que o elemento formador da família contemporânea é o amor familiar, ou seja, o amor que visa a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura.

Portanto, a proteção do núcleo familiar tem como ponto de partida a tutela da própria pessoa humana, sendo inconstitucional toda e qualquer forma de violação da dignidade da pessoa humana.

De acordo com as lições de Gustavo Tepedino, a preocupação central do ordenamento é com “a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja reali-

³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 56-57.

zação devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo social”⁴

Dessa maneira, a família deve servir como espaço propício para a promoção da dignidade da pessoa humana e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como base para o alcance da felicidade.

Como bem diz Maria Berenice Dias, não há dúvida de que o sonho de todos é alcançar a felicidade, ao passo que os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos visam, no final das contas, a assegurar o direito fundamental à felicidade, que pode ser tido como direito fundamental implícito também por este fundamento, por força do art. 5º, § 2, da CF/88, quando este afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Reconhecendo os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos verifica-se que não há espaço para preconceitos diante de relações sociais extremamente dinâmicas, visto que seus desejos e necessidades se alteram o tempo todo.

O direito deve obrar para que todos os indivíduos e todas as formas de entidades familiares sejam incluídas e aceitas no meio social, de maneira que cada um tenha reconhecida sua liberdade de escolha na forma de viver e de ser feliz.

Nesse sentido tem se posicionado a jurisprudência, que em diversos julgados tem reconhecido as diversas formas de entidade familiar e, em votação histórica, no dia 05/05/2011, os ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 132.

⁴ TEPEDINO, Gustavo, cf. **Temas de Direito Civil**, cit., p. 326, Ed. Renovar, 1999.

Segue transcrição de parte do voto do relator, Ministro Ayres Britto:

“... II.3. que a terminologia ‘entidade familiar’ não significa algo diferente de ‘família’, pois não há hierarquia ou diferente de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão ‘entidade familiar’ não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da subfamília, família de segunda classe ou família ‘mais ou menos’ (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora em personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se preferir, uma nova ‘entidade familiar’, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos. Afinal, se a família, como entidade que é, não se inclui no rol das ‘entidades associativas’ (inciso XXI do art. 5º da CF), nem se constitui em ‘entidades de classe’ (alínea b do inciso XXI do mesmo art. 5º), ‘entidades governamentais’ (ainda esse art. 5º, alínea a do inciso LXXII), ‘entidades sindicais’ (alínea c do inciso III do art. 150), ‘entidades beneficentes de assistência social’ (§ 7º do art. 195), ‘entidades filantrópicas’ (§ 1º do art. 199), ou em nenhuma outra tipologia de entidades a que abundantemente se reporta a nossa Constituição, ela, família, só pode ser uma ‘entidade... familiar’. Que outra entidade lhe restaria para ser? Em rigor, trata-se da mesma técnica redacional que a nossa Lei das Leis usou, por exemplo, para chamar de ‘entidades autárquicas’ (inciso I do § 1º do art. 144) as suas ‘autarquias’ (§ 3º do art. 202). Assim como chamou de ‘entidade federativa’ (§ 11 do art. 100) cada personalizada unidade política da nossa

'Federação' (inciso II do art. 34). E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que 'entidade autárquica' não é 'autarquia', nem 'entidade federativa' é algo diferente de 'Federação'. Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)?

II.4. que as diferenças nodulares entre 'união estável' e 'casamento civil' já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§ 6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referencia é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição.

III – salto para o § 4º do art. 226, apenas para dar conta de que a família também se forma por uma terceira e expressa modalidade, traduzida na concreta existência de uma ‘comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes’. É o que a doutrina entende por ‘família monoparental’, sem que se possa fazer em seu desfavor, pontuo, qualquer inferiorizada comparação com o casamento civil ou união estável. Basta pensar no absurdo que seria uma mulher casada enviudar e manter consigo um ou mais filhos do antigo casal, passando a ter que suportar o rebaixamento da sua família à condição de ‘entidade familiar’; ou seja, além de perder o marido, essa mulher perderia o status de membro de uma consolidada família. Sua nova e rebaixada posição seria de membro de uma simplória ‘entidade familiar’, porque sua antiga família morreria com seu antigo marido. Baixaria ao túmulo com ele. De todo modo, também aqui a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa, pois não se pode recusar a condição de família monoparental àquela constituída, por exemplo, por qualquer dos avós e um ou mais netos, ou até mesmo por tios e sobrinhos. Como não se pode pré-excluir da adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de emparceiramento.

36. Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§ 5º do art. 227); e também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante ‘homo’ ou ‘heteroafetivo’. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o § 1º do art. 5º da

Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental.

37. Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como 'entidade familiar', entendida esta como sinônimo perfeito de 'família'. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. É como voto."

Portanto, diante de todo o exposto e frente a atual jurisprudência, é evidente que as transformações sociais deram origem ao reconhecimento de inúmeros outros modelos de entidade familiar, denominadas famílias contemporâneas, as quais devem, em última análise, ser tuteladas pelo direito e pela sociedade de modo a atender aos preceitos constitucionais. ♦

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.118).

GAMA - Guilherme Calmon Nogueira da, **Princípios Constitucionais de Direito de Família**, Ed. Atlas p. 72.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 56-57.

TEPEDINO, Gustavo, cf. **Temas de Direito Civil**, cit., p. 326, Ed. Renovar, 1999.