

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

RODRIGO GARCIA DA COSTA

**POR UM CONCEITO JURÍDICO DE FAMÍLIA NA
CONTEMPORANEIDADE**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo – SP
2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

RODRIGO GARCIA DA COSTA

**POR UM CONCEITO JURÍDICO DE FAMÍLIA NA
CONTEMPORANEIDADE**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia do Direito, sob a orientação da Prof.^a Maria Celeste Cordeiro Leite Santos.

São Paulo – SP
2016

Banca Examinadora

Esta dissertação foi parcialmente financiada pela FUNDAÇÃO CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), na qual o autor, Rodrigo Garcia da Costa, foi bolsista.

Agradeço, assim, esta fundação pela imprescindível ajuda.

À minha amada companheira Nathalia.

À querida amiga Ana.

Aos meus admirados professores.

À minha família (nuclear e estendida).

"A verdadeira felicidade está na própria casa, entre as alegrias puras da família."

– Liev Tolstói

RESUMO

A família é a instituição basilar da sociedade, contudo, sua conceituação vem se alterando drasticamente nos recentes anos, principalmente após os movimentos contra-culturais iniciados em meados da década de 60 e do desgaste da ideologia patriarcal e da modernidade, assim como o enfraquecimento da influencia religiosa na sociedade brasileira. Tal mutação, que engloba ampliação e modificações socioculturais, geram efeitos em diversas áreas das humanidades que refletem, como não poderia deixar de ser, no Direito. O conceito da família, no âmbito legal e legislativo é indicativo pautável para refletir as demandas sociais. Dessa forma o presente trabalho faz uma progressão histórica da origem do Estado Moderno e Democrático de Direito, para, em seguida, debruçar sobre a conceituação contemporânea da família na ótica dos doutrinadores pátrios, os princípios protegidos no nosso ordenamento e diante desse patamar, será proposta uma definição legal de família. Autor: Rodrigo Garcia da Costa - Título: Por um Conceito Jurídico de Família na Contemporaneidade.

PALAVRAS CHAVES

Direito de Família, Novas Formas de Família, Ideologia Patriarcal, Contemporaneidade, Modernidade.

SUMMARY

The family is the basic institution of society. However, its conceptualization has been changing drastically in recent years, especially after the anti-cultural movements initiated in the mid-1960s and the erosion of patriarchal ideology and modernity, as well as the weakening of religious influence in Brazilian society. This mutation, which includes enlargement and socio-cultural changes, has effects in several areas of the humanities that reflect, as it could not be, the Law. The concept of family, in the legal and legislative spheres, is indicative and can be used to reflect social demands. In this way, the present work makes a historical progression of the origin of the Modern and Democratic State of Law, in order to examine the contemporary conceptualization of the family from the point of view of the country's legal scholars, the principles protected in our legal system and then, a legal definition of family will be proposed. Author: Rodrigo Garcia da Costa - Title: For a Legal Concept of Family in the Contemporaneity.

KEYWORDS

Family Law, New Forms of Family, Patriarchal Ideology, Contemporaneity, Modernity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O NASCIMENTO DO ESTADO MODERNO.....	13
1.1 O Período Pré-Secular: a Mistura entre Religião e Estado.....	15
1.2 A Crítica de Marx à Religião na Constituição do Estado Moderno.....	20
1.3 O Aporte Teórico de Max Weber: a Racionalização do Direito em Contraposição à Justiça Sagrada.....	25
1.4 Liberdade Religiosa e Democracia.....	31
2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	36
2.1 Do Estado de Direito e os Direitos Fundamentais.....	36
2.2 Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito.....	41
2.3 Princípios do Estado Democrático de Direito.....	46
3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS ENVOLVENDO DIREITO DE FAMÍLIA.....	49
3.1 Princípio da Proteção da Dignidade Humana.....	50
3.2 Princípio da Igualdade de Gêneros.....	51
3.3 O Princípio da Intimidade e a Livre Orientação Sexual.....	53
3.4 Princípio da Solidariedade Familiar.....	55
3.5 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	56
3.6 Princípio da Não Intervenção ou da Liberdade.....	57
3.7 Princípio da Afetividade.....	59
3.8 Princípio da Busca da Felicidade.....	62
3.9 Conceito Jurídico de Família no Direito Brasileiro.....	63
4 A "NOVA FAMÍLIA" E OS DESAFIOS DO ESTADO.....	76
4.1 Breves Considerações Sobre a Modernidade Líquida.....	76
4.2 A Nova Família.....	79
4.3 O Estado Brasileiro Perante a Nova Família.....	87

CONCLUSÕES.....	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	96
ANEXO A - ADI 4.277/2011.....	104
ANEXO B - RE 898.060/SC.....	110
ANEXO C - ADPF 132/RJ.....	113
ANEXO D - ADI 4.424/2011.....	119

INTRODUÇÃO

A família é a base celular da nossa sociedade. Como tal, sua influência se faz presente na formação do Estado e na evolução do pensamento jurídico. Dada sua longevidade, sua conceituação e forma vivem em permanente mutação, sofrendo e se adaptando às mudanças sociais. Por sua importância, ela é objeto de proteção do Direito. No contemporâneo leque de diversidades - sexual, de gênero e de relações - os tribunais pátrios acabam por lidar com a necessidade de reinterpretar a conceituação da família, principalmente diante dos princípios protegidos na Constituição de 1988 e de uma crescente demanda social plural.

A laicidade do Estado contemporâneo se depara com as implicações de conceituar uma nova família, uma vez que sua interpretação está enraizada em diversas diretrizes religiosas, presentes nos textos ditos sagrados e também em conceitos sociais que vivem em mutação. Dessa maneira o judiciário deve encarar esse conflito nascido de forças antagônicas sociais e se posicionar quantos aos litígios que lhe são demandados. A questão da secularidade e da laicidade, portanto, torna-se relevante para compreender como, e se é acertada, a utilização pelo judiciário dessa base religiosa em seus julgados.

Portanto, o presente trabalho tem como justificativa buscar, por meio de um estudo analítico, os compassos e descompassos da conceituação jurídica de família, que no atual contexto vive uma nova construção ideológica, sensível na esfera jurídica.

Exemplos notáveis da nova realidade da família no âmbito jurídico são os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.277/2011), que reconhece a união estável entre cônjuges do mesmo sexo, e o julgamento do Recurso Extraordinário RE 898.060/SC, no qual foi afastada qualquer prevalência entre as paternidades sócio-afetivas biológica, prevendo dessa forma, a ausência de hierarquia e a possibilidade de existência de uma “multipaternidade”, ou seja, a coexistência de ambas as paternidades simultaneamente.

No âmbito cartorário, destaca-se a resolução 175 de 14 de maio de 2013, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estabelece a viabilidade da celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou sua conversão de união estável em casamento. Inclusive, está determinado no texto aprovado a expressa proibição dos cartórios, em todo território nacional, de recusa à celebração dos casamentos homoafetivos.

Também relevantes são as alterações no ordenamento jurídico, ocorridas com o advento do Código Civil de 2002, que estabelece o instituto da União Estável, proporcionando às famílias, sem respaldo jurídico, uma proteção antes inexistente.

Outrossim, o Estatuto da Criança e do Adolescente define uma conceituação ampla da família e estabelece proteção específica para esta. Em sentido contrário, digno de menção é o projeto da PL – 6.583/2013, intitulado Estatuto da Família, que propõem uma definição de família, limitada aos casais heterossexuais, reservando a estes privilégios e proteções.

A sociedade, por sua vez, se coloca, naturalmente, agente modificador da conceituação de família, recepcionando famílias com novas estruturas, como as famílias monoparentais, famílias encabeçadas pelos avôs ou outros membros da família, situação muito frequente nas periferias das grandes cidades, motivadas principalmente pela gravidez precoce das jovens que ali residem.

A partir, portanto, destas linhas de orientação, o presente trabalho se estrutura da forma a seguir delineada.

Primeiramente, será feita uma retrospectiva histórico-sociológica no que tange os aspectos de laicidade, culminando na formação do Estado moderno. Para tanto, se tomará como ponto de partida o medieval, momento histórico no qual a religião e o Estado se entrelaçavam profundamente, e no qual começam a despontar os primeiros pensamentos laicos. Seguirá o estudo histórico na modernidade, imprimindo uma análise dos pontos característicos do Estado contemporâneo de alguns países ocidentais relevantes para que, posteriormente, seja atentado um singelo histórico do Estado brasileiro no que tange os aspectos laicos e a atual relação entre religião e Estado. Feita essa breve introdução, o Estudo passará pelas obras de Karl Marx – A Questão Judaica – e de Max Weber. Ambas as obras

possuem relevante contribuição para o debate da presença da religião no Direito e sua conveniência e pertinência nos assuntos estatais. Destarte, ainda que não de forma antagônica, ambas as obras traçam aspectos diversos em seus fechamentos, o que enriquecerá o estudo e permitirá subsídio teórico para sustentar a conclusão desta dissertação.

Deste ponto, será disponibilizado um olhar conceitual sobre o Estado Democrático de Direito e sua relação com o pluralismo religioso, observando as garantias religiosas e sua relação com a Declaração do Direito dos Homens. Concomitantemente, será adotada uma teoria dos princípios e uma definição de direito que harmonize com o escopo lógico do trabalho apresentado.

Em seguida, abordar-se-ão os contornos jurídicos da família moderna. Desse ponto, se seguirá para uma análise dos princípios norteadores do direito de família. Será reservado cuidadoso destaque ao princípio da afetividade, que, particularmente, é o que desponta como força motriz da mudança na conceituação jurídica da família, sendo base da fundamentação das mais inovadoras decisões judiciais e que prioriza aspectos sentimentais em detrimento da burocracia ou valores de outrora.

No capítulo seguinte será elaborada uma revisão bibliográfica dos conceitos jurídicos de família pelos constitucionalistas e civilistas pátrios, a fim de apreender a estrutura lógica de seus pensamentos, para que melhor possamos nos posicionar diante dos aspectos contemporâneos da família.

Na sequência, realizar-se-á uma análise dos contornos jurídicos do Direito de família. Esse estudo se valerá de alguns aspectos relevantes do direito de família na legislação vigente, para, ao fim e ao cabo, debruçar-se na ADI 4.277/2011, RE 898.060/SC e Resolução 175, do Conselho Nacional de Justiça.

É certo ainda que uma introdução deva apresentar um problema e uma hipótese que serão desenvolvidos para ao final ver esta última confirmada ou rejeitada. As hipóteses consubstanciadas neste texto: No Estado Democrático de Direito, a administração pública e o ordenamento jurídico devem ser organizados a partir de técnicas lógicas, aplicadas de acordo com as regras jurídicas, sem confundir-se de forma alguma com julgamentos ou profecias divinas. Os princípios

constitucionais envolvendo o direito de família ensejam novas perspectivas e possibilidades para este ramo do direito privado, apresentando ao judiciário os desafios de novas modalidades de composição familiares. Cada capítulo tem uma introdução e um desenvolvimento. O principal instrumento de investigação será a pesquisa bibliográfica.

Em termos de conclusão, se fará uma análise das recentes formas de família a fim de visualizar a tendência conceitual contemporânea. Com esse pano de fundo, busca-se criar uma nova conceituação jurídica da família, valendo-se dos valores do Estado Democrático de Direito em sociedade cada vez mais plural e líquida.

Desta forma, espera-se contribuir modestamente, para a elaboração de um novo conceito conciliador de família, uma vez que tal questão conceitual é, e continuará sendo, uma problemática que o Direito e o Poder Judiciário pátrios terão de manejar no futuro próximo.

1. O NASCIMENTO DO ESTADO MODERNO

Traçar a origem do Estado Moderno é essencial para compreender as relações inerentes entre a religião, a família e o direito contemporâneos. A origem dessas instituições remonta à própria origem da sociedade e, como tais, configuram importante elemento estruturador de seus conceitos, profundamente inter-relacionados. Dessa forma, no presente capítulo será apresentada uma mudança de paradigma que, conforme vamos sustentar, deu ensejo ao nascimento do Estado Moderno. Para tanto, há mister em fazermos uma digressão ao estado pré-moderno, mais precisamente ao período compreendido como medieval e, a partir deste ponto, explicaremos brevemente as mudanças que resultaram no Estado Democrático de Direito.

Diversas forças marcaram essa alteração de eixo. Esse traçado sócio-histórico, que marca o Estado Democrático de Direito, será aqui abordado, a partir das obras de autores como Max Weber¹, no que tange à passagem de uma forma de dominação fundada no sagrado ao modelo burocrático-jurídico, e no tocante ao trato da ética protestante, em sua enorme influência na formação do Estado capitalista. Além deste pensador, abordaremos a herança conceitual de Karl Marx,² no tocante à secularização das ideias políticas. Concluída essa exposição, buscaremos situar a contemporaneidade no que se refere às relações entre Estado e religião; e entre religião e poder, para que, mais adiante, possa-se estender essa compreensão à família e sua conseqüente conceituação legal.

1.1 O Período Pré-Secular: a mistura entre Religião e Estado.

¹ Cf. WEBER. **O Que é Burocracia**. Disponível em: <http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/o-que-e-aburocracia/livro_burocracia_diagramacao_final.pdf>. Acesso em: 7 nov. de 2016.

² Cf. MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. (1843). Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007. e MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. Trad. Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2002. MARX, Karl, *A Questão Judaica*, ed Centauro, 2003, São Paulo, p. 25.

A necessidade de um agrupamento humano advém da própria inclinação humana de se reunir, a fim de obter segurança e fortalecer relações afetivas. Aristóteles já pontuava em sua obra *A Política*, que o homem é um animal social (*politikon zoon*). Essas mesmas relações estão sujeitas a conflitos, fazendo-se vital o surgimento de um poder que possa pacificar e organizar internamente seus membros. Tal organização mostrou-se eficaz não só na organização interna, mas também como meio de se opor perante as ameaças externas e de outros agrupamentos humanos ou adversidades naturais.

Esses agrupamentos, ao se ampliarem, aumentam sua complexidade, levando ao surgimento do Estado, contudo, os motivos de sua origem divergem e residem no campo teórico, derivando de raciocínios hipotéticos. (DE CICCIO & GONZAGA, 2009, p. 64).

No escopo do presente trabalho, urge trazer a teoria da origem do Estado pela família, também conhecida como origem patriarcal. Trata-se de uma teoria adotada por filósofos como Aristóteles e São Tomás de Aquino. Em suma, essa teoria sustenta que a família seria a primeira célula social e que desta derivariam, as demais, iniciando pelos pequenos povoados que levariam às comunidades, que agrupadas formariam uma cidade, por fim, aglutinadas, formariam um Estado. (DE CICCIO & GONZAGA, 2009, p. 64).

Também de relevante destaque há a teoria da Origem em causas econômicas ou patrimoniais. Nessa visão organicista, o Estado seria formado para aproveitar os benefícios da divisão de trabalho, integrando diferentes atividades e profissões. Nesse diapasão, sustenta-se que a posse da terra gerou concentração de poder e que esta propriedade gerou o Estado. (DALLARI, 1983, p. 49).

Contudo, das teorias que sustentam a origem do Estado por motivos econômicos, a de maior destaque é a defendida por Marx e Engels, com destaque à obra “*A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado*”, que sucintamente defende que o Estado não se origina intrinsecamente na sociedade, tendo como sua causa a acumulação de bens e outras mazelas.

Desse modo, na constituição grega da época heroica vemos, ainda cheia de vigor, a antiga organização gentílica, mas já observamos igualmente o começo da sua decadência: o direito paterno, com herança dos haveres pelos filhos, facilitando a acumulação das riquezas na família e tornando esta um poder contrário à gens; a diferenciação de riquezas, repercutindo sobre a constituição social pela formação dos primeiros rudimentos de uma nobreza hereditária e de uma monarquia; a escravidão, a princípio restrita aos prisioneiros de guerra, desenvolvendo-se depois no sentido da escravização de membros da própria tribo e até da própria gens; a degeneração da velha guerra entre as tribos na busca sistemática, por terra e por mar, de gado, escravos e gens que podiam ser capturados, captura que chegou a ser uma fonte regular de enriquecimento. Resumindo: a riqueza passa a ser valorizada e respeitada como bem supremo e as antigas instituições da gens são pervertidas para justificar-se a aquisição de riquezas pelo roubo e pela violência. Faltava apenas uma coisa: a instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica, que não só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objetivo mais elevado da comunidade humana, mas também imprimisse o selo geral do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade, que se desenvolviam umas sobre as outras - a acumulação, portanto, cada vez mais acelerada, das riquezas -; uma instituição que, em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda. E essa instituição nasceu. Inventou-se o Estado. (ENGELS, 2010, p. 36)

Seguindo desta teoria, temos, em síntese, que o Estado origina-se de uma necessidade social inevitável e que resulta em forma conveniente de perpetuação do poder daqueles que o detém. Temos, assim, o Estado sendo utilizado como instrumento de controle e poder, tal qual outras ferramentas sociais; nesse ponto, não podemos olvidar a relevante posição que a religião exerce nessa estrutura.

Podemos remontar a relação entre religião e Estado aos primórdios da sociedade humana. Porém, para o fim específico do presente estudo, faz-se relevante um recorte histórico iniciado da Idade Média. Tal período foi marcado por um forte domínio religioso, que só é superado com o florescimento da renascença, trazendo consigo os primeiros lapsos de um projeto secular, que é o gérmen do Estado Moderno.

Na Idade Média a igreja assume o vácuo de poder que a queda do Império Romano deixou, estendendo sua dominância por todo o continente europeu. O controle da Igreja fazia-se presente nas esferas de poder e nas esferas de conhecimento, fazendo do pensamento religioso uma base dogmática inquestionável que permeava todo o saber.

Nesse sentido, pontua Jaques Le Goff (2008, p. 34-35) sucintamente:

Enfim, na idade média, e isso que é determinante, haviam um predomínio do pensamento religioso. A Bíblia permanece como o texto de referencia explicando o universo e a sociedade e regulando os comportamentos culturais, políticos e sociais. O que chamamos de "economia" na Idade Média se reduz a princípios religiosos e morais, camuflando a autonomia crescente desse domínio de atividade. os objetivos perseguidos são o justo preço e a boa moeda. a monarquia cristã é uma instituição sagrada e o rei é, em primeiro lugar, o defensor da fé. O Santo, que o é cada vez mais pelas virtudes do que pelos milagres, permanece como modelo humano superior, ainda que apareçam modelos mais ou menos laicizados: o bravo e o prud'homme.

A grande diferença, creio, entre mentalidades medievais e mentalidades modernas está na ausência, na Idade Média de um sentimento (e de práticas) de laicidade - ainda que a distinção entre clérigo e leigos seja essencial, mas também religiosa.

No campo filosófico, São Tomás de Aquino (1225-1274) desponta como uma relevante expressão do pensamento da época. Seu posicionamento era propriamente monárquico defendendo este regime como o mais adequado, desde que limitado pelo poder da igreja. Sustentava ainda uma sujeição monárquica a algumas leis, geralmente de base religiosa e promulgadas pela Igreja, sob o escopo do direito natural. (DE CICCIO, 2009, p. 192).

Um aspecto da dominância da igreja perante o monarca era a querela do "dualismo cristão", também conhecido como o tema dos Dois Reinos. Tal conflito advinha de interpretações das conhecidas palavras bíblicas atribuídas a Jesus em Mateus 22; 21. nas quais Cristo, ao ser questionado sobre o dever de pagar impostos à Cesar pede para que seja observada a moeda e, ao observar que ali

estava gravada a esfinge do imperador, determina que fosse dado a Cesar o que é de Cesar e a Deus o que é de Deus.³

Cabe analisar que as ideias de separação e autonomia entre Estado e religião, que poderiam se depreender da passagem Bíblica supra, não foram originalmente dessa forma encaradas pelos primeiros doutrinadores cristãos. Isso se deu pela interpretação destas palavras em conjunto com outra passagem bíblica, contida no capítulo 13 da Epístola aos Romanos⁴. Nos dois primeiros versículos, afirma Paulo que inexistem autoridade se não aquelas constituídas por Deus, e que, recusar-se a se submeter a estas é recusar o desejo divino e para si atrairá a condenação. (CASAMASSO, 2006 p. 73).

As palavras de Paulo, na epístola aos Romanos prevaleceu majoritariamente como a base para a interpretação cristã política na Idade Média, sustentando que qualquer que seja a autoridade constituída, trata-se de uma autoridade emanada de Deus e que, portanto, não pode ser contestada ou desobedecida em qualquer circunstância. Nessa base, desobedecer significa resistir a Deus. (CASAMASSO, 2006, p. 73).

Tal estrutura ideológica deu origem a uma santificação do monarca, doutrina conhecida como "potência régia", traduzida como uma teologia de governo, na qual era afirmado que, tal qual Cristo possuía duas naturezas, o rei, também às possuía, sendo uma perecível, e outra eterna.

Assim, nesse período a figura santificada do rei, associada à soberania da Igreja, produziam um Estado teocrático. Nesta estrutura o controle das massas se dava através da força física do Estado e o controle ideológico era sustentado pela Igreja.

³ "Dizem-lhe eles: De César. Então ele lhes disse: Dai pois a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus", em Bíblia sagrada; Tradução dos originais mediante a versão dos Monges Maredsous, 127ª edição, editora Ave-Maria, p. 1311, ano 1999.

⁴ Cada qual seja submisso às autoridades constituídas, porque não há autoridade que não venha de Deus; as que existem foram instituídas por Deus.

Assim, aquele que resiste à autoridade, opõe-se à ordem estabelecida por Deus; e os que a ela se opõem, atraem sobre si a condenação.

Romanos 13:1,2 - ia sagrada; Tradução dos originais mediante a versão dos Monges Maredsous, 127ª edição, editora Ave-Maria, p. 1462, ano 1999.

Essa formação só vê seu enfraquecimento no século X, quando em Roma, poderosas famílias iniciam uma disputa pelo poder e enfraquecem a figura do sumo pontífice, resultando algumas rupturas pela Europa. Na Germânia o Rei Oto I cria a figura dos "condes-bispos" que não reconhecem o poder do Papa, na França ocidental, os bispados e a maioria dos mosteiros passam para o controle dos senhores feudais. (GALLEGO, 2010, p. 52).

Mesmo enfraquecida, a presença da Igreja é frequente nas monarquias medievais. Contudo, críticas começam a despontar pelos pensadores já dissociados da ideologia religiosa, aos poucos, iniciam o movimento que iria resultar no fim da Idade Média e início do Renascimento, momento no qual os ideais laicos são fundados, estruturando a base para o Estado Moderno.

Nesse novo contexto de enfraquecimento da igreja, o dualismo cristão, passa a ser interpretado de nova maneira, passando a ser sustentado como um sinal de separação entre o Estado e a Igreja.

Nesse sentido, tem-se Dante Alighieri, que com intuito de encerrar as guerras internas que devastavam os pequenos reinados, sugeriu uma Europa unida, sob um Estado cristão único e regido por um imperador. Surge deste, possivelmente, a primeira defesa da divisão total de Estado e Igreja, ao afirmar a política de "dois sois" um Sol para iluminar a alma e do pós vida - igreja - e outro Sol para o corpo e assuntos presente - O Estado. (DE CICCIO & GONZAGA, 2009, p. 193).

O crescente decaimento da esfera de influência da Igreja católica ainda passa pela reforma protestante, o advento do Anglicanismo na Inglaterra, não olvidando o episódio conhecido como "Querela das Investiduras" no qual o político e o religioso adquirem um caráter mais nítido, o que passa a ser um aspecto desfavorável à mistura conceitual que antes predominava.

O Estado Moderno surge do resultado da concentração do poder político nas mãos dos monarcas absolutistas, majorados pela diminuição do poder dos senhores feudais e da Igreja. Manejado por meio da exclusividade da força física, o Estado Moderno passa a ser a condição de poder em última instância. Na prática, temos o Estado sustentado por um aparato burocrático, possuindo o monopólio da força

física e da produção do direito, e das demais atividades praticadas pelos indivíduos, sufocando qualquer autonomia destes. (CASAMASSO, 2010, p. 80).

No que tange as relações com a Igreja, se verifica uma busca cada vez maior de rompimento, nesse sentido, Marco Casamasso (2006, p. 90):

No que diz respeito às suas relações com a Igreja, o que se verifica, por parte do Estado Moderno, sobretudo em sua fase inicial, é a sua tendência em romper os laços que o prendiam a religião, no sentido de não mais se subordinar aos poderes eclesiásticos, e em exercer um controle, se não um domínio, sobre as instituições religiosas. Para o Estado, isso significa o imperativo e o ideal de fundar e legitimar a coesão dos seus membros - os súditos - não mais em termos de fé religiosa, ou em função de interpretações e argumentos teológicos, mas com base na razão. Podemos verificar a presença desta tendência nas obras dos principais teóricos políticos da modernidade, de Maquiavel a Rousseau, passando por Hobbes, Spinoza, Locke e Montesquieu. Com efeito, patenteou-se no cerne do pensamento político moderno a necessidade de considerar-se a existência de uma política voltada não para um mundo ideal - enclave no divino reino do dever ser - , mas para um mundo terrestre real, habitado por homens imperfeitos, ao mesmo tempo, carentes de segurança e capazes de maquiavar estratégias racionais de sobrevivência. Seja em termos doutrinários, seja em termos político-institucionais, a autonomia do Estado Moderno em face à Igreja traduziu-se na vitória do político sobre o religioso, ou seja, na capacidade de o Estado submeter ao seu controle a religião. Para os súditos, a subordinação do poder eclesiástico ao poder político teve como efeito uma redefinição na hierarquia das lealdades: em primeiro lugar, passavam a dever lealdade - e obediência - ao Estado, não à Igreja.

Nesse cenário, para os fins do presente trabalho, será abordada a obra "A Questão Judaica" de Karl Marx, na qual a questão da secularização é trazida à voga e servirá como importante fomentador do debate apresentado.

1.2 A crítica de Marx à religião na constituição do Estado Moderno.

A obra de Karl Marx (1818 a 1883) é incontornável ao estudo do Estado Moderno e da economia política, não podendo se resumir à defesa da revolução proletária, observada em seu "O Manifesto do Partido Comunista". Contudo, o que

interessa ao presente estudo é o pensamento marxista em sua juventude, em que o Jovem Marx debruçou sobre a questão judaica.

A Questão Judaica foi publicada em 1844, configurando dois ensaios elaborados por Marx em resposta aos artigos de Bruno Bauer: "A Questão Judaica" e "Sobre a Capacidade de Judeus e de Cristãos Atuais Ascenderem à Liberdade", publicados em 1842 e 1843 respectivamente.

Ainda que não expressamente antisemita, para Marx, a obra de Bauer poderia vir a ser utilizada pelo Estado prussiano como subsídio para este movimento. Motivo que levou o Jovem Marx a realizar uma obra tão radicalmente contrária à de Bauer, desconstruindo-a em todos os aspectos, ponto a ponto. A noção que se quer aproveitar da obra trabalhada consolida-se no seguinte trecho:

O homem se emancipa politicamente da religião ao bani-la do direito público para o direito privado. A religião já não é o espírito do Estado, onde o homem - ainda que de modo limitado, sob uma forma especial e numa esfera especial - comporta-se como ser genérico, em comunidade com os outros homens; ela se converte, agora, no espírito da sociedade burguesa, da esfera do egoísmo, no espírito do *bellumomniun contra omnes*⁵.

[...]

A religião se viu pressionada a baixar o nível dos interesses particulares e desterrada da comunidade como tal. (MARX, 2003, p. 25).

No ponto, Marx coloca que o homem liberta-se – de forma parcial – da religião por meio do Estado, "através de um desvio". Pois, no momento em que se cria o Estado, mantém-se a necessidade de um terceiro, onipresente e onisciente, que tudo soluciona igualmente, no paradigma teológico, todo necessitamos que Deus faça a mediação entre os homens, que dependem deste terceiro, onipresente e onisciente, para se relacionarem entre si. Com efeito, temos, de um lado, um mediador universal centralizado na figura de Deus e, de outro, existências individuais, isto é, uma sociedade formada por indivíduos atomizados.

⁵ A guerra de todos contra todos.

A partir da instituição do Estado Moderno, há uma cisão entre a sociedade civil e a esfera pública. Em outras palavras, separa-se política de religião, isto é, de vida privada. Destarte, é possível encontrar "uma mutação do político", que se opera nas fronteiras singulares de uma história que é a do Estado de Direito. Como esquecer que esse Estado se instituiu, por um lado, graças à secularização dos valores cristãos - e, no primeiro momento, há uma transferência da representação do Cristo mediador entre Deus e os homens para a do rei mediador entre a comunidade política e seus súditos -, e, por outro lado, graças a uma reelaboração religiosa da herança romana à transcrição numa problemática da transcendência à mediação de valores jurídico-rationais que sustentavam já uma definição da soberania do povo, do cidadão, da distinção do público o privado etc. (LEFORT, 1983, p. 52).

O argumento de Marx se arvorava na noção de que o homem vive em sociedade e desta recebe sua influência. Outrossim, o ser humano é um ser histórico, que assimila as ideias predominantes do seu tempo, tornando-se um herdeiro de todo patrimônio cultural da humanidade.

Nesse sentido, em seu "A Ideologia Alemã", Marx relaciona o surgimento da linguagem à constatação de que o homem é um ser gregário:

Desde o começo, pesa uma maldição sobre o 'espírito', de ser 'maculado' pela matéria que se apresenta aqui em forma de camadas de ar agitadas, de sons, em resumo, em forma de linguagem. A linguagem é tão antiga quanto a consciência – a linguagem é a consciência real, prática, que existe também para os outros homens, que existe, portanto, também primeiro para mim mesmo e, exatamente como a consciência, a linguagem só aparece com a carência, com a necessidade dos intercâmbios com os outros homens.

[...]

Por outro lado, a consciência da necessidade de entrar em relação com os indivíduos que o cercam marca, para o homem, o começo da consciência do fato de que, afinal, ele vive em sociedade. Este começo é tão animal quanto a própria vida social nesta fase; é uma simples consciência gregária. (MARX, 2002, p. 24-25).

Nas razões lógicas do texto, percebe-se que Marx vislumbra o nascimento da sociedade como consequência da linguagem, que nos aproxima uns dos outros e molda nossas consciências. Portanto, esse início da sociedade se daria por uma habilidade inerente ao animal "homem".

Nessa linha de pensamento, quanto ao que vem se denominar posteriormente “Estado Laico”, o Jovem Marx sustentava que “a miséria religiosa constitui ao mesmo tempo a expressão da miséria real e o protesto contra a miséria real”. Argumentava, pois, que “a religião é o suspiro da criatura oprimida, o ânimo de um mundo sem coração e a alma de situações sem alma”, culminando na emblemática máxima: “A religião é o ópio do povo.” (MARX, 2007, p. 145).

A visão de Marx para a religião era de um engodo ilusório que retirava do homem sua razão, tirando-lhe o foco das questões que lhe são relevantes, para focá-las em questões irrelevantes. Conforme bem pontua no trecho abaixo destacado.

A crítica da religião liberta o homem da ilusão, de modo que pense, atue e configure a sua realidade como homem que perdeu as ilusões e **reconquistou a razão**, a fim de que ele gire em torno de si mesmo e, assim, em volta do seu verdadeiro sol. A religião é apenas o sol ilusório que gira em volta do homem enquanto ele não circula em torno de si mesmo.

[...]

A crítica do céu transforma-se deste modo em crítica da terra, a crítica da religião em crítica do direito, e a crítica da teologia em crítica da política. (MARX, 2007, p. 146). **(grifo do autor)**

Essa visão da religião, colocando-a como artifício alienador do homem, é encontrada em outros importantes pensadores do século XX, como na obra “O Anticristo” de Nietzsche:

Mesmo com a mais modesta reivindicação de retidão, hoje é preciso saber que um teólogo, um sacerdote, um papa não apenas erra a cada palavra que pronunciam, mas mente - que ele não tem mais a liberdade de mentir por “inocência”, por “ignorância”. O sacerdote, tanto quanto qualquer um, também sabe que não há mais nenhum “Deus”, nenhum “pecador”, nenhum “Redentor” - que “livre arbítrio”, “ordem moral do mundo” são mentiras: A seriedade, a profunda auto superação do espírito não permitem a mais ninguém não saber a respeito disso... todos os conceitos da igreja são reconhecidos como aquilo que são, como a mais perversa cunhagem da moeda falsa que existe, e cujo objetivo é desvalorizar a natureza, os valores naturais; o próprio sacerdote é reconhecido como aquilo que é, como a mais perigosa espécie de parasita, como a verdadeira aranha venenosa da vida. (NIETZSCHE, 2008, p. 69).

Em “A Questão Judaica”, ao abordar a proclamação da emancipação política por meio da declaração dos direitos do homem, Marx visa argumentar contra Bauer, no sentido de que o direito a exprimir convicções religiosas não representa nada mais que a cisão advinda da separação dos direitos individuais (“egoístas”) do homem, como elemento à parte, e o Estado, que mediava a relação entre este e os demais homens, doravante, cidadãos.

Claude Lefort, ao estudar a obra de Marx, sinteticamente pontua que o direito é uma manifestação da cisão entre os elementos do homem, colocando o Estado como mediador de todas as relações. Mesmo diante de comunidades supostamente isoladas, como a dos judeus, essa relação estatal, assimilaria a função que outrora foi da religião, de mediadora universal. Assim, coloca:

[...] no essencial, o argumento de A Questão Judaica é destinado a demonstrar contra a tese de Bauer, que o direito a exprimir convicções religiosas – mesmo as dos judeus, que imaginam pertencer a um povo à parte, cujas crenças estão aparentemente em contradição com o fato de pertencerem a uma comunidade política –, este direito manifesta apenas a cisão advinda, santificada pelos direitos do homem entre o elemento individual, particular, privado, constitutivo da sociedade civil, e a vida do Estado, entre o membro da sociedade burguesa e o cidadão. (LEFORT, 1983, p.47).

Destarte, deixemo-lo falar por si mesmo, merecendo referência sua VII Tese sobre Feurbach, em que Marx coloca: “o ‘espírito religioso’ é ele próprio um produto social e [...] o indivíduo abstrato que ele analisa pertence na realidade a uma forma social determinada.” (MARX & ENGELS, 2002, p. 102).

Em conclusão, a presença da Religião nos assuntos estatais sofreu forte ataque, desde a consolidação do absolutismo, até o advento dos ideais marxistas, antropológicos, trafegando pela ideologia do culto à racionalização, marcada com a origem do Estado Moderno. Essa conjuntura estabeleceu uma aversão de qualquer questão inerente à crença, fé, ou religião, nos âmbitos estatais, fato relevante para a compreensão do contexto contemporâneo. Nesse diapasão, Max Weber é de grande

valia, ao pontuar as formas de dominação e sinalizar como estas sofreram alterações em seu eixo, quando da formação do Estado Moderno.

1.3 O aporte teórico de Max Weber: a racionalização do Direito em contraposição à Justiça Sagrada.

Os estudos de Max Weber (1864 a 1920) deram a base da sociologia moderna e concentram-se na análise das estruturas governamentais e sociais, na economia, na religião, no direito e na busca da origem do sistema capitalista burguês.

Weber identifica três formas distintas de legitimação do Estado no curso da história. São estas as chamadas "formas de dominação". A tradicional ou patriarcal é aquela na qual a tradição legitima o poder, são exemplos destes a figura do patriarca. A segunda forma de dominação é a chamada dominação carismática. Ela por sua vez, é marcada pelo culto da pessoa e pela sacralidade. Esta é representada como um herói, um populista ou um líder religioso. Neste modelo o direito é programado pelo líder carismático e visto como julgamento ou profecia divina. Por fim, há a dominação legal, marcada pela racionalidade, hierarquia e burocracia.

Neste exposto, sintetiza Trubek (1972, p. 162):

Weber identificou três formas ideais ou puras de legitimidade. São as chamadas formas de "dominação" tradicional, carismática e legal. Membros de uma ordem social tratarão ordens como legítimas porque são emitidas conforme hábitos imutáveis, porque são emitidas por indivíduos com características extraordinárias ou exemplares, ou porque estão apoiadas em uma promulgação jurídica consciente.

Como instrumento de dominação, Weber aponta o direito como de grande relevância. As diferentes formas de dominação possuem características singulares a cada forma de direito nelas contidas. Assim, nas formas de dominação tradicionais, a decisão é tomada de forma empírica, arvorada nas tradições daquele povo. Nos meios de dominação carismáticos, a legislação e as decisões são acatadas diante

do carisma do líder que, impõe-se por força, veneração e divindade e as decisões são ilógicas. Para Weber, nessas formas de dominação o direito torna-se legítimo por fatores extrínsecos. (TRUBEK, 1972, p. 162). Weber pontua na obra “O Que é Burocracia”, os seguintes termos:

As respostas rabínicas do Talmude exemplificam paradigmaticamente uma justiça empírica não racional, mas “racionalista” e, por sua vez, nutrida pela tradição. Em última instância, todo veredito profético é justiça dos Cadis pura, não nutrida pela tradição, e segundo o esquema: “Está escrito... mas eu os digo quanto mais energicamente sobressai a índole religiosa da posição do Cadi (ou um juiz semelhante), tanto mais livremente predomina o juízo do caso individual e tanto menores são os impedimentos que geram as normas no interior da sua esfera operacional não nutrida pela tradição sagrada. (WEBER, s/d, p. 37).

[...]

O caso particular que não pode ser resolvido com precisão atendo-se à tradição soluciona-se quer seja por “revelação” concreta (oráculo, decisão profética ou ordália, ou seja, mediante uma justiça “carismática”), ou ainda – e somente estes são os casos que nos interessam aqui – mediante juízos formais expressados em termos de avaliações éticas concretas, ou de outra classe prática. (WEBER, s/d, p. 41).

O terceiro tipo de dominação é a dominação legal, cuja estrutura é burocrática. Para Weber esse modelo é sustentado sob uma base organizada e racional, garantidora de direitos e igualdade aos homens. Trata-se de um modelo previsível, portanto, adequado ao capitalismo, uma vez que, para as corporações realizarem seus investimentos - que é a base para o capitalismo moderno - é fundamental que existam certezas e previsibilidade nas atuações do Estado e entre outras pessoas. Como sintetizou o eminente jurista estadunidense contemporâneo, David Trubek, a respeito deste tipo de dominação burocrático.

Mas quando o “direito”, de maneira genérica, torna-se direito racional, ele também se torna seu próprio princípio de legitimação e a base de toda dominação legítima. Esta é a natureza característica do direito “moderno” e, portanto, do “estado moderno”. Dominação legal é baseada na racionalidade lógico-formal, que pode existir apenas no contexto deste tipo de dominação. Mais do que isso, Weber sugeriu que, como o “direito” (em um sentido geral) evoluiu para o direito moderno, racional, as formas de dominação evoluíram para o estado

moderno, criador e criatura deste tipo de direito. (TRUBEK, 1972, p. 162).

A burocracia, legal e administrativa, incorporada nas entranhas do Estado e nas organizações civis da Europa continental, foi, na visão de Weber, uma das responsáveis pelo afastamento da figura sagrada e carismática que, em instância final, levou a Europa ao capitalismo moderno e conseqüentemente ao Estado Moderno.

Precisão, velocidade, certeza, conhecimento dos arquivos [coletânea jurisprudenciais], continuidade, direção, subordinação estrita, redução de desacordos e de custos materiais e pessoais são qualidades que, na administração burocrática pura, e fundamentalmente na sua forma monocrática, atingem o seu nível ótimo. A burocracia planejada é, nos mencionados aspectos, comparativamente superior às restantes formas de administração, colegiada, honorífica e não profissional. Inclusive, tratando-se de tarefas complexas, o trabalho burocrático por salário resulta não somente mais preciso, mas também, em última instância, menos custoso que o serviço *ad honorem* formalmente não remunerado. (WEBER, p. 37).

Para Weber a Inglaterra, não possuía um sistema jurídico de origem racional - lógico. Em uma segunda fase dos seus pensamentos, o autor vem responder as críticas de que as vantagens da organização burocrática mencionadas acima, de fato não poderiam ser empiricamente demonstradas pela ascensão do capitalismo na Inglaterra. Para fazer sua tese prevalecer sobre este fato, Weber vai apontar a razão do sucesso da empreitada capitalista naquele país na ética protestante.

Assim, no tocante ao trato da ética religiosa e de sua influência na formação do Estado Moderno, grosso modo, divergindo do ideário contratualista, Weber entende que não há nenhum tipo de "valor" anterior a existência da sociedade, isto é, não existem para ele os tais direitos naturais, o que implica que os axiomas perseguidos em sociedade nada mais sejam que a causa de efeito da própria vida em sociedade, que é condição propícia à instauração desses valores.

Com isso, é possível estabelecer a "ética do trabalho" como elemento fundamental da ética protestante no contexto capitalista, em que Weber (2004)

identificou um modelo social que permitiu as condições necessárias para o surgimento do capitalismo.

Este modelo constituiu-se de maneira a disseminar tipos de comportamento advindos do protestantismo, formando um modelo de identidade social dominante e estabelecendo “modalidades de conduta de vida”, que se desdobram em uma devoção ao trabalho como única forma de dignificação do homem.

Nesta perspectiva Weber explicitará que esta racionalização teve solo fértil em um ambiente no qual o trabalho surge como “vocação”, dentro da ética protestante, ou seja, como um chamado divino, como única forma possível de louvar a Deus. É importante vislumbrar que, apesar de ter suas origens vinculadas a um contexto religioso específico, o desenvolvimento da ética do trabalho e o próprio capitalismo realizam-se independentemente dessas origens:

No presente, com nossas instituições políticas, jurídicas e comerciais, com as formas de gestão empresarial e a estrutura que é própria da nossa economia, esse "espírito" do capitalismo poderia ser entendido como puro produto de uma adaptação, conforme já se disse. A ordem econômica capitalista precisa dessa entrega de si à "vocação" de ganhar dinheiro: ela é um modo de se comportar com os bens exteriores que é tão adequada àquela estrutura, que está ligada tão de perto às condições de vitória na luta econômica pela existência, que de fato hoje não há mais que se falar de uma conexão necessária entre essa conduta de vida "crematista" e alguma "visão de mundo" unitária. É que ela não precisa mais se apoiar no aval de qualquer força religiosa e, se é que a influência das normas eclesíásticas na vida econômica ainda se faz sentir, ela é sentida como obstáculo análogo à regulamentação da economia pelo Estado.

[...] o capitalismo moderno, agora vitorioso, já se emancipou dos antigos suportes. (WEBER, 2004, p. 64).

Haja vista que uma explanação definitiva do pensamento weberiano seria trabalho árduo e que, naturalmente, o presente estudo não pretende realizar, citamos outro importante trecho de sua obra:

A necessidade de salvação, cultivada conscientemente como conteúdo da religiosidade, originou-se sempre e em toda parte - apenas gravada com força diferente quanto à clareza dessa relação - como consequência da busca por uma racionalização sistemática e

prática da realidade da vida. Expresso de outra maneira: pela reivindicação - que se tornou nesse nível um pressuposto específico de toda religião - de que o curso do mundo, pelo menos até onde ele pode afetar os interesses das pessoas, seja um processo de alguma maneira dotado de significado. Essa reivindicação apareceu, como vimos, de maneira natural e antes de tudo como o problema geral do sofrimento injustificado, ou seja, como o postulado de uma compensação justa para a distribuição desigual das fortunas individuais intramundanas. (WEBER apud BACHUR, 2011, p. 180).

A partir do isolamento interior do indivíduo, há melhores chances de irromper uma moral do interesse particular, da vocação, enfim, do individualismo. E segue:

[...] o mundo existe para servir à glorificação de Deus, e só para esse propósito. Os cristãos eleitos estão no mundo apenas para aumentar a glória de Deus, obedecendo a Seus mandamentos com o melhor de suas forças. Deus, porém, requer realizações sociais dos cristãos, porque Ele quer que a vida social seja organizada conforme Seus mandamentos.

[...]

Esse caráter é pois partilhado pelo trabalho dentro da vocação, que propicia a vida mundana da comunidade. Mesmo em Lutero encontramos o trabalho especializado no âmbito da vocação justificado em termos de amor fraternal, essa obediência assume um caráter peculiarmente objetivo e impessoal, a serviço do interesse da organização racional do nosso meio social. (WEBER, 2012, p. 90).

Sem embargo, a doutrina social da Igreja desempenhou papel fundamental na luta pelo bem comum (leia-se: interesse geral) no Estado Social de Direito, principalmente com o Papa João XXIII. Na Encíclica *Pacem in Terra*, João XXIII definiu o Estado Social de Direito como “o conjunto das condições sociais que permitem tanto aos grupos como a cada um de seus membros, atingir a sua perfeição de maneira mais total e mais fácil.” (apud DI PIETRO, 2010, p. 208).

Vale dizer, emerge do liberalismo oitocentista a distinção entre “o bem-comum medieval e o interesse público moderno: enquanto aquele é natural, esse é racional, resultando de uma apreciação realizada pelos indivíduos, e não mais pela vontade divina”. (BACELLAR & HACHEM, 2010, p. 81).

Note-se que até então, as doutrinas propaladas no bojo do liberalismo revelavam um acentuado individualismo jurídico, ao compreenderem o Estado como

“um meio ao serviço de um fim: o interesse dos indivíduos”. Assim, pode-se dizer, em suma, que a concepção liberal de interesse público refletia a garantia dos interesses privados. O Estado Liberal, como adverte Pietro Costa (apud HACHEM, 2010, p. 84) seria:

[...] um meio para atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do ‘direito’) no ‘poder’ com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos [...] [de sorte que sua razão de ser] é precisamente a de influenciar a relação entre Estado e indivíduo, introduzindo, a favor do sujeito, alguma limitação (‘jurídica’) do poder soberano.

Nessa perspectiva, o impedimento da interferência do Estado na esfera jurídica individual dos particulares, como garantia da liberdade da autonomia privada e do liberalismo econômico balançou as bases do Estado, de molde que se passou a identificar no Estado de Direito justamente uma antítese a este modelo de Estado que se omitia, sob o argumento da plena liberdade dos interesses privados.

Nessa senda, os próprios indivíduos passaram a exigir a atuação do poder público, não mais para o exercício só das atividades de segurança, polícia e justiça, como ocorria no período liberal, mas também para a prestação de serviços públicos essenciais ao desenvolvimento da atividade individual, em todos os seus aspectos, pondo fim às injustiças sociais geradas pela aplicação dos princípios incorporados pelo direito civil.

Outrossim, vemos que a classe dos legisladores sofreu modificações. Introduzidas especialmente após o abandono do voto censitário⁶, as modificações deram lugar à multiplicação dos grupos sociais com influência na tomada de decisões políticas.

Em conclusão, temos que Weber propõe uma interessante forma de classificação das formas de dominação, que se torna de grande valor como meio de entender o surgimento do Estado Moderno. Esse estudo possibilita, ainda, apontar os alicerces em que esse poder se sustenta.

⁶ Não é demais lembrar que excluídos de votar eram “os que não tiverem de renda líquida anual cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos”. (art. 92, V, da Constituição de 1824).

Agora, este poder, desvinculado do sagrado, do mágico e da tradição, arvora-se na burocracia. Nessa toada Weber sinaliza o direito como meio fundamental para a manutenção e preservação de tal sistema, cultivando assim, terreno fértil para o capitalismo secularizado.

1.4 Liberdade Religiosa e Democracia.

O presente capítulo elencou diversas facetas da secularização como pressuposto da formação do Estado Democrático de Direito. Trata-se de assunto amplo que, humildemente, não se tem a intenção de esgotar, mas para o escopo da presente pesquisa, pretende-se destacar elementos relevantes, que possibilitem uma base sólida à conclusão.

Vimos, portanto, que o Estado pré-secular tinha a religião integrada solidamente em seu sistema de poder e legitimação. Trata-se de uma forma de dominação tradicional, como apontado por Weber. A progressão para um sistema racional impeliu a religião para o âmbito privado e, como sustentado em Marx, essa exclusão da religião faz parte dos meios de ascensão ideológica do Estado, ou seja, como meio de excluir relações paralelas, focando todas as relações sob o poder do Estado, função antes relegada a Deus.

O poder secular emancipa-se progressivamente do poder de Roma. Na França, Felipe, o Belo, (1268 - 1314) apoiando-se em seus juristas, libera o poder da influência do clero. Quando o direito soberano foi reconhecido como procedendo imediatamente de Deus, diz Bakunin (1983, p. 33), o poder foi proclamado absoluto, como “a sanção divina da força bruta”. Ao ensejo, para este filósofo, a organização social da liberdade teria como condição essencial as corporações religiosas não gozarem de nenhum direito político.

Todos os processos que nos permitiam olhar o mundo dessas práticas pelo quanto são produção efetiva de vida, individual e coletiva, na sua diversidade e o quanto a vida do outro, vem confluír para aquilo que seria denominado de “austeridade sexual”. Para citar Foucault (2014, p. 307):

A austeridade sexual precocemente recomendada pela filosofia grega não se enraíza na intemporalidade de uma lei que tomaria alternadamente as formas historicamente diversas da repressão: ela diz respeito a uma história que é, para compreender as transformações da experiência moral, mais decisiva que a dos códigos: uma história da 'ética' entendida como a elaboração de uma forma de relação consigo que permite ao indivíduo constituir-se como sujeito de uma conduta moral.

Conceitualmente, a questão que se pretende apontar é que, por meio desta construção histórica, filosófica e social, as esferas do Estado e Religião, para a maioria dos juristas, não de ser separadas. No Brasil, essa tradição secularizante advém desde a constituição de 1824, conforme Pimenta Bueno, eminente jurista do império:

A sábia lei fundamental que rege os destinos do Brasil (CF/24) proscreeu, o dogma irracional dos Estados patrimoniais do intitulado Direito Divino – sic volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas. (BUENO apud. TORRES, 1964, p. 76).

Após o surgimento do capitalismo mercantil, com o declínio do poder da Igreja e a ascensão do poder do Estado, verifica-se uma inversão de tendência, segundo a qual o enfraquecimento da instituição religiosa conduz a uma dependência da Igreja em relação ao Estado. Seguindo essa ideia, citamos Barroso:

A laicidade indica que Igreja e Estado devem ser separados, que a religião é uma questão privada de cada indivíduo e que, na política e nos assuntos públicos, uma visão racional e humanista deve prevalecer sobre concepções religiosas. (BARROSO, 2012, p. 437).

Henri Pena-Ruiz, filósofo francês que trabalha especificamente com o tema da laicidade diz, diferentemente de alguns, que a neutralidade do espaço público não se pode deixar prestas a mal-entendidos. Ou seja, para ele a laicidade do Estado não implica nenhum relativismo, nem se reduz a uma “operação arbitrária de um simples dispositivo jurídico de 'gestão do pluralismo religioso. (PENA-RUIX, 2003, p. 25). Pois esta concepção minimalista da laicidade, por vezes chamada “laicidade aberta”, exclui tanto os ateus quanto os agnósticos deste ecumenismo.

Por isso, o filósofo francês aponta duas condições simultâneas para a realização do caráter positivo da laicidade. A primeira delas diz respeito à necessidade de que o poder público esteja vinculado a todos e, por isso, coloque em primeiro lugar o vínculo que a todos une. Este vínculo seria um princípio de universalidade, que abrangeria a todos sem que se houvesse nenhuma deriva “diferencialista” ou “comunitarista”.

A segunda condição seria a seguinte: que cada um aprendesse a viver o tipo de convicção que lhe toca ao coração de uma maneira distanciada o suficiente para que possa excluir o fanatismo e a intolerância. Este seria um princípio de distância interior. Ele sustentaria a tolerância civil, e tornaria possível o debate no espaço público.

Por isso, resumindo a questão da laicidade, disserta:

A laicidade diz respeito ao princípio de unificação dos homens no seio do Estado. Ela supõe uma distinção de direito entre a vida privada do homem como tal e sua dimensão pública de cidadão: é enquanto homem privado, na sua vida pessoal, que o homem adota uma convicção espiritual, religiosa ou não, que ele pode dividir com ou outros: mas, daí, o poder público não tem com o que se preocupar enquanto a expressão das convicções e das confissões permanecerem compatíveis com o direito de outrem. (PENA-RUIX, 2003, p. 25)

Quando dissertamos acima sobre o texto de Marx, “A Questão Judaica”, esta separação entre homem privado e cidadão, entre *bourgeoise citoyen* já estava delineada. O que é importante ressaltar é o quanto a noção de laicidade é devedora do afastamento do indivíduo frente ao Estado; e, no vocabulário filosófico-jurídico, como já apontado por alguns, isso significa o surgimento dos denominados “Direitos do Homem”, em especial os de primeiro grau (HAARSCHER, 1997, p 44 e ss).

Isto é, a laicidade depende estritamente de uma filosofia que pretenda respeitar o indivíduo e de alguma forma, ela nasce do próprio “surgimento” do indivíduo enquanto tal (RENAUT, 1989). Segundo Guy Haarscher (1997, p. 44), inclusive, “*toda a teoria dos direitos do homem releva num sentido definido [...] do individualismo.*”

A laicidade se insere nas liberdades denominadas pelos Anglo-Saxões como “freedom from”, isto é, significam uma emancipação do indivíduo em face do Estado. Por isso, diz-se que a primeira geração dos direitos do homem, na qual a laicidade se insere, “além do aspecto individualista *geral* que ela representa inevitavelmente [o autor pensa na fundamentação da teoria dos direitos do homem e do cidadão], ‘acrescenta-lhe algo’, sobretudo, como se compreende, no que diz respeito à proteção dos interesses da classe burguesa.” (HAARSCHER, 1997, p. 45).

Daí, podermos inclusive questionar o porquê de, apesar de centenária e inerente ao mundo moderno, a questão da separação entre estado e Religião continuar sendo objeto de contestação.

João Baptista Villela, sobre isto, comenta:

[...] entre nós, parece que algumas pessoas acabam de descobrir que o Estado é laico. E, apressadas, concluem que o Estado laico deve conduzir-se com absoluto distanciamento da moral. Contudo, explica, “o Estado não passa de uma estrutura organizada segundo um feixe de valores que exprimem alguma forma de moralidade.” (VILLELA, 2007).

Maria Garcia, por sua vez, anota, já expondo uma critica ao próprio sistema legal e político pátrio que:

O Estado se quer laico, mas não aético: nota-se, precisamente que a Constituição de 1988 consagrou o princípio da moralidade expressamente, dirigido aos Poderes Públicos e à cidadania, portanto se trata da Ética Pública ou Política, para o governo do Estado (a polis) e de seus cidadãos. (GARCIA, Maria. Cit., p. 3.).

Nesse mesmo sentido, Maria Berenice Dias conclui ao apresentar as matrizes históricas das restrições impostas às uniões homoafetivas e o papel das religiões:

O maior preconceito contra a homossexualidade provém das religiões. Docilidade, cultura e religião sempre estiveram profundamente entrelaçadas, daí a censura aos chamados pecados da carne.

[...]

A sacralização da união heterossexual aconteceu na Idade Média. O casamento – sem nada perder de seu viés patrimonial – foi transformado em sacramento. (DIAS, 2009, p.35-36).

É preciso, por isso, imperativamente, pensar a democracia em termos de autonomia e não sobre a forma da separação em relação à religião. E de outro lado, a religião, particularmente o cristianismo deve renunciar ao princípio augustiniano das duas cidades, que de certa medida desvaloriza, queiramos ou não, o percurso histórico do homem em suas modalidades e suas realizações políticas. (LEDURE, 2016).

Nesse marco, questiona-se se o Estado pode olhar para os cidadãos que o compõe e readaptar-se para assim abarcar as mudanças impostas pelos tempos hodiernos e vindouros. Com isso, desejamos indicar que o Direito, sob pena de se tornar letra morta ou um farol que ilumina para trás, estático, que conduz aos limites morais antes estabelecidos, deverá buscar se adaptar. Diante desta indagação, o presente trabalho se debruçará sobre os princípios do Estado de Direito e sua configuração no que diz respeito às famílias dos cidadãos que o compõe para, num momento ulterior, indicar as efetivas mudanças ocorridas na família que parece em algum descompasso com a formulação conceitual de juristas contemporâneos.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O presente trabalho pretende dissertar sobre a configuração legal da família contemporânea, dessa forma, transita pela importante questão das conquistas de direitos fundamentais e dos princípios que lhe sustentam. Destarte, cogente tecer considerações acerca do Estado Democrático de Direito, pois deste, nascem.

Este capítulo, assim, em primeiro momento, abordará as questões referentes ao Estado de Direito, para em seguida debruçar-se sobre o Estado Democrático de Direito e, finalmente, adentrarmos nos princípios que o constituem.

2.1 O Estado de Direito e os Direitos Fundamentais.

A questão da origem do Estado Moderno e quais são suas características, já foi objeto de exposição no capítulo anterior. Assim, neste momento, serão destacados aspectos inerentes e relevantes para o presente trabalho no que tange o Estado de Direito.

O Estado de Direito é um sistema institucional fundado na submissão de todos - independentes de classe social ou posição política - ao sistema legal previamente constituído. Apresenta ele uma importante quebra no paradigma absolutista e monárquico, no qual se diferenciava os indivíduos por títulos de nobreza, obtidos hierarquicamente ou distribuídos pelo monarca.

Nestes termos, o Estado de Direito implica na abolição das categorias, dos privilégios de classe e de todas as espécies de distinções. Igualmente, este se forma e se define por meio das normas jurídicas, determinando e limitando sua atividade assim como os limites da liberdade de seus cidadãos. Conforme leciona Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 37):

O Estado de Direito define e respeita, *através de normas jurídicas*, seja os limites da sua atividade, seja a esfera da liberdade dos indivíduos - , podendo agregar ainda duas idéias, para chegarmos, finalmente, ao conceito que procuramos.

Assim, conforme transcrito, o autor conceitua relevante aspecto do Estado de Direito e atrela ainda, duas características que marcam sua composição: a autolimitação do Estado por meio de suas próprias normas jurídicas e o respeito às liberdades fundamentais de seus cidadãos.

Neste diapasão, Sundfeld expõem que para a efetividade da submissão do Estado à lei, deve existir em sua composição, uma autoridade que "não seja incumbida de fazer a lei e ao mesmo tempo aplicá-la." (SUNDFELD, 2003, p. 38). Isso se deve, a fim de impedir que no ato da aplicação da lei, tal autoridade possa alterá-la, com intuito de se beneficiar.

O autor, afirma ainda, que é cogente a presença de uma terceira autoridade, também diversa, que possa "julgar as eventuais irregularidades da lei e de sua aplicação" (SUNDFELD, 2003, p. 38). Em síntese, trata-se de que "as funções de fazer as leis (legislar), aplicá-las (administrar) e resolver conflitos (julgar) devem pertencer a autoridades distintas e independentes. A isso denominamos *separação dos Poderes*." (SUNDFELD, 2003, p. 38).

Concomitantemente, para a efetividade da separação dos poderes, tal separação deve ser imutável. Principalmente pelo fato do legislador, tendo o poder de criar e modificar leis, ser capaz de intervir no poder do administrador e do julgador.

É por essa razão que Sundfeld afirma:

[...] deve haver uma norma superior à lei (e em consequência, superior ao Estado que a produz) definindo a estrutura do Estado e garantindo direitos aos indivíduos. A essa norma chamamos de *Constituição*.

[...]

Assim, definimos Estado de Direito como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-las ao próprio Estado. (SUNDFELD, 2003, p. 38).

Ampliando o conceito, referindo-se a Norberto Bobbio, Sundfeld destaca que a doutrina liberal acresce outro importante ponto do Estado de Direito.

Quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição ulterior: a constituição dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípios 'invioláveis' [...] do Estado de direito em sentido forte, que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder. (BOBBIO, 1988, p. 19 apud SUNDFELD, 2003, p. 39).

Assim, vemos a proteção de um 'núcleo duro' de direitos fundamentais como uma importante característica inerente ao Estado de Direito. Os direitos fundamentais são caracterizados, sobretudo, pelos direitos a liberdade e igualdade. Trata-se de direitos, primeiramente surgidos nas constituições francesa e americana, posteriormente, positivada na Declaração do Homem e do Cidadão.

Tais direitos são de origem constitucional e não podem ser retirados pelo Estado, sob qualquer meio, mesmo diante do interesse público. O Estado de Direito, nesse contexto, acaba por se deparar e lidar com essa ideologia lastreada no Direito como meio de proteção. Na contemporaneidade, essa proteção, adquire novas cores e contornos.

Nesse sentido, expressa Habermas (2015, p.129-131):

Desde a segunda metade dos anos 1970, foi se formando um novo movimento de protesto, com outra composição, com novos objetivos e com uma paleta de cores de novas formas, diferenciadas, de manifestação de vontade. [...] destinadas a confrontar o planejamento de grandes projetos com uma forma de vida alternativa;

[...]

Esse amálgama de movimento pacifista, ecológico e feminista não é nada daquilo que se poderia proibir como um partido.

[...]

Como ensina a comparação com o movimento estudantil, o movimento de protesto contemporâneo oferece pela primeira vez a oportunidade de compreender, mesmo na Alemanha, a desobediência civil como o elemento de uma cultura política madura. Toda democracia ligada ao Estado de Direito que é segura de si mesma considera a desobediência civil como componente normalizado, visto que necessário, de sua cultura política.

Nesse apontamento, salientamos a influência nascida, particularmente, na segunda metade da década de 70 do século XX. Esta década foi de relevante importância para o surgimento de novos movimentos sociais que lutavam para constituir e ampliar direitos sociais, os quais ficam conhecidos como terceira geração dos direitos do homem. (HAARSCHER, 1997, p. 50).

O campo do direito, nessa concepção, apresenta-se como ferramenta essencial para garantia de direitos básicos perante o Estado. Dados os direitos ao cidadão, o Direito os recebe no seu âmbito ideológico e o cidadão passa a ter expectativa de seu devido cumprimento e respeito pelo Estado.

Destarte, o Estado é modernamente concebido com atributos que lhe são próprios e constituem meios jurídicos para realizar a vontade geral. (DROMI, 1995, p. 94).

Ou seja, no Estado de Direito os objetivos e finalidades concretos da comunidade política se institucionalizam como compromissos estatais, implicando em que sua organização e funções públicas sejam realizadas sempre buscando satisfazer o denominado interesse público.

No mesmo sentido, Roberto Dromi (1995, p. 141) assevera:

A função administrativa é uma das vias de atuação jurídico-formais junto com a de governo, a legislativa e a judicial, para o exercício de poder como meio para a comunidade atingir seu fim. Na prática, é a atividade que de forma direcionadora e direta tem por objeto a gestão e serviços em função do interesse público, para a execução concreta e prática dos tarefas estatais, mediante 'atos de administração'.⁷ (tradução nossa).

⁷ *“La función administrativa es una de las vias de actuación jurídico-formal junto con la gubernativa, la legislativa y la judicial, para el ejercicio del poder como medio de la comunidad para alcanzar sus fines. Concretamente, es la actividad que en forma directiva y directa tiene por objeto la gestión y servicio en*

Na esmagadora maioria das nações que se enquadram como Estados de Direito, os direitos fundamentais residem em suas respectivas constituições. No Brasil não é diferente. O que impele uma especial atenção ao estudo do direito constitucional.

Neste sentido, Maria Garcia (2008, p. 12) expõe:

No constitucionalismo do século XXI, o Estado Democrático de Direito deve vincular-se à Ética e o Direito Constitucional para, compreensivelmente, alcançar os parâmetros da dignidade do homem e da universalidade dos Direitos Humanos.

Outrossim, mister que os direitos fundamentais sejam compreendidos em sua forma ampliada tripartida, constituída em direitos fundamentais, controle de constitucionalidade e legislação parlamentar. Isso porque, somente mediante um sistema de garantias de aplicação e respeito aos preceitos fundamentais que estes serão respeitados e protegidos no ordenamento e pela atuação do Estado.

Quanto a isso Roberto Alexy (2014, p. 174), reza:

Para atrelar isso à prática usual na maioria dos estados democráticos constitucionais de hoje deve a confrontação [...] entre direitos fundamentais e democracia ser ampliada para a tríade direitos fundamentais, controle de constitucionalidade e legislação parlamentar.

A adequação estrutural deste ordenamento a certa norma convencional, entendida aqui como *prácticae* – principalmente – como direito, para além do estatal, é essencial para a existência de um Estado constitucional em que o Estado de Direito possa desenvolver-se. Nesse sentido, Neil Maccormick (2011, p.84) coloca:

O carácter normativo do todo depende de uma norma convencional conforme a qual todas as pessoas que exercem uma função pública devem observar e dar sustento à constituição e às leis validamente criadas em conformidade com esta. O cumprimento desta norma

función del interés público, para la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales, mediante la realización de 'actos de administración'

básica convencional ou consuetudinária é essencial para a existência de um Estado constitucional em que o 'ruleoflaw' possa desenvolver-se – isto é, um Estado de direito ou 'Rechtsstaat' – . (tradução nossa)

Essa conjuntura de direitos fundamentais, estrutura normativa de autopoiese e auto preservação, combinada com a estrutura democrática de representação indireta, conclui na formação do Estado Democrático de Direito. No mesmo sentido sintetiza Barroso (2005, p. 1):

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª grande guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.

Assim, buscou-se humildemente, por meio deste capítulo, explanar alguns relevantes aspectos do Estado de Direito e dos direitos fundamentais. Referido campo de estudo comporta extenso debate. Para o fim do presente trabalho traçar-se-á o presente recorte, com o intuito de construir base para os princípios que formam o Estado Democrático e o os seus princípios concernentes ao Direito de família.

2.2 Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático é aquele em que o governo é realizado pelo próprio povo. As formas nas quais essa representação ocorrem podem variar. Grosso modo, existem duas formas de efetuar essa representação, direta e pela forma representativa.

A democracia direta remete à antiga República Clássica – Romana ou Grega – ainda que, nestes remotos casos, o voto se restringia aos patriarcas, cabendo, obviamente, alterações conforme o momento histórico e o local.

Nestes idos tempos de Péricles, o termo “demos” abrangia “tão somente os homens atenienses livres, aptos para a guerra, contribuintes e domiciliados há muito tempo.” (MULLER, 2011, p. 73). Isto é, na Grécia antiga, o povo se limitava ao conjunto dos homens livres, excluindo de seu âmbito a massa de escravos libertos. Nesse contexto, “como a maioria dos indivíduos era escrava e libertos, os quais não gozavam de cidadania, não entravam no conceito de povo”. (AFONSO DA SILVA, 1997, p. 135).

Foi Rousseau, por sua vez, quem cristalizou a separação entre *pouvoirconstituant* (cujo resultado se dá pela entificação do Estado a partir da união dos indivíduos) e *pouvoirconstitué* (a monarquia, o rei, o Governo).

Esta operação abriu o caminho para desvincular o “povo” das relações de poder existentes no *Ancien Régime*, “*permitindo empurrá-lo enquanto ‘constituente’ para o papel transformador, revolucionário*” (MULLER, 2011, p. 50).

Assim, traçou-se a ideia de que por ser parte integrante do “povo”, o Legislador não atentaria contra seus iguais (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1963, p. 197). Demais disso, a ideia de democracia radicalmente plebiscitária do projeto *rousseauiano* foi considerada impraticável por razões que o próprio autor indicaria. Em virtude de razões de natureza demográfica, técnico-organizacional e de dinâmica de grupos, o “povo” não poderia governar-se a si próprio, o que, conforme Muller, “equivalaria também a uma ideologia e não a um discurso sobre a democracia, democraticamente estruturado”. (MULLER, 2011, p. 93). Por isso, Rousseau irá concluir que a democracia popular seria um excelente “governo de deuses”.

Tem-se aqui o esboço daquilo que virá a ser a democracia liberal, que lida com a neutralidade econômica e a neutralidade do Estado, como bem observado por Xifras Heras (apud AFONSO DA SILVA, 1997, p. 136):

A democracia liberal deforma o conceito de povo. Nela o povo real, concreto, com seus defeitos e qualidades, permanece alheio ao exercício do poder, e na realidade não é mais que um poder sobre o povo.

Cumprir notar que, à luz da doutrina alemã de Muller, o Estado Democrático se legitima por meio de dois processos:

Em primeiro lugar procurando dotar a possível minoria dos cidadãos ativos, não importa quão mediata ou imediatamente, de competências de decisão e de sancionamento claramente definidas; em segundo lugar e ao lado desse fator de ordem procedimental, a legitimidade ocorre pelo modo, mediante o qual todos, o 'povo inteiro', a população, a totalidade dos atingidos são tratados por tais decisões e seu modo de implementação. (MULLER, 2011, p. 67).

Assim, é evidente que o "povo" se apresente em diversos nexos e graus de operações, por assim dizer, legitimatórias do Estado, consoante o conceito desenvolvido por F. Muller (2011, p. 75):

Dependendo do âmbito funcional, como povo ativo, como instância de atribuição de tipo global, como destinatário de padrões civilizatórios da cultura constitucional democrática, que envolvem direitos de resistência ao Estado e direitos de prestação por parte do mesmo.

[...]

Democracia significa direito positivo – o direito de cada pessoa.

Em tempos mais recentes, a Democracia Direta é geralmente mencionada nos Cantões da Suíça central e oriental, que perduraram até o século XIX, quando passaram a ser abolidos⁸.

Cabe mencionar que existem instrumentos que podem ser considerados como formas de democracia direta, dentre eles cabe destacar o referendium⁹, o plebiscito¹⁰, a iniciativa¹¹, o veto popular¹² e o recall.¹³ (DALLARI, 1983, p. 134).

⁸ Durante séculos a *Landsgemeinde* foi o órgão supremo em todos os cantões da Suíça [...] trata-se de uma assembleia, aberta a todos cidadãos do Cantão que tenham o direito de votar, impondo-se a este um dever. A *Landsgemeinde* reúne-se ordinariamente uma vez por ano, num domingo de primavera, podendo, entretanto, haver convocações extraordinárias. [...] A *Landsgemeinde* vota leis ordinárias e emendas à Constituição do Cantão, tratados intercantonais, autorizações para cobranças de impostos e para a realização de despesas públicas de certo vulto, cabendo-lhes também decidir sobre a naturalização cantonal. (DALLARI, 1983, p. 134).

⁹ O referendium possibilita a aprovação ou rejeição pela população de uma lei ou emenda constitucional.

¹⁰ O plebiscito é uma consulta previa na qual a população demonstra concordância ou não sobre algum tema que, posteriormente, será legislado.

Outrossim, a mera concordância da maioria não basta para legitimar uma decisão. Pois, não se pode olvidar a presença da minoria que, em um sistema como este, seria dominada pela maioria. Contudo, estas minorias também devem ser representadas, conforme o conceito de um Estado de Direito, exposto acima.

As Democracias contemporâneas apresentam-se apenas em sua modalidade de representação popular, que se caracteriza pela escolha de representantes do povo para determinados cargos estatais e, por meio destes, a população se têm representada. A composição desses eleitos, portanto, se caracterizaria por uma amostragem da população total.

O Estado Moderno, então, é formado pela união dos elementos da democracia e do Estado de Direito. Este Estado, portanto, se arvora nas premissas de uma organização cuja legitimidade seja democrática e que sua Constituição estabeleça uma organização legal, aplicada e amparada pelo próprio Estado, para preservar sua forma e os direitos fundamentais de seus cidadãos.

Em conclusão, o Estado Democrático de Direito é uma superação do Estado de Direito, atrelando a este os elementos de representação. Nessa estrutura, portanto, o povo é o detentor de poder e se faz valer sobre todos os seus cidadãos.

Neste ponto, valioso citar a célebre definição de Estado Democrático de Direito, de José Afonso da Silva (1997, p. 120):

A democracia que um Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, p. único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão

¹¹ Confere a um certo número de eleitores o direito de propor uma emenda constitucional ou um projeto de lei. (DALLARI, 1983, p. 136).

¹² É um procedimento que possibilita a consulta da população sobre a validade de uma lei, após esta já ter sido elaborada e aprovada pelo poder Legislativo.

¹³ Trata-se de um procedimento que possibilita a perda do mandato de membros eleitos do poder executivo, por meio do voto popular.

que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer seu pleno exercício.

Para o autor, o conceito de democracia não é meramente uma forma de representação. A democracia, no âmbito do Estado Democrático de Direito é um processo de convivência social, de respeito à pluralidade de ideias, culturas e etnias, promovendo o diálogo e o respeito mútuo. Os direitos fundamentais não devem ser meramente reconhecidos, mas fomentados para sua efetividade plena.

Inspirando-se em Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 53 - 54), chega-se, assim, aos elementos que constituem o Estado Democrático de Direito, sendo eles:

- a) Um Estado que tenha origem e seja regulamentado por uma Constituição.
- b) Que exista uma mudança sazonal dos principais agentes públicos e que estes seja eleitos pela população. Estes agentes devem responder pelos seus deveres e cumprirem sua função específica.
- c) O poder político é compartilhado entre o povo e por órgãos estatais independentes e que se fiscalizam entre si.
- d) Há a submissão de todos os poderes perante a lei que se origina do poder legislativo.
- e) Os direitos dos cidadãos, inclusive políticos, podem ser demandados em face do Estado.

No mesmo sentido, sintetiza o autor:

E, termos sintéticos, o Estado Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos). (SUNDFELD 2003, p. 54).

Neste diapasão, cabe salientar que, para Habermas a formação do Estado Democrático de Direito ocorre, empírica e normativamente, por meio de uma ligação direito e política. Do ponto de vista normativo, tem-se que ambos os sistemas - jurídico e político - possuem atribuições específicas. No que tange ao jurídico, este

exerce a atribuição de coordenar e solucionar os litígios entre os cidadãos. Diferentemente da moral, o direito pode coagir pelo controle exclusivo da força (DURÃO, 2009, p. 120).

Já o sistema político, possibilita aos agentes a realização de programas coletivos de ação, pois possibilita a formação de novas linhas de valores e jurídicas, assim como estabelecer ações que superam a possibilidade dos cidadãos isolados se valendo de uma estrutura política que conjugue os esforços do grupo. (HABERMAS, 1994, p. 179 Apud DURÃO, 2009, p. 120).

Dada essa conjuntura, Habermas complementa que o direito e a política, se diferenciam no que tange a especificidade de suas funções e também pelo modo com que ocorrem. O direito se vale da coerção, ou seja, do uso privativo da violência. Essa violência pode ser dispensada quando o cumprimento da lei ocorre por convicção ou respeito. Já a política, é sistema arvorado na possibilidade de se obter o poder que possui a violência incorporada. (HABERMAS, 1994, p. 171 Apud DURÃO, 2009, p. 120).

2.3 Princípios do Estado Democrático de Direito.

Conforme se estruturou o presente trabalho até o momento, temos, no surgimento dos direitos fundamentais, uma pedra basilar para o Estado Democrático de Direito. Como tal, sua estrutura faz-se presente no "espírito" da constituição, torna-se um mandamento nuclear de sua existência e, assim, se revela como um princípio, motivo pelo qual faz-se cogente as definições que serão apresentadas.

Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

[...]

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de

comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema subversão aos seus valores fundamentais. (MELLO, 1986, p. 230).

Nos dizeres de Willis Santiago Guerra Filho o Estado Democrático resulta da conjunção de duas exigências básicas, quais sejam, o respeito à legalidade e seu amparo na legitimidade:

O princípio do Estado Democrático pode ser entendido como resultado da conjunção de duas exigências básicas, da parte dos integrantes da sociedade brasileira, dirigida aos que atuarem em seu nome na realização de seus interesses, e que podem ser traduzidas no imperativo de respeito à legalidade, devidamente amparada na legitimidade. (GUERRA FILHO, 2007, p. 130).

Neste ponto, importante destacar que em uma sociedade plural há o pressuposto de uma complexidade cultural onde o respeito à diversidade deve ser observado, como asseverado Bruno Galindo (2015, p. 51-52):

As tentativas de construção de uma sociedade efetivamente democrática, calcada nos valores do pluralismo e da solidariedade, pressupõem uma cidadania complexa que se inicia sem dúvida por um reconhecimento das culturais e todo o seu plexo de relações e papéis que envolvem o respeito a essas mesmas identidades. O discurso constitucional do respeito à diversidade, iniciando pela questão do reconhecimento das identidades culturais, começa a se tornar um lugar comum nas constituições do Estado democrático de direito, seja no âmbito europeu, seja em outras regiões, como a América Latina.

Nessa trilha, a afirmação supra é ratificada por Maria Garcia, (2008, p. 12):

No constitucionalismo do século XXI, o Estado Democrático de Direito deve vincular-se à Ética e o Direito Constitucional para, compreensivelmente, alcançar os parâmetros da dignidade do homem e da universalidade dos Direitos Humanos.

Pelo Estado brasileiro, contemplados em sua carta magna, merecem destaque os seguintes princípios, conforme lecionado por José Afonso da Silva, (1997, p. 122).

Na base, há o princípio da constitucionalidade, que coloca a Constituição como peça rígida e soberana da formação e organização do Estado assim como de garantias e direitos básicos à população e que se origina da vontade popular.

No que se refere à representação, tem-se o princípio democrático, que estabelece que o Estado deva ser constituído por uma democracia representativa e pluralista, garantindo a efetividade dos direitos fundamentais.

Em seguida, tem-se o princípio dos "direitos fundamentais" que estabelece um sistema de direitos aos indivíduos, às coletividades, às sociedades e à cultura.

Ainda, destaca-se o princípio da Justiça social, que, nos termos de José Afonso Silva foi abraçada na vigente Constituição Federal pátria, como objetivo de "timidamente, para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica".

Por fim, há o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, caput I, princípios da divisão de poderes (art. 2º) e da independência do juiz (art. 95); princípio da legalidade (art. 5º, II) e princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI e LXXIII)".

Na toada do presente trabalho, urge destacar que esses são alguns dos princípios basilares da estrutura do Estado Democrático de Direito. Devemos guardar destaque especial para a importância na preservação de direitos fundamentais aos cidadãos. São desses princípios e normas fundamentais que advêm os princípios que tangem o direito de família. Conforme será abordado no seguinte capítulo.

À guisa de conclusão do presente capítulo, pode-se observar uma coleção de conceituações que somam no sentido de posicionar o Estado Democrático de Direito, seus princípios e mecanismos de proteção. Assim como o advento dos direitos fundamentais e sua importância, como meio estruturador do Estado Moderno, que, incorpora aos princípios do próprio Estado Democrático de Direito.

3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS ENVOLVENDO DIREITO DE FAMÍLIA

Diversos são os princípios que norteiam o direito de família. Com o objetivo de traçar um panorama contemporâneo desta base principiológica, este capítulo irá focar em alguns dos principais civilistas pátrios. Deste ponto, o estudo irá debruçar nos princípios que são pertinentes para a nova constituição da família.

O conjunto dos direitos fundamentais inclui dentro de si diversos princípios do direito privado que, em seu corpo, contém os princípios do direito de família. A Constituição Federal de 1988, neste contexto, protege estes fundamentos. Seu advento extinguiu e fez surgir novas acepções e direitos no ordenamento pátrio, conforme o professor Flávio Tartuce, ao citar Maria Berenice, expõem:

Grande parte do Direito Civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da Nova Constituição. (DIAS, 2007, p.36 apud TARTUCE, 2016, p. 6).

Essa nova conjuntura, promovida pelo advento da Constituição de 1988, remodelou os direitos fundamentais pátrios, o que faz sensível toda uma consequência na ordem legal. Assim, surgiram e extinguiram-se direitos, nesta proposta de constitucionalização.

Com base nos princípios fundamentais, elencados no artigo 5º da Constituição, pode-se derivar ao direito de família os princípios da solidariedade familiar, da dignidade humana, da igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, assim como da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente e ao fim, o princípio da afetividade. (TARTUCE, 2016, p. 6).

A proposta de estudo que será a seguir exposta, tem como base um enfoque no direito de família, e serão elencados e conceituados alguns destes princípios vejamos:

3.1 Princípio da Proteção da Dignidade Humana

Também conhecido como princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, trata-se de um dos, particularmente, mais controversos princípios na contemporaneidade. Dado seu caráter amplo, muitas teses jurídicas e defesas processuais se arvoram neste princípio para justificar qualquer lesão eventualmente sofrida pelo indivíduo. Porém, não é pelo eventual uso inadequado deste princípio que ele deve ser tolhido de estudo. Dada a sua respeitada e inegável importância ao ordenamento.

A dita "dignidade humana" é de difícil conceituação objetiva, afinal, o que pode ser digno para uns, pode ser visto como indigno por outros, o que resulta em uma inexatidão terminológica. Diversos civilistas e decisões judiciais tentam delimitar a extensão deste princípio, conforme veremos.

Para Flávio Tartuce, essa concepção terminológica do conceito de dignidade humana, reside na construção kantiana de um imperativo categórico, que trata a pessoa humana como um fim em si mesma. (TARTUCE, 2016, p. 7).

Pois assim, entende-se que para Kant, o homem jamais poderia ser utilizado como um meio para algo, o homem é um fim por si só, isso se deve ao seu caráter racional. A racionalidade que marca o ser humano inexistente em qualquer outro ser, logo, para Kant, os seres humanos devem olhar entre si como iguais e tratar-se com respeito e dignidade.

Segundo Thadeu Weber (2013, p. 12), em Kant, autonomia e dignidade são considerados como intrinsecamente relacionados e mutuamente imbricados. Isto quer dizer que "a dignidade pode ser considerada como o próprio limite do exercício do direito de autonomia".

A efetivação do tratamento de cada pessoa como "fim em si mesmo", segundo a formulação do imperativo categórico kantiano, pode ser melhor encontrada na segunda formulação de tal princípio, na obra "Fundamentação da Metafísica dos Costumes".

Nesta segunda formulação, o filósofo de Königsberg escreve como imperativo: "Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como

na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT apud WEBER, 2013, p. 12). Tratar uma pessoa humana unicamente como meio significaria impedi-la de dar um assentimento ao meu modo de tratá-la, sem que ela saiba de minha intenção. Destarte, não se trata de nunca poder utilizar o outro como um meio, por exemplo, um carteiro, porém utilizá-lo unicamente e simplesmente como meio sem que esta pessoa saiba de minha intenção. (WEBER, 2013, p. 12).

No que tange ao fundamento legal do princípio da proteção da dignidade humana, sua raiz se encontra no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, fazendo-se presente indiretamente em diversos outros mecanismos legais, tanto no ramo do direito privado como no direito público.

No âmbito do direito de família sua presença serve de subsídio para a comunidade familiar, tanto biológica como socioafetiva, resguardando, com sustentáculo na afetividade, o pleno desenvolvimento dos membros da família nuclear, principalmente as crianças. (DINIZ, 2015, p. 37).

Em termos semelhantes temos que “as relações jurídicas privadas familiares devem sempre se orientar pela proteção da vida e da integridade biopsíquica dos membros da família, consubstanciada no respeito e asseguração dos seus direitos da personalidade”. (SOBRAL apud LISBOA, 2002, p. 40).

3.2 Princípio da Igualdade de Gêneros

Atribui-se à igualdade de gênero o tratamento igualitário que independa da classificação de sexo, dirigido às mulheres e homens, estabelecido desde o momento da concepção se estendendo até a prática de todos os atos da vida civil.

Este princípio encontra guarida no ordenamento pátrio, disposto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º e inciso I, tratando principalmente da isonomia no tratamento de gênero, deixando estabelecida a vedação do tratamento desigual em razão do sexo. Como disserta Alexandre de Moraes (2002, p. 192):

A correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do *discrimen* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis. Conseqüentemente, além de tratamentos diferenciados entre homens e mulheres previstos pela própria Constituição (arts. 7º, XVIII e XIX; 143, §§ 1º e 2º; 202, I e II), poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo; nunca, porém, beneficiando um deles.

Voltado especificamente à família, no artigo 226 § 5º nós temos disposta a explicitação da igualdade no que diz respeito aos direcionamentos e encargos da sociedade conjugal, sendo imprescindível citá-lo que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Um vasto caminho anterior foi trilhado para chegarmos a tê-lo em nosso ordenamento, sendo que os diplomas constitucionais antecedentes previam cláusulas em que a desigualdade de gênero era ponto constante, no geral em detrimento ao tratamento dispensado à mulher, como por exemplo, o acesso irrestrito a direitos políticos a partir da Constituição de 1934, a mulher casada sendo tida como relativamente incapaz até a Constituição de 1962, não podendo dispor do dinheiro que auferia caso trabalhasse remuneradamente e, inclusive, dependendo da autorização do marido para exercer funções laborais, culminando ao ano de 1988, momento em que até então a mulher ocupava o lugar de colaboradora no âmbito da sociedade conjugal, cabendo ao homem o direcionamento do casamento.

A partir da vigente Constituição 1988, os gêneros passam a ter no plano normativo plena igualdade para exercício dos seus direitos, apesar de socialmente tal amplitude não o ter acompanhado, como podemos auferir no cotidiano os percalços que a mulher encontra para perseguir a igualdade no tratamento dispensado ao gênero masculino.

Neste sentido, nós podemos citar como exemplo a criação de Lei nº 11.340/2006 denominada como “Lei Maria da Penha”, que prevê tratamento diferenciado em proteção às mulheres que foram vítimas de violência doméstica. Esta lei surgiu em uma conjuntura nacional de resposta às contínuas violações a

direitos fundamentais sofridos por mulheres no âmbito da convivência doméstica, com fulcro no princípio da igualdade, ao combate ao desprezo às famílias, considerando a mulher a sua “célula básica”. (LENZA, 2013, p. 1.047).

Ainda neste sentido, há o julgamento pelo STF da ADI 4.424¹⁴ dando interpretação conforme os arts. 12, I, e 16, ambos da nº Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) julgada em 09 de fevereiro de 2012, a qual teve procedência por maioria dos votos e nos termos do ministro relator Marco Aurélio “à declaração da natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico” (LENZA, 2013, p. 1.048).

Assim sendo, o princípio da igualdade encontra guarida na prática de políticas de cunho social, ainda que trate desigualmente os desiguais, no intuito de alcançar o tratamento isonômico.

É, portanto, um dos princípios basilares do Estado Moderno. Dele derivam os princípios de não intervenção pública no âmbito privado, que marca uma das mais relevantes instituições ao direito de família, de formidável importância para o presente trabalho e objetivo que se procura neste.

3.3 O Princípio da Intimidade e a Livre Orientação Sexual

Dentro desse rol que envolve a nova família, digno de menção é a proteção que tange a intimidade e a livre orientação sexual. A questão da diversidade sexual passou a ganhar relevante importância na segunda metade do século XX. Sendo recepcionada e protegida socialmente, particularmente, no início do presente século, em setores mais progressistas.

Conceitua-se por direito à intimidade o direito do indivíduo em ter seus comportamentos, suas decisões, suas opiniões, sua privacidade e sua orientação sexual, respeitados, independente da sua natureza. Nesse sentido Paulo Luiz Netto Lôbo sustenta que "o direito à intimidade [ou privacidade] diz respeito a fatos,

¹⁴ Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acessado em: 10 out. de 2016.

situações e acontecimentos que a pessoa deseja ver sob seu domínio exclusivo, sem compartilhar com qualquer outra”. (LÔBO apud NEVES, 2015).

Pode-se afirmar que o respeito à intimidade é um direito da personalidade, isto é, um direito garantido a todo ser humano, conforme leciona Rodrigo Santos Neves (2015, p. 67):

O direito à intimidade se apresenta como um direito da personalidade, pois interfere na vida do indivíduo de modo decisivo para o desenvolvimento de sua personalidade e de sua convivência social. Em outras palavras, a manutenção do segredo de determinados fatos da vida de um indivíduo ou a sua devassa pelo público em geral pode interferir na forma como este indivíduo irá interagir em sociedade.

Vale referir o pensamento de Bruno Miragem (2015, p.86), no que concerne ao respeito às questões de foro íntimo:

[...] o direito à identidade como direito da personalidade, nesse sentido, associa-se ao reconhecimento de um direito à diferença e de afirmação desta diferença por intermédio do pluralismo e do reconhecimento da liberdade individual de autoconformar sua vida em vista de um sistema próprio de crenças e valores.

Atualmente, ao reconhecer o direito do ser humano em adotar comportamentos independentes e originais, faz-se necessário que o Estado permita que o sujeito se una aos outros como melhor lhe convenha, o que vem em encontro, inclusive, ao princípio da afetividade. Ou seja, uma associação arvorada no afeto e não nos quesitos meramente formais limitados na burocracia ou na moralidade.

Referido princípio não é amplamente recepcionado como um princípio propriamente do direito de família, porém, sua atualidade faz-se imperiosa, e pertinente ao presente trabalho, uma vez que ao olhar a nova família, é impossível olvidar a presença da família homoafetiva, que dantes inexistia e que é um dos temas mais pulsantes da contemporaneidade, quando se trata de modalidades familiares.

3.4 Princípio da Solidariedade Familiar

A solidariedade está prevista como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme expresso no texto da Constituição vigente, em seu artigo 3º, I, sustentando a defesa da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Dada sua natureza, tal princípio faz-se repercutir nas relações familiares.

O princípio da solidariedade, tal quais tantos outros no nosso ordenamento, derivam do princípio da dignidade humana, em conjunto com a afetividade. Sua presença faz-se sentida em diversos textos legais, neste sentido, Flávio Tartuce (2016, p. 14) leciona:

A solidariedade familiar justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso da sua necessidade nos termos do art. 1.964 do atual Código Civil. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio, considerando o dever de prestar alimentos mesmo nos casos de união estável constituída antes da entrada em vigor da Lei 8.971/1994, que concedeu aos companheiros o direito a alimentos e que veio tutela os direitos sucessórios decorrentes da união estável.

Neste julgado mencionado no trecho acima, o STJ contemplou os direitos de prestação de alimentos em uma união estável, que almejava a criação de uma família, mas anterior a Lei 8.971 de 1994, concordando com a retroatividade da lei de ordem pública. Deste ponto, urge transcrever o breve resumo deste emblemático julgado:

Alimentos x união estável rompida anteriormente ao advento da Lei 8.971, de 29.12.1994. A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, pode determinar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar. Procedente da Quarta Turma.¹⁵

¹⁵ STJ, REsp 102.819/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro j. 23.11.1998, DJ 12.04.1999, p. 154.

Em síntese, temos na solidariedade no âmbito familiar um dever de mútua assistência, com objetivo de proporcionar o pleno desenvolvimento do indivíduo. Sua presença evidencia-se nas relações conjugais, e de proteção da criança e do adolescente, nos termos do artigo 4^a do Estatuto da Criança e do Adolescente; e amparo aos idosos, conforme artigos 226 a 230 da Carta Magna. Cogente, assim, a previsão de pagamento de alimentos nos termos do art. 1.694 do Código Civil, ou para mitigar a violência no âmbito doméstico, como no art. 226 §8^o da Constituição Federal. (MALUF, 2010, p. 53 - 54).

3.5 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

A proteção do menor se faz presente em todo o ordenamento jurídico pátrio. O jovem e o adolescente possuem uma natural vulnerabilidade ante sua inexperiência nos mais diversos aspectos da vida adulta, assim como a fragilidade da força física. Outrossim, a infância e a adolescência são momentos de formação dos aspectos que moldaram o indivíduo adulto. Dessa feita, a proteção do jovem faz-se cogente para a saúde de uma sociedade.

Diversos diplomas legais desenvolvem maneiras de proteger a criança e o adolescente, neste diapasão, a Constituição Federal, em seu artigo 227, caput, com redação dada pela Emenda Constitucional 65, de julho de 2010 expressa que:

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.

Proteção essa que foi regulamentada no Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/1990), e no Estatuto da Juventude (Lei 12.825/2013). Sinais desse princípio também são observáveis no Código Civil vigente, nos artigos 1.583 e 1.584, ao regular a guarda no poder familiar e ao estimular, hoje, a guarda compartilhada. (TARTUCE, 2016, p. 23).

Trata-se, em síntese, de um princípio prestigiado no ordenamento e que, como tal, é balizador da elaboração de decisões judiciais, o que pode ser visto na decisão que afastou nulidades em processo de adoção, em decisão do STJ, ora transcrita a ementa:

Estatuto da criança e do Adolescente - ECA. Adoção. Intimação do Ministério Público para audiência. Art. 166 da Lei 8.069/1990. Fim social da lei. Interesse do menor preservado, Direito ao convívio familiar. Ausência sem prejuízo. Nulidade inexistente. Não se declara nulidade por falta de audiência do Ministério público se - a teor do acórdão recorrido - o interesse do menor foi preservado e fim social do ECA foi atingido. O art. 166 da Lei 8.069/1990 deve ser interpretado á luz do art. 6º da mesma lei.¹⁶

3.6 Princípio da Não Intervenção ou da Liberdade

Fruto do princípio da autonomia privada, este princípio é consagrado no art. 1.513 do Código Civil vigente, que dispõem ser "defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família" e é reforçado pelos termos do artigo 1.565, §2.º. da codificação civil., que sustenta a liberdade na formação familiar, ou seja, é a faculdade dos cidadãos de poder estruturar suas famílias, escolher com quem se envolver (companheiro) na maneira que lhe convém, sem intervenção do poder público. (TARTUCE, 2016, p. 20 - 21).

Essa liberdade se reflete em diversas facetas, nesse sentido, sintetiza Adriana Maluf, (2010, p. 56) em sua tese defendida na faculdade de Direito da USP:

O princípio da liberdade, com ênfase no artigo 3º, I da Constituição Federal, refere-se à autonomia individual para formar, manter ou extinguir relações familiares, bem como à possibilidade de alçar formas novas, sem interferências externas, assim como estende-se à livre administração do patrimônio familiar, ao livre planejamento familiar, à manutenção, enfim, da liberdade de escolha em face das intrínsecas preferências valorativas de cada um, observadas as limitações de ordem moral, mental ou em face à integridade física, opondo-se, desta forma, ao rigorismo do sistema anterior, substituindo-o por um modelo mais democrático.

¹⁶ STJ, REsp 847.597/SC, Rel Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 06.03.2008, DJ 01.04.2008, p. 1)

Em igual tom, o civilista Paulo Nader expõem que cada família possui seu “estatuto próprio” não cabendo ao Estado intervir neste, desde que não haja uma ofensa perante outros princípios, como a proteção da criança e adolescente por exemplo. São questões relacionadas à vida privada e íntima das famílias, e que, como tais, devem ser preservadas em seu âmbito.

Na organização da família atuam normas heterônomas, impostas pelo ordenamento jurídico, e outras de caráter autônomo, criadas internamente e assimiladas nas esferas da moral , religião e regras de trato social. Cada família possui, assim, seu estatuto próprio, que a singulariza no contexto social. Apenas às famílias compete estabelecer o seu regime peculiar. A Constituição da República é expressa neste sentido, ao prescrever que “o planejamento familiar é livre decisão do casal”. (NADER, 2016, p. 6).

Destarte, a não intervenção pública no âmbito privado da família não significa o impedimento de projetos de incentivo ao controle de natalidade, por exemplo. Isso porque o incentivo não caracteriza uma coerção e, igualmente, a própria Constituição Federal “incentiva a paternidade responsável e próprio planejamento familiar, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva”. (TARTUCE, 2016, p. 21).

Ante ao exposto, no mesmo diapasão, vale colacionar os seguintes dizeres de Paulo Nader:

Em sua abrangência, o princípio da *não interferência de terceiros* alcança tanto as pessoas jurídicas quanto as naturais.

[...]

O interesse em questão não é estritamente dos membros da família, uma vez que diz respeito também ao estado, à sua dimensão social, tanto que a maior parte das normas legais é de ordem pública, inderrogável por iniciativa particular. A autonomia para a criação das normas internas encontra o seu limite nas regras legais cogentes; assim, a margem de liberdade na formulação do estatuto partícula diminui a medida que o Estado dispõe sobre a organização familiar.

[...]

A interferência do Estado na organização da família visa, em um primeiro plano, à justiça nas relações interindividuais e, em segundo, à firmeza e à força de suas próprias instituições. (NADER, 2016, p. 6).

Enfim, trata-se de um princípio estrutural da modernidade política, como já apontado, na digressão do trabalho sobre Marx, em capítulos anteriores. O homem moderno se cindiu em duas esferas, público e privada, a esfera do *Citoyen* e do *Bourgeois* e, diante dessa bipartição, o Estado deve estabelecer suas formas de conduta, regularizando a esfera pública e protegendo a liberdade da esfera privada.

3.7 Princípio da Afetividade

O afeto é definido pelo dicionário Michaelis¹⁷ como um “sentimento de afeição ou inclinação por alguém; amizade, paixão, simpatia. Uma ligação carinhosa em relação a alguém ou algo”. Trata-se assim, na linguagem comum, de um sentimento, de uma relação cultivada e sensível perante o outro.

Para Fabio Ulhoa, a afetividade ocupa uma das últimas funções da família, dentro dessa conjuntura moderna. Outras funções antes ocupadas pela família passaram a ser exercidas pelo Estado, ou por outras instituições, como a igreja e o empregador, restando, à família, basicamente a função afetiva, neste sentido:

A família, portanto, no ponto de chegada dessa história de perdas, parece finalmente direcionar-se para sua vocação de espaço de afetividade. Nessa Função, ela representa uma organização social insubstituível. Por enquanto. (COELHO, 2016, p. 21).

Há ainda que ressaltar, o afeto não é sinônimo de amor. O amor é apenas uma das facetas do afeto, conforme bem indica Flávio Tartuce:

De toda sorte, deve ser esclarecido que o *afeto* equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas. O amor é o *afeto positivo* por excelência. Todavia, há também o *ódio*, que constitui o lado negativo dessa fonte

¹⁷ MICHAELIS. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=afeto>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

de energia do Direito de família contemporâneo. (TARTUCE, 2016, p.25).

No âmbito jurídico, este princípio é marcado como uma consequência do princípio da dignidade humana e tem se destacado como um dos mais proeminentes no direito de família contemporâneo. Trata-se de “uma tendência em tornar o grupo familiar cada vez menos organizado e hierarquizado, fundando-se cada vez mais na afeição mútua, que estabelece plena comunhão na vida”. (DINIZ, 2015, p. 38).

Em sentido semelhante temos que o afeto é o “principal fundamento das relações familiares, mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização da dignidade humana”. (TARTUCE, 2016, p. 23 – 24).

Para ambos os autores, a afetividade se apresenta como de grande importância para a existência e proteção da família, tratando-se de um requisito fundamental da sua formação.

Para Carlos Roberto Gonçalves, o princípio da afetividade, que este chama de “Princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição” guarda relação com aspectos espirituais do matrimônio e cita Gustavo Tepedino, nos seguintes termos:

Altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros. (TEPEDINO, p. 50, apud GONÇALVES, 2015, p. 24).

Vemos, portanto, para este autor, uma concepção restrita do princípio da afetividade, resultando mais como uma consequência da relação conjugal e parental do que uma força aglutinadora e geradora de famílias.

Contudo, Gonçalves ainda ressalta ser o afeto um aspecto para a existência do matrimônio, e a sua perda levaria inequivocadamente ao divórcio, não sendo mais conveniente a discussão jurídica de culpa de qualquer dos cônjuges, conforme:

Priorizada, assim, a convivência familiar, ora nos defrontamos com o grupo fundado no casamento ou no companheirismo, ora com a família monoparental sujeita aos mesmos deveres e tendo os mesmos direitos. O Estatuto da criança e do adolescente outorgou, ainda, direitos à família substitutiva. Os novos rumos conduzem à família socioafetiva, onde prevalecem os laços de afetividade sobre os elementos meramente formais. Nessa linha a dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio tende a ser uma consequência da extinção do *affectio*, e não da culpa de qualquer dos cônjuges. (GONÇALVES, 2015, p. 24 – 25).

Para o mesmo autor, a base legal desse princípio pode ser encontrada no artigo 1.513 do Código Civil, no qual existe uma proibição a qualquer pessoa, tanto do direito privado quanto público de interferir na comunhão e na vida da instituída família. (GONÇALVES, 2015, p. 25).

Evidenciada assim a grande relevância exercida pela afetividade nas novas visões sobre a família, típicas da nossa sociedade contemporânea, a afetividade torna-se um marcante princípio aplicado no âmbito do direito de família, conforme reza Ricardo Lucas Calderon:

Parece possível sustentar que o direito deve laborar com afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do Direito de Família brasileiro implícito nas constituições, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento. Oriundo da força construtiva dos fatos sociais, o princípio possui densidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial, que permite sua atual sustentação de *lege lata*. (CALDERON, 2013, p.10).

Vemos, assim, o princípio da afetividade como uma realidade no ordenamento jurídico pátrio, especialmente no direito de família. Nesse sentido João Batista Villela já se posicionou a frente do seu tempo, ao sustentar uma recepção da conexão familiar como mais um vínculo de afeto em detrimento do mero vínculo biológico. Dessa maneira, emerge uma nova concepção de parentesco civil, a *socioafetiva*, fundada na posse de estado de filho. Em suma, nas palavras do próprio João Batista Villela:

A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico, como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se a firmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu conteúdo eletivo, tem-se a pre figura da paternidade do futuro, que radica essencialmente na idéia de liberdade. (VILLELA, 1979, p. 400).

Essa recepção, do parentesco *socioafetivo* no ordenamento jurídico, trata de importante passo para as diversas mudanças abraçadas na nova concepção de família, ao contemplar aspectos afetivos, conforme será melhor trabalhado nos próximos capítulos deste trabalho.

3.8 Princípio da Busca da Felicidade

Ainda que nem sempre considerado um princípio do direito de família, o princípio da busca pela felicidade é muitas vezes exaltado no direito contemporâneo, para justificar uma ampla gama de decisões. Trata-se, como tantos outros princípios, de uma derivação do princípio da dignidade humana.

Embora a ideia de felicidade seja subjetiva, o conceito por trás deste princípio se arvora em possibilitar e não impedir que as leis e o Estado seja um obstáculo para a realização dos desejos individuais, que não ofendam terceiros.

Marcante é a presença deste princípio no emblemático julgamento da ADIN 4277 e ADPF 132-RJ, de relatoria do Ministro Ayres Brito que reconheceu a legitimidade da União Homoafetiva como instituto jurídico válido, do qual se transcreve em parte:

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do

art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

Referido julgado, que será posteriormente observado com mais cuidado, aborda a questão da felicidade como objetivo de vida, se arvorando em conceitos kantianos e que deve ser incentivada aos indivíduos e cidadãos.

3.9 Conceito Jurídico de Família no Direito Brasileiro

A família não compartilha um conceito único para as diversas áreas das ciências humanas. Os conceitos variam no tempo e nas diversas áreas do conhecimento, tais como na sociologia, antropologia, filosofia, etc. A inexistência de unicidade conceitual também ocorre nos diversos ramos do direito, existindo conceitos variáveis e concomitantes no ordenamento legal pátrio.

Neste capítulo faremos uma leitura estrutural dos conceitos de família, em uma gama diversa de relevantes juristas pátrios. Dessa forma, rastreamos e identificaremos o estado do pensamento jurídico sobre as famílias na esfera restrita do direito civil. Podemos afirmar que está é a função da filosofia do direito: fundada num questionamento não-dogmático dos pressupostos das áreas dogmáticas do direito.

O que significa uma leitura estrutural? Podemos rastreá-la nos trabalhos de História da Filosofia de Gueroult e Victor Goldschmidt. O primeiro escreve que são duas as técnicas que o historiador dispõe: a crítica propriamente dita e a análise das estruturas (GUEROUULT, 2016, p. 10). A análise das estruturas, do encadeamento de

razões de determinada obra equivale à perquirição da sua arquitetura, seu processo de validação das razões dentro de um todo ordenado. Trata-se de verificar o processo que o autor inicia ao tentar “inclinou ou constringer a inteligência do sujeito a um juízo de ratificação relativo à verdade do ensinamento doutrinal” (GUEROULT, 2016, p. 11).

Victor Goldschmidt (1963, p. 139), da mesma maneira, distingue a inquirição do texto em relação à sua verdade ou à sua origem. Apenas a primeira delas, subtraindo o texto do tempo, interpretando-o conforme um sistema de razões, é verdadeiramente filosófica, pois abordaria até o fim o texto conforme a intenção de seu autor e conservando como pano de fundo o problema da verdade subjacente à obra.

Ou seja, tentaremos verificar o nexu das razões que vinculam as conclusões sobre a família e o processo argumentativo nos autores do direito brasileiro. O propósito pode parecer arriscado àqueles com formação mais sólida e rígida em filosofia.

Porém, poderíamos responder com um importante autor francês, especialista no pensamento jurídico-filosófico alemão, que se chama Olivier Jouanjan. Este autor escreve para tentar justificar sua pesquisa sobre a ciência jurídica alemã do século XIX: “Por ‘pensamento jurídico’, eu entendo inicialmente o pensamento de juristas. Pois os juristas, alguns dentre eles, pensam. Bem ou mal, mas eles também pensam”. (JOUANJAN, 2005, p. 5).

O autor pretende indicar que mesmo que os autores jurídicos, em sua maioria, não pretendam escrever arquitetonicamente e com um imenso rigor no dispor do vocabulário, alguma articulação de ideias pode ser encontrada em suas obras. A isto ele denomina “montagens mitológicas” que ao mesmo tempo são “tesouros da imaginação”. Pois pouco importa a verdade que as razões portam, mas sim qual justificação, explícitas ou implícitas, as posições e as decisões jurídicas supõe. O discurso do Direito e sobre o Direito repousa sobre esta trama de justificações que, por vezes – ou melhor, muito frequentemente – fundam o funcionamento prático do Direito. (JOUANJAN, 2005, p. 3).

Portanto, veremos no âmbito do ramo do direito civil, que a conceituação de família converge e diverge, dependendo o autor, dependendo do projeto prático que cada autor pretende dar com o seu pensamento. Vemos um arrear das razões em vistas de uma futura aplicação do pensamento, por vezes ativo, por vezes unicamente justificador.

Para Sílvio de Salvo Venosa os conceitos de família variam dentro do ordenamento, contudo, para o direito civil moderno, a família possui uma conceituação específica, na qual é constituída pelos membros unidos por relação conjugal ou de parentesco, as relações são definidas nos termos da lei. Para este autor, ainda é destacada a importância da influência moral e ética na formação destes laços, cabendo ainda grande destaque ao matrimônio, ainda que tenha ocorrido uma relativização, com o advento do instituto da união estável, por meio do Código Civil de 2002, nesse sentido, expõe o autor:

Como regra geral, porém, o Direito Civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco.

[...]

O direito de família possui forte conteúdo moral e ético, em constante mutação.

[...]

O casamento ainda é o centro gravitador do direito de família, embora as uniões sem casamento tenham recebido parcela importante dos julgados nos tribunais, nas últimas décadas, o que se refletiu decididamente na legislação. (VENOSA, 2016, p. 1).

Venosa ainda arremata, expondo uma conceituação ampla e outra restrita da família no direito civil. A conceituação ampla seria a ligada pelos laços de parentesco, formadas pelos vínculos jurídicos de natureza familiar, o que englobariam os "ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes e descendentes e colaterais do cônjuge que se denominam parentes por afinidade ou afins." (VENOSA, 2016, p. 2) Já na conceituação restrita, Venosa limita a constituição de família à família nuclear, ou seja, àquela formada por pais e filhos. Destacando, contudo, que a Constituição

Federal de 1988 estendeu essa conceituação para as famílias monoparentais, compostas por apenas um dos pais.

Destaca ainda o autor que o vigente Código Civil de 2002 foi omissivo quanto a existência desta família monoparental, assim como das demais novas formas de família, e arremata:

O código civil de 2002 não se preocupou contudo com essa modalidade de família, algo que é feito no Projeto nº 2.285/2007, o contemporâneo e atualizado Estatuto das Famílias (orientado pelo IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família) o qual definitivamente fará por abandonar os paradigmas da vetusta família patriarcal, insistentemente presente no mais recente Código de 2002. Aliás, o estatuto de 2002 perdeu excelente oportunidade de reger ou ao menos dar notícia de várias modalidades de agrupamentos familiares fora do casamento. Tanto que se defende a caracterização legal das famílias e não mais no singular, em um estatuto ou microsistema, fora dos grilhões de um Código Civil, como faz o Projeto apresentado pelo IBDFAM. (VENOSA, 2016, p. 2).

Assim, vemos que Venosa defende a formação de uma família arvorada em um aspecto amplo com menor restrição ideológica, propondo uma superação da ideologia patriarcal, da qual aponta estar presente excessivamente no Código Civil vigente, com que pese ser uma legislação relativamente recente. Nesse diapasão, defende o projeto de lei nº 2.285/2007, chamado de Estatuto das Famílias - não confundir com o Estatuto da Família, Projeto de lei 6.583/2013 - que amplia conceitualmente as novas formas fáticas de famílias e lhe expandem a esfera de direitos.

Maria Helena Diniz, já no prefácio do volume quinto de seu Curso de Direito Civil, aponta que a natureza do direito de família é altamente mutável, fruto do próprio caráter não estático da evolução da civilização. Outrossim, acresce na questão da acepção do termo família a existência de uma pluralidade semântica, que merece destaque. (DINIZ, 2015, PREFÁCIO).

Para a autora, portanto, a família pode ser definida como amplíssima, lata e restrita. Na acepção amplíssima, estariam todos os indivíduos ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, conforme previsão do artigo 1.412, §2º do

Código Civil na qual "as necessidades da família do usuário compreendem também as das pessoas de seus serviços domésticos". (DINIZ, 2015, p. 24).

Em sentido similar, a autora menciona a aceção prevista no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, Lei 8.112/90, que em seu artigo 241, define como família do funcionário, "além do cônjuge e prole, quaisquer pessoas que vivam a suas expensas e constem de seu assentamento individual". (DINIZ, 2015, p. 24).

No sentido "lato" a definição conflui com a já proposta por Venosa e outros autores, na qual estaria a família composta pelos cônjuges ou companheiros, de seus filhos, incluindo parentes de ambos os cônjuges na linha reta e colateral, essa concepção aparece nos artigos 1.591 e seguintes do Código Civil, no Decreto-lei nº 3.200/41 e na Lei 8.069/90, art. 25, parágrafo único.

Na terminologia *restrita*, para a autora, a família se constituiria unicamente pelas pessoas "unidas pelos laços de matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole, (CC, arts. 1.567 e 1.716)" (DINIZ, 2015, p. 24), havendo ainda a existência da *entidade familiar* que seria aquela "comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes" (DINIZ, 2015, p. 24/25) nos termos do artigo 226, §§3º e 4º da Constituição Federal, conforme:

Assim, sendo, a Magna Carta de 1988 e a Lei n.º 9.278/96, art. 1º, e o novo Código Civil, arts. 1.511, 1.513 e 1.723, vieram a reconhecer como *família* a decorrente do matrimônio [...] e como *entidade familiar* não só a oriunda da união estável como também a comunidade monoparental [...] formada por qualquer dos pais e seus descendentes independentemente de existência de vínculo conjugal que a tenha originado. (DINIZ, 2015, p. 25).

Ao tratar da família monoparental a autora arremata, definindo a família natural como aquela composta por qualquer dos pais e seus descendentes, ou seja, uma família constituída com apenas um vínculo de filiação. Assim:

A família monoparental ou unilinear desvincula-se da ideia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um de seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro

genitor "produção independente" etc. Portanto, a *família natural* é a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (ECA, art. 25). (DINIZ, 2015, p. 25).

Diniz, portanto, vincula as definições perante as acepções legais, indicando uma diferença entre a família, que é marcada pelo matrimônio e a unidade familiar, advinda da união estável. A autora traz ainda a definição da família natural, que estaria desvinculada da relação entre cônjuges, privilegiando apenas a relação de pais e seus filhos.

Derradeiramente, a autora define a família como um local de convívio, substanciada pela afetividade e o amor.

Deve-se, portanto, vislumbrar na *família* uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas pelo casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano. (DINIZ, 2015, p. 27).

Cabe destacar que Diniz elabora um rol de caracteres que definem a família. São elencados os caracteres biológicos, psicológicos, econômicos, políticos, jurídicos e religiosos. Neste último, relevante a sua transcrição, para os fins do presente trabalho, sendo definido pela autora como "Caráter religioso, uma vez que, como instituição, a família é um ser eminentemente ético ou moral, principalmente por influência do Cristianismo, não perdendo esse caráter com a laicização do direito". (DINIZ, 2015, p. 28).

Já para Carlos Roberto Gonçalves, a família é um fato sociológico que serve de base para toda a organização social. Complementa que "em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer mais ampla proteção do Estado". (GONÇALVES, 2015, p. 17).

Ainda, o autor sustenta que tanto a Constituição Federal, quanto o Código Civil reportam e estabelecem uma estrutura da família, mas optam por não defini-la,

dada a sua natureza de constante mutação, variando conforme o ramo legal e o momento histórico que se aborda. (GONÇALVES, 2015, p. 17).

Gonçalves, tal qual outros autores, propõem uma divisão entre família *Lato sensu* e uma família em sentido estrito senso. Porém, a divisão proposta pelo autor possui alguns aspectos que devem ser destacados. Conforme se transcreve abaixo sua definição de família em sentido *lato sensu*:

Lato sensu, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins. Segundo Josserand, este primeiro sentido é, em princípio, "o único verdadeiramente jurídico, em que a família deve ser entendida: tem o valor de um grupo étnico, intermediário entre o indivíduo e o Estado". Para determinados fins, especialmente sucessórios, o conceito de família limita-se aos parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau. (GONÇALVES, 2015, p. 17).

No que tange a definição *stricto sensu* o autor define que esta é a que geralmente a lei faz referência. Esta é formada pelos pais e sua prole. Conceitua, assim, a tida "pequena família":

As leis em geral referem-se à família como um núcleo mais restrito, constituído pelos pais e sua prole, embora esta não seja essencial à sua configuração. É a denominada *pequena família*, porque o grupo é reduzido ao seu núcleo essencial: pai, mãe e filhos, correspondendo ao que os romanos denominavam *domus*. Trata-se de instituição jurídica e social, resultante de casamento ou união estável, formada por duas pessoas de sexo diferente com a intenção de estabelecer uma comunhão de vidas e, via de regra, de terem filhos a quem possam transmitir o seu patrimônio. (GONÇALVES, 2015, p. 17).

Vemos que o autor destaca que a família em *strictu sensu*, também chamada de família nuclear é composta com o intuito de procriação e que, portanto, deve ser composta por pessoas de sexo diferentes, denotando uma conceituação com forte lastro religioso, que diverge de conceituações mais progressistas, como descrita por Venosa, por exemplo.

Para o civilista Paulo Nader, a família, no que tange seu aspecto conceitual, é de difícil definição, uma vez consideradas suas diversas facetas e diante da evolução dos costumes.

Contudo, para não ficarmos sem uma conceituação estabelecida, o autor sugere definir a família como uma "instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum". (NADER, 2016, p. 3).

Tal qual já exposto, Nader destaca que a família carece de uma definição legal unitária no Código Civil de 2002. Algumas vezes a família é citada em seu sentido amplo, como nos artigos 1.829 e 1.839 do Código Civil e por vezes, faz menção a família em sentido restrito, ou família nuclear, como no artigo 1.568 do mesmo código.

No mesmo diapasão, é destacado que na vida prática, os modelos familiares são multifacetados, não sendo a família tradicional a única possível, em síntese, assim, expõem:

Na vida prática, a composição familiar se apresenta sob múltiplos modelos, alguns empregam a expressão polimorfismo familiar ao abordar o tema. Ao lado da família tradicional, instituída pelo matrimônio e composta pela união de pais e filhos, há modelos diversos, alguns previstos no *Jus Positum*, como a *união estável* e a *relação monoparental*. Forças sociais, após o reconhecimento pelo Supremo Tribunal federal em 2011, da união homoafetiva como entidade familiar, buscam a afirmação de admissibilidade da conversão, em casamento, desse vínculo entre pessoas de igual sexo. (NADER, 2016, p. 4).

Vemos assim, que para Nader, a conceituação de família comporta a recepção de novas formas, porém, no que tange a família homoafetiva, o autor colaciona que existem grupos que pretendem sua legalidade. Nesse ponto, cabe lembrar que a união estável e o casamento para pessoas do mesmo sexo, já é uma realidade, não se tratando de mera busca de admissibilidade, conforme a resolução 175 de 14 de maio de 2013, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o que será objeto deste trabalho nos próximos capítulos.

Importante, salienta o autor, destacar que as famílias não são criadas pelo Direito de Família, e sim que este apenas reflete as formas naturais que surgem espontaneamente na sociedade. "As relações familiares não são criadas pelo Direito de Família; este apenas dispõe sobre o fato natural, espontânea, que é a formação da associação doméstica. Enquanto a família é um *prius*, o Direito que a disciplina é *posterius*". (NADER, 2016, p. 4).

O autor ainda complementa trazendo o dualismo do direito natural e do direito positivo. Neste ponto explica que ambas as realidades opostas - Direito Natural e Direito Positivo - se complementam em uma dialética, no qual o Direito Natural se apresenta como fundamento e o Direito Positivo como limite. Ato contínuo, Nader explica que nem a influência religiosa e nem um modelo humano que transcenda a experiência, deve ser o modelo para o Direito Natural, e que este deve trazer, também, elementos do que há de natural nos indivíduos dentro de um contexto realista. Sintetiza, portanto que "a doutrina religiosa, como outras fontes, pode contribuir na orientação, porém não deve ser necessariamente o paradigma referencia para as definições do Direito de Família." (NADER, 2016, p. 4).

No que tange os laços sanguíneos que constituem a família, o autor indica que tal critério declinou, havendo uma ascensão do vínculo da afetividade em detrimento do sanguíneos. Para tanto, Paulo Nader cita os traços de paternidade adquiridos na adoção, que se igualam em absoluto, no âmbito legal, dos laços biológicos. Em suma "a tendência moderna é no sentido de reconhecer o parentesco em vínculo de afetividade, como existente entre pais e filhos de criação. (NADER, 2016, p. 4).

No aspecto estrutural vemos que, na ótica do autor, a família é uma estrutura única, com aspectos variados. Sua estrutura demanda a existência dos laços de afetividade e solidariedade, sob o risco de fazer-se necessária a intervenção do Estado, por meio da lei, conforme:

Em sua estrutura e finalidade, a família é um grupo social *sui generis*, que encerra interesses morais, afetivos e econômicos. Antes de jurídica é uma intuição de conteúdo moral, sociológico e biológico, que centraliza interesses sociais da maior importância. O seu papel é

relevante para a criação da prole, equilíbrio emocional de seus membros e para formação da sociedade. Os vínculos internos, ao mesmo tempo que induzem à cooperação, contêm um potencial de hostilidade e conflito, que podem eventualmente ser desenvolvidos.

[...]

Quando a solidariedade cessa, a família se revela em crise, fato este que pode ser superado, recorrendo-se aos mecanismos internos de aproximação. Se o obstáculo à harmonia se mantém, dependendo de sua gravidade o Estado poderá intervir, a fim de proteger os elementos do pequeno grupo social. (NADER, 2016, p. 4 - 5).

Pontuando, Paulo Nader expressa que "não são as convenções sociais, portanto, a fonte geradora da família". (NADER, 2016, p. 5) sublinhando tratar do afeto, o sexo e o objetivo de formar uma família que motivam a aglomeração destas pessoas em especial, na composição da dita família nuclear. Igualmente, essa "pequena sociedade" busca a formação de um patrimônio comum, para moradia, conforto e segurança. (NADER, 2016, p. 5).

Fabio Ulhoa Coelho, ao debruçar sobre o tema da família, inicia suas considerações versando sobre a sua origem. Iniciando na antiguidade, acredita-se que a primeira noção de família se dá com a proibição do incesto e a regulação das relações sexuais, mas, diz ele, mesmo diante dessas teorias, há demasiadas incertezas, o que impede um olhar mais científico sobre o assunto. (COELHO, 2016, p. 20).

Tais incertezas residem no fato de que jamais houve na antiguidade e nem na atualidade uma forma única de família. Neste sentido, expressa sucintamente o autor:

Podem-se estudar as famílias, mas não a família. Numa determinada sociedade, definida por vetores, de tempo e lugar, é possível descrever uma ou duas estruturas predominantes de organização familiar. Mas não tem sentido buscar uma única trajetória evolutiva que explique satisfatoriamente como se estruturam e quais são as funções de todas as famílias. (COELHO, 2016, p. 20).

Fabio Ulhoa ainda complementa que mesmo na sociedade brasileira jamais houve uma forma única de família. Dessa forma menciona as diferenças estruturais da família extensa presente no meio rural de Pernambuco, durante o Brasil colonial

em contraposição com a família nuclear, existente na contemporaneidade paulistana. (SAMARA, 1983, apud COELHO, 2016, p. 23).

Essa imprecisão da conceituação da família se reflete na contemporaneidade, porém, mesmo diante dessa inconstância, ainda é possível, na visão do autor, classificar as famílias segundo alguns critérios de modelos teóricos, sendo eles: tradicional, romântica e contemporânea.

Na família tradicional, havia a figura do patriarca e o predomínio da ideologia patriarcal, sendo o pai o soberano. Este era responsável por todas as decisões da família, desde o horário e dias que estes poderiam sair de casa, o emprego dos filhos, até quem se casaria com estes. Este modelo foi o predominante até meados do século XIX. (COELHO, 2016, p. 24).

No modelo tido como "família romântica" predominante entre meados do século XIX até a década 1960, há uma perda considerável do poder do patriarca. O casamento deixa de ser uma ferramenta do pai, contudo, este ainda reserva para si a possibilidade de recusar os pretendes de sua filha. Ao filho homem, o pai não exercia esse poder de veto, entretanto, o filho tendia a escolher uma noiva que agradasse ao pai, sob o risco de sofrer algum prejuízo material, como a deserção ou uma simples negativa de recurso. Tal período é chamado de romântico, pois é o começo de um processo de despatriarcalização do direito de família. (COELHO, 2016, p. 24).

A família contemporânea, originada após a década de 1960, é marcada pela ascensão da mulher ao mercado de trabalho e sua busca por igualdade. Trata-se de um reflexo dos movimentos feministas, que ganharam força após a segunda guerra mundial. Avanços tecnológicos, como a pílula anticoncepcional, e avanços sociais, como o sufrágio universal, marcam esse período de mudança. Neste modelo as decisões são tomadas em conjunto, com a concordância do pai e da mãe. No que tange o casamento, este é de livre escolha dos filhos, havendo mera informação dos noivos aos seus respectivos pais. (COELHO, 2016, p. 24).

Assim, o poder do patriarca é o que marca cada um dos modelos expostos. Em suma, sintetiza Fábio Ulhoa, nas seguintes palavras:

Em termos esquemáticos, o decisivo é a variância, em cada modelo, da competência para a decisão sobre o casamento dos filhos. Na tradicional, os pais da noiva e do noivo *contratavam* o enlace. Na romântica, o noivo *pedia* a mão da noiva ao pai dela, que podia impedir o casamento, caso não o agradasse o pretendente; já o pai do noivo era comunicado da decisão do filho. Na família contemporânea a decisão é exclusiva dos diretamente interessados, e tanto o pai da noiva como o do noivo são apenas *informados*. (COELHO, 2016, p. 24).

O cenário atual apresenta ainda uma mescla de famílias dos modelos, tradicional e romântica, ainda que esse poder de veto e de direcionamento das decisões ocorra por meio de chantagens emocionais ou ameaça de redução do fomento financeiro. Esse tipo de modelo acaba resultando em um custo psicológico, formando pessoas fora de seu tempo, que geram prejuízo para toda a sociedade. (COELHO, 2016, p. 24).

No que se refere a conceituação para o direito de família pátrio, Fabio Ulhoa define que o critério utilizado é a relação jurídica entre os sujeitos. Tratam-se das relações horizontais e verticais. As relações horizontais são aquelas havidas entre os cônjuges, ou seja, em critério de igualdade, que buscam a convivência mútua. Essa é a relação presente entre os casados, por aqueles sujeitos à união estável e, em livre união, pessoas do mesmo sexo em união de vida. As relações verticais são as que contem ascendência e descendência. Podem ser tidas como relações verticais aquelas entre pais e filhos, avós e netos, etc. (COELHO, 2016, p. 24).

As relações horizontais se caracterizam por, atualmente serem voluntárias, pois realizadas por pessoas que assim a desejam, podendo, inclusive, desfazê-las quando bem entender.

As relações verticais, por sua vez, são impostas e irreversíveis e que duram a vida toda, pelo menos no que tange os filhos em relação aos pais uma vez que os pais que buscam uma adoção podem escolher seus filhos.

Neste diapasão, leciona Coelho:

Enquanto as relações horizontais são, *atualmente*, voluntárias, porque se estabelecem e se mantêm apenas se os dois sujeitos de direito querem ficar juntos, as verticais são obrigatórias, pelo menos pelo lado dos descendentes.

[...]

A relação vertical, quando existente, é imposta aos pais e filhos que dela não podem desligar-se. Enquanto não alcança sua independência material e psicológica, o filho tem direito a ser educado, criado e assistido pelos pais. Depois de tornar-se um ser independente, continua preso à relação vertical, que o enlaça por toda a vida dos pais, porque seu dever de conjugalidade (CARRALI, 1978: 30/33), por enquanto o direito não os conhece para os de ascendência e descendência: pais e filhos não se separam. como dita a constituição federal, 'os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade'. (art. 229).

Essa classificação passa a ser de grande valia quando se voltam os olhos para a nova família, conforme será demonstrado no próximo capítulo.

Assim, pudemos ver que os autores selecionados nem sempre concordam entre si no que tange a conceituação legal de família, inexistindo unicidade conceitual e de classificações. Entretanto, parece existir uma confluência em todos os autores colacionados, que é a de indicar o surgimento de uma nova família que não se enquadra mais nos valores e conceitos anteriores.

4. A "NOVA FAMÍLIA" E OS DESAFIOS DO ESTADO

Conforme já tratado nos capítulos anteriores, a família vem se modificando e se ampliando em um leque de diversidades de modalidades, convivendo, simultaneamente com os modelos mais tradicionais. Aspecto característico da sociedade contemporânea.

As mudanças sociológicas advindas desta nova sociedade fluida moldou o indivíduo, despertando nestes uma nova mentalidade. Este fato se faz refletir também na formação das famílias e dos novos laços e relações dela advindos.

O olhar sobre a família é fundamental para a saúde psicológica do indivíduo, uma vez que a família é o primeiro microcosmo de socialização que o homem experimenta. Na família há as primeiras noções de respeito, hierarquia, carinho, afeto e amor.

Muitas destas mudanças sociológicas já encontram respaldo legal, por meio de interpretações judiciais olvidadas na positivação do corpo textual da lei. Trata-se de um reflexo da característica conservadora do legislativo pátrio contemporâneo, fora de sintonia com a sociedade e com os direitos da minoria, assim como da Carta Magna de 1988 e nos princípios nela contemplados.

Desse ponto, o presente capítulo trará uma breve explanação sobre os aspectos que marcam essa nova sociedade líquida e seu reflexo na "nova família", para depois se aprofundar nos impactos no poder judiciário e observar como este poder vem lidando com estas demandas.

4.1 Breves Considerações Sobre a Modernidade Líquida

Deste ponto, recortado os conceitos de Nova Família, pertinente debruçar sobre a conceituação da pós-modernidade, ou modernidade líquida.

Pós-Modernidade é uma expressão cunhada por Zygmunt Baumann que nomeia um contexto sócio-histórico que se funda em críticas e constatação do

esgotamento dos paradigmas estabelecidos e construídos pela modernidade ocidental. (BITTAR, 2008, p. 1).

Alguns autores preferem se referir a esse momento histórico por outros nomes, como 'modernidade tardia', defendida por Anthony Giddens; 'supermodernidade', criada por Georges Balandier e 'Modernidade Reflexiva', sustentada por Ulrich Beck. (BAUMANN, 1998, p. 30).

Dada as críticas em relação a utilização desse termo, Zygmunt Bauman, passou a adotar atualmente o vocábulo 'Modernidade Líquida' conforme explica em entrevista dada para a Folha de São Paulo em 19 de outubro de 2003. (BAUMANN, 2003). Conforme:

Uma das razões pelas quais passei a falar em "modernidade líquida" e não em "pós-modernidade" (meus trabalhos mais recentes evitam esse termo) é que fiquei cansado de tentar esclarecer uma confusão semântica que não distingue sociologia pós-moderna de sociologia da pós-modernidade, "pós-modernismo" de "pós-modernidade". No meu vocabulário, "pós-modernidade" significa uma sociedade (ou, se prefere, um tipo de condição humana), enquanto "pós-modernismo" refere-se a uma visão de mundo que pode surgir, mas não necessariamente, da condição pós-moderna. Procurei sempre enfatizar que, do mesmo modo que ser um ornitólogo não significa ser um pássaro, ser um sociólogo da pós-modernidade não significa ser um pós-modernista, o que definitivamente não sou. Ser um pós-modernista significa ter uma ideologia, uma percepção do mundo, uma determinada hierarquia de valores que, entre outras coisas, descarta a idéia de um tipo de regulamentação normativa da comunidade humana, assume que todos os tipos de vida humana se equivalem, que todas as sociedades são igualmente boas ou más; enfim, uma ideologia que se recusa a fazer qualquer julgamento e a debater seriamente questões relativas a modos de vida viciosos e virtuosos, pois, no limite, acredita que não há nada a ser debatido. Isso é pós-modernismo. Mas eu sempre estive interessado na sociologia da pós-modernidade, ou seja, meu tema tem sempre sido compreender esse tipo curioso e em muitos sentidos misterioso de sociedade que vem surgindo ao nosso redor; e a vejo como uma condição que ainda se mantém eminentemente moderna na suas ambições e *modus operandi* (ou seja, no seu esforço de modernização compulsiva, obsessiva), mas que está desprovida das antigas ilusões de que o fim da jornada estava logo adiante. É nesse sentido que pós-modernidade é, para mim, modernidade sem ilusões.

Independente do aspecto semântico, o ponto defendido por Baumann e que interessa para o presente trabalho é a mudança ideológica da contemporaneidade, que ocorre na constatação de alguns aspectos conjuntos.

Baumann, assim, identifica essa superação do projeto moderno, que este chama de modernidade sólida e identifica na contemporaneidade uma modernidade líquida, que desconstrói ideais mais não os reconstrói. Um mundo no qual as convicções e crenças mudam constantemente, refletindo esse modo nos mais diversos aspectos sociais, como as relações pessoais, amorosas e de emprego, por exemplo. Nesse sentido, na mesma entrevista supramencionada, vemos o sociólogo sintetizar essa ideia nas seguintes palavras:

Diferentemente da sociedade moderna anterior, que chamo de "modernidade sólida", que também tratava sempre de desmontar a realidade herdada, a de agora não o faz com uma perspectiva de longa duração, com a intenção de torná-la melhor e novamente sólida. Tudo está agora sendo permanentemente desmontado mas sem perspectiva de alguma permanência. Tudo é temporário. É por isso que sugeri a metáfora da "liquidez" para caracterizar o estado da sociedade moderna: como os líquidos, ela caracteriza-se pela incapacidade de manter a forma. Nossas instituições, quadros de referência, estilos de vida, crenças e convicções mudam antes que tenham tempo de se solidificar em costumes, hábitos e verdades "auto-evidentes". Sem dúvida a vida moderna foi desde o início "desenraizadora", "derretia os sólidos e profanava os sagrados", como os jovens Marx e Engels notaram. Mas enquanto no passado isso era feito para ser novamente "re-enraizado", agora todas as coisas — empregos, relacionamentos, *know-hows* etc. — tendem a permanecer em fluxo, voláteis, desreguladas, flexíveis. A nossa é uma era, portanto, que se caracteriza não tanto por quebrar as rotinas e subverter as tradições, mas por evitar que padrões de conduta se congelem em rotinas e tradições. (BAUMANN, 2003).

Assim, sustenta Baumann que a nossa era é caracterizada pela quebra das tradições e pelas relações líquidas. No âmbito da família, pode-se ver a influência da quebra da tradição como um motivador do surgimento dos aspectos que marcam a "nova família".

Conforme exposto, a família contemporânea sofre com aspectos da fluidez das relações amorosas. Isso se faz sensível pelo grande número de famílias monoparentais, ou formada por pais divorciados.

Na quebra das tradições, vemos o maior desprendimento dos filhos perante os pais, assim como uma maior aceitação das relações homoafetivas e, ainda que bem mais timidamente, um começo de recepção do poliamor e das uniões poliafetivas.

Essa é, portanto, uma questão inevitável. A “nova família”, no campo sociológico já é uma realidade. Ao judiciário - e o Estado -, por sua vez, cabe decidir sobre tais questões, sem impor um ideário impositivo que não harmonize com os princípios constitucionais contemplados na Carta Magna.

4.2 A Nova Família

A "nova família" é marcada pela valoração dos laços afetivos em detrimento da formalização burocrática. Tal modelo é considerado por vezes não uma nova família e sim uma crise no conceito de família.

Juristas como alemão Wolfgang Friedmann decretam que essa crise da família se deve a alguns fatores objetivos, sendo eles:

- a) O fim da do patriarcalismo que foi a ideologia soberana em quase toda a história ocidental, inclusive, obviamente, no Brasil¹⁸;
- b) Substituição do poder paterno pelo estatal, que se deve a necessidade de controle do Estado na estrutura familiar, uma vez que essa é a base da sociedade. "os efeitos do casamento e da união estável e a extensão do poder familiar, por exemplo, não podem ficar ao arbítrio individual, devendo estar preestabelecido em lei". (DINIZ, 2016, p.38);
- c) O controle da natalidade, autorizado pelo Estado, proibindo interferências religiosas, conforme prescrito na Constituição Federal, art. 226, § 7^a;

¹⁸ Com que pese, particularmente, o patriarcalismo ainda estar presente, ainda que de maneira velada, em nossa sociedade. Questão observável na violência sofrida pelas mulheres, no salário médio inferior ao dos homens, assim como em alguns aspectos legislativos já abordados neste trabalho.

- d) A redução do salário individual e aumento de despesas familiares, que levam à mulher a se integrar ao mercado de trabalho;
- e) A perda da coesão familiar, em reflexo a precoce inserção do menor no mercado de trabalho¹⁹;
- f) A legalização do divórcio, em qualquer circunstância e prazo;
- g) "A tutela funcionalizada da entidade familiar." (DINIZ, 2016, p. 38 - 39).

Com que pese essa visão, a dita crise na verdade se revela uma mudança significativa em sua estrutura. Trata-se de uma construção nova, de novos parâmetros, em harmonia com os princípios contemporâneos, de uma nova sociedade fluida.

Maria Helena Diniz ainda sustenta que, as alterações trazidas pelas mudanças sociais na família ao seu conceito jurídico, não são ameaças à família e sim uma adaptação à nova realidade social. Nesse sentido, sintetiza a autora:

[...] não ocorre; a tão falada crise é mais aparente que real. O que realmente ocorre é uma mudança de conceitos básicos, imprimindo uma feição moderna à família mudança essa que atende às exigências da época atual, indubitavelmente diferente das de outrora, revelando a necessidade de um questionamento e de uma abertura para pensar e repensar todos esses fatos. Deveras, a família esta passando por profundas modificações, mas como organismo natural ela não se acaba e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização; logo não há desagregação ou crise. Nenhuma dessas mudanças legislativas abalará a estrutura essencial da família e do matrimônio, que é sua pedra angular. (DINIZ, 2016, p. 39).

Vemos então que ocorre nas mais diversas ordens jurídicas, entre elas a civil, uma espécie de eclipse advindo da descodificação e da constitucionalização do direito civil, o que revela uma necessidade de olhar a estes ramos com a cautela e a ótica dessa nova conjuntura legal, de valoração dos direitos fundamentais, conforme:

¹⁹ Com que pese essa tendência variar drasticamente, dependendo da classe social e região.

Tais fenômenos são conducentes a uma releitura de todo ordenamento jurídico-positivo, baseada na prudência objetiva, levando em consideração os valores positivados na constituição federal, a exaltação de uma reforma do direito civil e o respeito à dignidade da pessoa humana. Isto é assim porque será preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis, procurando atenuar seus excessos, apontando soluções viáveis para que a prole possa ter pleno desenvolvimento educacional e para que os consortes ou coniventes tenham uma relação firme, que integre respeito, tolerância, diálogo, troca enriquecedora de experiência de vida etc. , sempre tendo em vista que, com o passar dos anos, as pessoas mudam. É preciso que no seio da família haja uma renovação do amor e sucessivos recasamentos, para que ela possa manter-se, numa época como a atual, marcada pela disputa do egoísmo e pelo desrespeito. A família continua e deve sobreviver feliz. Este é o desafio para o século XXI. (DINIZ, 2016, p. 40).

Flávio Tartuce, em mesmo diapasão, citando Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, sustenta existir uma nova família e, conseqüentemente, um novo direito de família, arvorado mais no princípio da afetividade do que na estrita legalidade. Conforme:

Buscar-se-á analisar o Direito de Família do ponto de vista do afeto, do amor que deve existir entre as pessoas, da ética, da valorização da pessoa e da sua dignidade, do solidarismo social e da isonomia constitucional. Isso porque, no seu atual estágio, o *direito de família é baseado mais na afetividade do que na estrita legalidade*, frase que é sempre repetida e que pode ser atribuída a Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, professora Titular da Faculdade de Direito da USP e uma das fundadoras do IBDFAM. (TARTUCE, 2016, p. 5)

Em sentido similar, Paulo Nader expõem que questões de igualdade marcaram profundamente o direito de família, fruto das "transmutações sociais" e assim expressa:

Uma área do *jus privatum* que mais tem evoluído nos últimos tempos é o direito de Família, devido às transmutações sociais. Importante avanço adveio com o Estatuto da Mulher Casada de 1962, que expurgou a hierarquia do homem em relação à mulher no casamento. Com a Lei nº 6.515/77, foi criado o instituto do divórcio, até então barrado em nosso ordenamento por forças religiosas. A igualdade de direitos entre os filhos nascidos ou não do casamento,

bem como os biológicos e os civis, foi alcançada com a constituição Federal de 1988. Atualmente, pouca distinção se faz entre os parentescos biológicos, jurídicos e socioafetivos. Por esta Lei Maior houve o reconhecimento da existência das entidades familiares (casamento, união estável, relação monoparental e abertura para a criação da união homoafetiva). (NADER, 2015, p.19)

Para compreender essas mudanças da família, podemos olhar em sua origem as funções específicas que esta exercia, sendo estas: a função biológica, relacionada à preservação da espécie, proibição de incesto etc.; função educacional, servindo de preparo para a prole se adaptar à sociedade, enquadrando-os às ideologias do local e tempo; função econômica, que propicia a obtenção de bens para a sobrevivência e conforto humano, como alimentos, residência e mobília; função assistencial, ou seja, uma ajuda àqueles que necessitavam, quando inabilitados de cuidar de si, algo reservado aos jovens, idosos e doentes; função espiritual, pois a família era a única fonte de propagação dos fundamentos da religião; e, por fim, a função afetiva, essencial para a estruturação mental do homem, servindo como meio de construção de sua identidade e autoestima. "a família é condição essencial para a felicidade". (COELHO, 2016, p. 21).

A análise destas funções em contraposição às funções contemporâneas possibilita um interessante olhar sobre a função originária e importância da família na antiguidade e sua relevância atual.

Assim, com o decorrer da modernidade, as funções antes reservadas à família foram se perdendo. "A história da família é uma história de perdas. À medida que se tornam mais complexas, a sociedade subtrai funções da família". (COELHO, 2016, p. 21).

O advento do cristianismo contribuiu com a perda da relevância da religião no seio familiar, uma vez que as celebrações religiosas passam a ser de exclusividade da igreja, dentro de seu complexo burocrático. Igualmente, o advento das revoluções industriais retirou - ou ao menos reduziu - da família sua função econômica. Trata-se da desfuncionalização econômica da família. Isso se deve a perda do poder do patriarca que, antes, controlador de seu meio de trabalho, era o provedor de seus filhos, mesmo depois de casados, pois era do patriarca que surgia o emprego de sua

prole - por meio de influências sociais ou trabalhando para este - porém, com o advento da revolução industrial os empregos são oferecidos pela burguesia, alheia às questões familiares. (COELHO, 2016, p. 22).

A perda da função educacional também se faz presente no processo de modernização da sociedade, momento no qual o Estado assume para si o dever de educar, tornando-o, inclusive, obrigatório, uma vez que é necessário ao Estado fornecer a mão de obra qualificada para suprir os interesses burgueses. "A família ainda exerce certa função educacional, mas nela aprende-se menos que na escola, tanto em relação às aptidões como também em medida crescente, aos valores". (COELHO, 2016, p. 22).

No que tange à função social, igualmente, o Estado Moderno atribui para si a Assistência Social, criando um sistema de previdência pública. Contudo, aponta Fabio Ulhoa:

Garantimos já a reprodução da força de trabalho. Mas ainda não temos suficiente acumulação social para garantir a *recuperação* dessa força. Quando o ser humano adocece e não pode trabalhar, a família tem cuidado dele - assim como na velhice, em que a força de trabalho do individuo muitas vezes desaparece e ele precisa contar com o amparo dos filhos. A securidade social esta substituindo a família nessa função, num lento processo histórico de avanços e recuos, em que os países centrais do sistema capitalista naturalmente tem-se saindo melhor que os periféricos. (COELHO, 2016, p. 22).

Até mesmo a função biológica começa a perder sua função, na medida em que os avanços científicos permitem a concepção *in vitro*, assim como outros métodos de inseminação artificial que impede a propagação de doenças genéticas congênitas.

O que sobra, então, para a família é sua função afetiva. Para essa função a família exerce um terreno fértil de zelo e cuidado, local de convivência e autoestima. Neste sentido, completa Coelho:

E quanto a função afetiva? Esta a família tem conservado. Mas ainda: dispensada das funções econômicas, religiosas e, em parte da educacional e assistencial, a família tende a ser cada vez mais

espaço para aflorar a afetividade, contribuindo para que homens e mulheres cresçam psicologicamente sadios, com autoestima e identidade. É claro que muitas e muitas famílias não cumprem essa função a contento, gerando para a sociedade pessoas perturbadas, sexualmente reprimidas, inseguras e infelizes. Mas é provável que possa cada vez mais se dedicar à importante tarefa de estruturação psicológica de homens e mulheres pelo afeto, na medida em que se fortaleçam os sistemas públicos de saúde e de seguridade social. (COELHO, 2016, p. 23).

Vemos assim, uma mudança de eixo dos valores tradicionais da família. Esse fenômeno também pode ser observado quando vistas a posição das relações familiares.

Conforme já abordado nessa dissertação, as relações familiares podem ser divididas em horizontais - entre cônjuges e companheiros - e verticais - entre pais, filhos, avós etc.

Essas relações, tanto horizontais quanto verticais, eram indissolúveis, em maioria, antes do advento da modernidade. O casamento constitui uma relação horizontal. Em função da interferência da Igreja no Estado se impunha que tal relação deveria ser eterna e, pelo poder paterno, a união era imposta aos seus filhos.

Para o ordenamento pátrio, com o advento da lei do desquite (Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977²⁰) e posterior divórcio, as relações horizontais tornaram-se voluntárias, pois constituídas de livre acordo entre as partes que celebram a união. Neste sentido, expõem Fabio Ulhoa (2016, p. 26):

As relações horizontais deixaram de se fundar exclusivamente na monogamia vitalícia e passaram a admitir também a monogamia sucessiva como padrão. A autoridade do pai foi substituída pela igualdade dos sujeitos em relação matrimonial. Não há mais a necessidade da celebração do ritual do casamento para a constituição do vínculo horizontal e formação da família. Em alguns

²⁰ Cabe salientar que o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, previa a possibilidade de separação de corpos também chamado de divórcio, para tanto, esse só era possível mediante adultério, seivícia ou injúria grave, abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos, mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de dois anos.

países, não é mais imprescindível que o sujeito da relação sejam de sexos opostos.

Já as relações verticais são obrigatórias, quando dos filhos aos pais. Aos pais é facultada a escolha de ter filhos e de adotá-los, mas uma vez feito esse vínculo, este passa a ser permanente. As relações verticais, tal quais as horizontais, sofreram notável mudança nos recentes anos. É de destaque, por exemplo, a igualdade de direitos entre filhos legítimos e dos havidos fora do casamento – antigamente denominados “bastardos” - e dos adotados e biológicos, no ato da partilha.

Neste sentido, sintetiza Coelho (2016, p. 26):

Tempo houve, por outro lado, em que as relações verticais provinham de fundo biológico. Ascendentes e descendentes se definiam unicamente em função dos chamados laços de sangue. O filho adotivo não participava da herança em igualdade de condições com os biológicos, por exemplo. Atualmente, não há mais distinção jurídica nenhuma entre a filiação biológica e não biológica. Alias, com a paternidade ou maternidade socioafetiva - quem cuida dum criação como seu filhos passa a ser pai ou mãe dela para o direito - , rompe-se de vez o fundamento biológico para as relações verticais. Outra mudança importante foi a superação da abominável distinção entre filhos legítimos (nascidos dentro do casamento) e ilegítimos (nascidos fora do casamento). Há não muito tempo atrás, esses últimos tinham na partilha, menos direitos que aqueles. Por fim, os filhos não estão mais submetidos inteiramente à autoridade dos pais, tendo voz ativa em muitos dos assuntos de seu interesse a da própria família.

Também inovam na contemporaneidade as famílias nas quais inexistem relações horizontais, tais quais as monoparentais, e das desprovidas de relações verticais, nas quais o casal não possui filhos.

Temos, assim, que a tida "nova família" no âmbito legal não é algo nascido nos últimos anos, e sim um processo que vem avançando paliativamente desde o meio do século XX, tomando fôlego, particularmente nos recentes anos.

Vimos até o momento a maneira segundo a qual diversos autores vislumbram o fenômeno da nova família. É chegada a hora de trazermos à tona nossa própria

concepção do que é esta “nova família” e qual é a relação que o Estado deve travar com ela.

Por meio de Max Weber, pretendíamos indicar a maneira segundo a qual, por meio de um processo de racionalização - uma modernização, segundo alguns - diversas esferas, até então unidas, autonomizam-se, dentre elas, as esferas estatal e religiosa. Vimos que é por meio de um desencantamento do mundo que esta secularização do Estado Moderno se constrói. O Estado, desde então, passa a não mais se imiscuir na esfera privada e religiosa dos seus cidadãos, assim como qualquer instituição religiosa não mais deve interferir nos negócios estatais.

Para indicar essa divisão entre esfera privada e esfera pública, baseamo-nos no pensamento marxiano da obra “Sobre a Questão Judaica”. Nesta obra, observamos a maneira pela qual os indivíduos, após o advento das revoluções burguesas e o fim do universo estamental da Idade Média, veem-se cindidos entre *Citoyene* e *Bourgeois*, entre o homem público e o homem privado, o homem das relações universalizantes estatais e o homem particular das relações familiares e societais.

Tendo em vista isto, importa salientar que o Estado, desde então, não deve mais intervir de uma maneira rude e impositiva naquelas áreas sobre as quais não mais tem prevalência, o Estado não mais é competente para tanto.

Conforme também indicamos, da distinção entre Estado e religião, desta separação, a noção de laicidade é devedora. E é sobre esta noção de laicidade, que se confunde com os denominados “Direitos do Homem” de primeiro grau, ainda que tenham, num segundo momento, uma parte ativa, que ancoramos agora a nossa concepção de família e os limites que o Estado deve respeitar na sua normatização.

Portanto, a nossa concepção de família não se limita em um conceito normativo.

Devido a própria natureza fluida da família contemporânea, vinculada a noção de laicidade - separação de Estado e religião - limitar a família em um conceito rígido, seria violentar sua própria natureza a montante e a jusante. Isso por que nem o Estado pode interferir na família por ser distinto dela e nem a família possui um conceito rígido em si mesma, em sua própria essência líquida.

Destarte, a família deve ser construída na noção de afetividade entre seus membros e esse é o único elemento que pode fundamentar qualquer concepção - não conceito - de família.

Portanto, a concepção de família proposta é a de um agrupamento de pessoas que, independente de quantidade, gênero ou parentesco se unem pelos laços afetivos e se auto declaram uma família.

Vejamos, no próximo item, de que maneira o Estado Brasileiro lida com a família, e a conceituação ora proposta.

4.3 O Estado Brasileiro Perante a Nova Família.

O advento de novas composições familiares na sociedade exigiu do Estado um posicionamento ativo sob sua regulação, recepção e proteção.

As mudanças legislativas e judiciárias para o enfrentamento dos novos ideários sociais acabam sendo positivados, ao seu tempo, mesmo que com um certo descompasso com os desejos da sociedade.

Foi assim com a introdução da possibilidade de desquite ou divórcio, rompendo com a ideologia religiosa cristã - também presente em outras religiões - do sacramento indissolúvel do matrimônio. Posteriormente com os ideais de igualdade, contemplados na Constituição Federal de 1988, surgiram reformulações legislativas, como a contemplação aos irmãos, independente de sua origem - biológica, adotiva, legítima ou ilegítima - os mesmos direitos, principalmente para fins sucessórios. Este princípio também abraçou a igualdade dos cônjuges, com o advento do Código Civil de 2002, extirpando da especificação de funções entre pai e mãe, que antes havia no Código Civil de 1916.

O Código Civil de 2002 também abraça a afetividade ao contemplar a união estável de casais formados sem a celebração do casamento. Foi um sensível olhar para uma realidade muito presente na constituição de famílias na contemporaneidade.

Nos mais recentes anos, um novo eixo se formou, referente a recepção no ordenamento, de princípios da dignidade humana e da busca pela felicidade.

Nesse contexto, que em julho de 2009, foi proposta a ADI 4.277, que teve como objeto o obrigatório reconhecimento no Brasil da união entre pessoa do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher. Garantindo os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis aos casais compostos por pessoas do mesmo sexo.

A referida ação foi distribuída por dependência à ADPF 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em razão de questão conexa suscita.

O julgamento da ADI 4.277 ocorreu em maio de 2011, conjuntamente com a ADPF 132, reconhecendo à união estável entre casais do mesmo sexo interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impedisse a união estável homoafetiva, no que tange o reconhecimento “como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher” (CC, art. 1723).

No julgamento da ação, o relator Ministro Ayres Brito, em seu voto, pontua que:

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica” e que a Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa devendo reconhecer a união homoafetiva como família segundo as mesmas regras e consequências da união heteroafetiva²¹.

A análise minuciosa do voto relator do processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o qual equipara a união homoafetiva à união estável entre homem e mulher, demonstra a exegese da hermenêutica jurídica aplicada a um caso de extrema importância no contexto brasileiro atual.

Os argumentos utilizados pelo Ministro corroboram o fato social, ao qual Émilie Durkheim faz menção ao todo em sua obra. Em todas as formações sociais conhecidas, em que o gênero humano faz-se presente, observa-se o livre enlace

²¹ STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 5 maio de 2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198, 13 out. de 2016.

entre pessoas do mesmo sexo. Portanto, se é algo tão comum e difundido socialmente, porque haveria o judiciário deslegitimar algo que a própria natureza une? É o que o Ministro discorre durante o seu voto.

Além disso, há o preceito fundamental da nossa Carta Magna, que antes de separar os homens em gênero, os reconhece ao todo como iguais entre si, vide trecho do julgado supra:

Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica das pessoas, à idades, à raça e à cor da pele de cada qual; Isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou desmerecimento inato das pessoas, pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de ter nascido mulher, ou homem.

O relator observa algo que há de fundamental em nossa Constituição: A equiparação do gênero humano. Demonstrado no excerto da obra de Jung que o Ministro menciona:

A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individualização.

Elucidado o contexto íntimo do assunto e a profundidade particular que o mesmo toma, o Ministro eleva o argumento construído, demonstrando toda a especialidade do tema tratado. Tomada a união com a pessoa adulta que lhe prouver como direito constitucional, uma vez que levamos a felicidade pelo princípio da dignidade humana, ou mesmo o direito à intimidade às relações heterossexuais, ao onanismo, como liberdade individual.

Em sua fundamentação do mérito o relator explana a proibição constitucional do preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre homem e mulher, assim como “É tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual”. Também argumenta sobre o bem maior, a intimidade e privacidade. Uma vez que adultos,

capazes, detentores de direitos e obrigações não pode o Estado crer que pode entrar na intimidade do indivíduo e regular o que este pode fazer. Não é essa e nem nunca foi função do Estado e sim regulamentar as relações sociais, no referido caso o direito do reconhecimento jurídico da relação homoafetiva e as suas consequências, como reconhecimento da União Estável Homoafetiva, o direito à adoção bem como todas as consequências civis da contração desta união.

Após julgamento da decisão e surgindo como forma de pacificar a controvérsia, dado que, no âmbito das corregedorias dos tribunais de justiça, ainda não havia uniformidade de interpretação e de entendimento sobre a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, foi editada a resolução 175 do CNJ, que disciplina o casamento homoafetivo e a conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Por se tratar de uma decisão proveniente de um tribunal, alguns estados a reconheciam, outros não. A resolução veio para unificar o entendimento, obrigando todos os cartórios a realizarem o casamento homoafetivo, bem como a efetuarem a conversão da união estável em casamento.

A Resolução nº 175/2013 do CNJ representa importante ato normativo, que possui como finalidade a efetivação dos direitos dos homossexuais que, até então, sem qualquer justificativa, não tinham acesso ao casamento civil.

No âmbito judicial também se fez presente a recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no RE 896.060/ SC²² que reconheceu a dupla paternidade e pacificou a questão da responsabilidade do pai biológico perante a paternidade socioafetiva.

A demanda originou-se do pedido do pai biológico em Recurso Especial (com repercussão geral), que demandava em face da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que determinou o pagamento de alimentos ao genitor, mesmo diante da existência de pai sócio afetivo. O recurso discutia, assim, a possibilidade do menor ter dupla paternidade - genética e afetiva.

²² Tribunal Federal, RE 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 22 set. de 16. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>>. Acesso em 29 out.de 2016.

Em situação análoga, o Recurso Especial 898.060/SC²³, também consolida decisão em termos similares, conforme se transcreve nas palavras do Ministro relator Luiz Fux:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.

O Supremo Tribunal de Justiça, dessa forma, sedimenta a inexistência de prevalência entre os laços biológicos e afetivos, pronunciando que ambos podem coexistir.

Assim a discussão desses preceitos esbarra na ampliação e entendimento do que seria a unidade familiar, a nova família e sua conceituação.

Nesse sentido que a proposta desse presente trabalho pretendeu esmiuçar.

Há, de fundamental uma análise sociológica das mudanças progressivas e conservadoras do conceito familiar, pois, particularmente é esse o conceito que terá que ser utilizado pelos magistrados e dos quais será a força motriz de uma alteração legislativa.

Uma conceituação humanista e em harmonia com os preceitos contemplados na contemporaneidade, na Constituição Federal de 1988 e nas consequentes leis ordinárias, deve ser sempre considerada. Nesse diapasão que se reitera a conceituação outrora proposta. Ou seja, ter a família como agrupamento de pessoas - o indivíduo não pode ser considerado uma família em si - que, independente de quantidade, gênero ou parentesco se unem pelos laços afetivos e se auto declaram uma família. A Auto declaração da família - ver-se como família - é uma forma de evitar que as meras relações de amizade, que envolvem afeto, sejam classificadas como família.

Nesta proposta, todas as novas modalidades de família acabam sendo abarcadas.

²³ Supremo Tribunal Federal, RE 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 22 set. de 16.

Há de se ressaltar que quando da inexistência de afeto, não há de se falar de inexistência de responsabilidades. Isso por que, no caso, por exemplo, de um pai que não convive e não nutre afeto por seu filho, não há o encerramento de deveres desse progenitor por sua prole. A falta de afeto não isenta os deveres de alimento e de solidariedade, uma vez que, como progenitor, o sustento do menor é dever para sua subsistência. Temos, assim, um bem maior, que é a proteção do menor e respeito à sua dignidade.

Essa nova conceituação possibilita uma contemplação de modalidades ainda não recepcionadas amplamente no ordenamento, tais como as famílias poligâmicas e do "poliamor" - famílias constituídas por três ou mais pessoas que se relacionam entre si. Ressaltando que estas só caberiam em condição de auto declaração e com a concordância de todos os membros. Ou seja, não se estaria legalizando o concubinato.

No mesmo diapasão, cabe destacar o posicionamento do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), um dos grandes defensores do Projeto intitulado "Estatuto das Famílias" (PL 470/2013)²⁴ que, em sentido harmônico, defende uma revisão conceitual no Direito de Família no que se refere ao conceito de família, para se enquadrar às novas demandas sociais, de famílias plurais. Neste projeto, a tida "família" é chamada de "entidades familiares" para englobar suas diversas formas. Nas razões fundamentais a autora do projeto, Senadora Lídice da Mata assim defende:

²⁴ Projeto de autoria da Senadora Lídice da Mata. Cujas a ementa e sua respectiva explicação se transcreve: **Ementa:** Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. **Explicação da Ementa:** Institui o Estatuto das Famílias, composto dos seguintes títulos: I) Disposições Gerais; II) Das Relações de Parentesco; III) Das Entidades Familiares, sendo este título subdividido em: Das Disposições Comuns, Do Casamento; Da Capacidade para o Casamento; Dos Impedimentos; Das Provas do Casamento; Da Validade do Casamento; Dos Efeitos do Casamento; Da União Estável; Da Família Parental; Das Famílias Recompuestas; IV) Da Filiação; V) Da Adoção; VI) Da Autoridade Parental; VII) Da Convivência Familiar; VIII) Da Alienação Parental e do Abandono Efetivo; IX) Dos Alimentos; X) Do Bem de Família; XI) Da Tutela e da Curatela; XII) Do Processo e do Procedimento; XIII) Do Procedimento para o Casamento; XIV) Da Ação de Divórcio; XV) Do Reconhecimento e da Dissolução da União Estável; XVI) Da Ação de Separação de Corpos; XVII) Da Ação de Alienação Parental; XVIII) Dos Alimentos; XIX) Da Averiguação da Filiação; XX) Da Ação de Interdição; XXI) Dos Procedimentos dos Atos Extrajudiciais; XXII) Das Disposições Finais e Transitórias; revoga o Livro IV da Lei nº 10406/02 (Código Civil) e dispositivos do Código de Processo Civil e da legislação correlata. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Consultado em: 30 nov. de 2016.

Entidades familiares Tal qual o Código Civil de 1916, também o Código Civil de 2002 começa tratando do casamento, indiferente ao comando constitucional que assegura tutela a outras entidades familiares. Este erro é corrigido pelo Estatuto das Famílias, que dedica o Título I a normas e princípios gerais aplicáveis às famílias e às pessoas que as integram. A Constituição atribui a todas as entidades familiares a mesma dignidade, sendo merecedoras de igual tutela, sem hierarquia. Deste modo, o título destinado às entidades familiares estabelece primeiro as diretrizes comuns a todas elas, para depois tratar de cada uma. Além do casamento, regula a união estável, a família parental, na qual se inclui a família monoparental e a pluriparental. Do mesmo modo, atende às famílias que se constituem com egressos de vínculos afetivos anteriores e formam o que se chama de famílias recompostas.

Este projeto, portanto representa relevante passo para uma conceituação de família em sintonia com os novos contornos da sociedade contemporânea. Tal projeto certamente se depara com grandes dificuldades de ser aprovado principalmente diante de um poder legislativo com viés conservador, como o atual. Porém, não se pode deixar de exaltar o esforço nele impresso e sua defesa de uma visão de vanguarda ao direito de família.

CONCLUSÕES

Todo o caminho apresentado até o presente momento objetivou construir uma base para olharmos à sociedade e ao Estado e colocá-los em seu devido lugar, estabelecendo uma relação contemporânea, em consonância com os atuais princípios constitucionais e do Direito de Família.

Em Max Weber, indicamos como, por meio de um processo de racionalização que remonta a origem da modernidade, houve uma cisão entre as esferas do sagrado e do Estado. O desencantamento do mundo sustentado por Weber é a semente desta secularização do Estado Moderno.

Em sentido similar e complementar trouxe ao corpo deste trabalho o pensamento de Marx na obra “Sobre a Questão Judaica”. Momento no qual destacamos que os cidadãos, com o advento das revoluções burguesas e o fim do universo da Idade Média, separa sua vida em duas esferas, a pública e a privada, na qual uma - privada - é de seu domínio e a outra - pública- é do controle do Estado.

Por meio dessa construção afirmamos que o Estado não deve intervir na esfera privada dos seus cidadãos. Tratando-se de um pilar da modernidade - A laicidade. Conceito que se integra com os “Direitos do Homem” que posteriormente se verá nos princípios constitucionais contemplados na Constituição Federal vigente.

Dessa construção, focamos no direito pátrio, por meio de seus juristas e doutrinadores, elencando e expondo suas conceituações e princípios abraçados no direito de família, assim como suas visões perante a "nova família". Foi apresentada uma conceituação da ótica da modernidade líquida, como subsídio para iluminar a visão contemporânea da sociedade, nos aspectos de fluidez e de quebra da tradição.

Dessa leitura conjunta, fomos às emblemáticas decisões jurisprudenciais brasileiras proferidas recentemente, para entender como o Estado e o judiciário tem enfrentado essa sensível e pulsante condição social. Para, ao final, propormos uma conceituação de família que atenda os ensejos sociais desta dita modernidade líquida.

Assim, a nossa concepção de família não se pode limitar a um mero conceito normativo.

Devido a própria natureza fluida da família contemporânea, vinculada a noção de laicidade - separação de Estado e religião - limitar a família, em um conceito rígido, seria se opor à sua própria natureza. Isso por que o Estado não pode mais interferir na família por ser distinto dela. Igualmente, a família é mutável, no fluir da sociedade e de sua contemporânea essência líquida, não podendo se limitar nos antigos padrões sólidos.

A família, então, deve ser arvorada na afetividade de seus membros e esse é o único elemento que pode fundamentar qualquer concepção - não conceito - de família.

Logo, a concepção de família proposta é a de um agrupamento de pessoas que, independente de quantidade, gênero ou parentesco se unam pelos laços afetivos e se auto definam uma família.

Tal conceituação possibilita que modalidades de família como famílias poligâmicas e do "poliamor" se enquadrem nesta definição. Outrossim, afastaria o concubinato pois nesta modalidade de relação inexistente a auto declaração de todas as partes, pois, pressupõem que uma das partes desconhece a relação extra conjugal.

Sendo assim, o trabalho se encerra propondo uma visão mais integrada entre a sociedade e os poderes estatais, na qual o Estado seja um protetor dos avanços sociais e não um impedimento para a livre expressão e busca da felicidade de seus cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org. trad. e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, 1ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse Público**. Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008.

BACHUR, João Paulo. **A diferenciação funcional da religião na teoria social de Niklas Luhmann**. Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo, v. 26, n. 76, p. 177-190, Jun. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092011000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 nov. de 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da Pós-modernidade**. Rio de Janeiro, Editora Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt, **entrevista realizada por PALLARES-BURKE Maria Lúcia Garcia**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702004000100015>. Acesso em: 6 mai. de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. In: Estudos Avançados de Direitos Humanos. Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo direito público. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Vol. 919, n. 101, p. 127 - 196, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 9 nov. de 2016.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-modernidade**. Revista Sequência, nº 57, p. 131-152, dez/2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p131/13642>>. Acesso em: 20 out. de 2016.

CALDERON, Lucas Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf>. Acesso em: 19 nov. de 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época.** Editora Revista de Processo, vol. 61/1991, p. 144 – 160, Jan – Mar, 1991.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família – Sucessões.** Volume 5. São Paulo, 8ª ed., 2016.

CORREIA, Atalá. **Reflexões sobre a laicidade legal no direito de família.** Editora Revista de Direito de Família e das Sucessões, Vol. 1, p. 13, Jul / 2014.

DE CICCIO Cláudio e GONZAGA Alvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política.** São Paulo, 5. ed, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça.** 4 ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do liberalismo.** In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito Administrativo e Interesse Público. Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo.** 4ª ed. Buenos Aires, Editora Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

DWORKIN, Ronald. **The Model of Rules.** Chicago, University of Chicago Law Review, n. 35, 1967.

DURÃO, Aylton Berbieri. **Habermas: foundations of the democratic state of law.** Trans/Form/Ação. São Paulo, v.32(1), 2009, p.119-137. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v32n1/08.pdf>>. Acesso em: 16 nov. de 2016.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado.** São Paulo, Editora Expressão Popular, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva.** Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1996.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional.** Vol. 3, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão Leite. **Direito à Diversidade**. São Paulo, Editora Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2008.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 2: O uso dos prazeres**. tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo, Editora Paz e Terra, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho em el Derecho Administrativo**. Revista de Administración Pública, nº 40, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 189-224, 1963.

GARCIA, Maria. **Estado laico e Estado a-ético: embriões humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. O direito constitucional à vida (art. 5º, caput, da CF/1988)**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Vol. 64, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Vol. 6. 12ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 3ª ed., São Paulo, Editora RCS, 2007.

GUÉRIN, Daniel. **BAKUNIN: textos escolhidos**. Trad. de Zilá Bernd. Porto Alegre, Editora L&PM, 1983.

GUEROULT, Martial. **Descartes segundo a ordem das razões**. São Paulo, Editora Discurso Editorial, 2016.

HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa, Instituto Piaget, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **A Nova Obscuridade: pequenos escritos políticos**. Vol. V. 1ª ed. São Paulo, Editora Unesp, 2015.

JOUANJAN, Olivier. **Une Histoire de La Pensée Juridique en Allemagne (1800-1918)**. Paris, Editora PUF, 2005

LAZARI, Rafael José Nadim de. BERNADI, Bruno Bianco Legal. (orgs.) **Liberdade religiosa no estado democrático de direito: questões históricas, filosóficas, políticas e jurídicas**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2014.

LEDURE, R. P. Yves, **Religion et Démocratie**. Disponível em: <http://documents.irevues.inist.fr/bitstream/handle/2042/33939/ANM_2004_323.pdf?sequence>. Acesso em: 16 nov. de 2016.

LEFORT, Claude. **A Invenção Democrática** – Os limites da dominação totalitária. Trad. Isabel Marva Loureiro. São Paulo, Editora Brasiliense, 1983.

LE GOFF, Jacques. **Uma longa Idade Média**. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo, Editora Saraiva 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Doutrinas Essenciais Família e Sucessões, Vol. 1, p. 451 – 470, Ago / 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação**. Editora Revista de Direito Privado. Vol. 3, p. 35 – 41, Jul - Set / 2000.

MACCORMICK, Neil. **Instituciones del Derecho**. Trad. para o castelhano de Fernando Atria e Samuel Tschorne. Madrid, Editora Marcial Pons, 2011.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2006.

MAURMO, Julia Gomes Pereira. **A distinção conceitual entre privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem**. Editora Revista de Direito Privado, Vol. 57, p. 33 – 52, Jan - Mar / 2014.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. Trad. Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2002

MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo, Editora Boitempo Editorial, 2007.

MARX, Karl. **A Questão Judaica**, São Paulo. Editora Centauro, 2003.

MEDEIROS, Anna Paula Alves de. NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **A redefinição do conceito de família na perspectiva do neoconstitucionalismo.** Editora Revista de Direito Privado. Vol. 55, p. 265 – 310, Jul - Set / 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986.

MIRAGEM, Bruno. **Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa.** Direito à Diversidade. Org. Carolina Valença Ferraz, Glauber Salomão Leite. São Paulo, Editora Atlas, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** São Paulo, Editora Saraiva, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** São Paulo, Editora Atlas, 2002.

MORGAN, Lewis Henry. **A sociedade antiga: ou investigações sobre as linhas do progresso humano desde a selvageria, através da barbárie, até a civilização.** Evolucionismo Cultural: textos de Morgan, Tylor e Frazer. org. Celso Castro. 2ª ed. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 2009

MULLER, Friedrich. **Rule of law, human rights, democracy and participation: some elements of a normative concept.** Estudos Avançados de Direitos Humanos. Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo direito público. BOGDANDY, Armin von. PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales. Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Direito de Família, Vol. 5, 7ª ed.** Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016.

NEVES, Rodrigo Santos. **A privacidade como direito da personalidade.** Editora Revista dos Tribunais, Vol. 955, p. 67 – 88, Mai / 2015.

NIETZSCHE, Friedrich. **O Anticristo.** Porto Alegre, Editora L&PM, 2008.

PENA-RUIZ, Henri. **Qu'est-ce que lalaïcité?** Paris, Editora Gallimard, 2003.

PORFÍRIO, Danilo. **Definição e natureza jurídica do princípio da afetividade.** Editora Revista de Direito de Família e das Sucessões. Vol. 3, p. 39 – 55, Abr – Mar / 2015.

SANTOS, Giovana Ferreira Martins Nunes. NASCIMENTO, Hudson Nogueira. **A (não) recepção do crime de bigamia à luz do princípio da dignidade da pessoa humana das família plurimas, poliafetivas ou socioafetivas.** Editora Revista dos Tribunais, Vol. 943, p. 127, Mai / 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 13ª ed., São Paulo, Editora Malheiros Editores, 1997.

SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400>. Acesso em: 18 nov. de 2016.

SUANNES, Adauto. **O “despertar” dos direitos da mulher.** Vol. 608, Editora Revista dos Tribunais, Jun / 1986.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** São Paulo, Editora Malheiros Editores, 2003 e 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo, o justo e o legal: crítica ao pan-principiologismo a partir do caso das “famílias paralelas”.** Editora Revista de Direito Civil Contemporâneo, Vol. 1, p. 151 – 160, Out - Dez / 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito de Família,** Vol. 5, 11ª ed. Editora Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo.** Soluções Práticas – Tepedino, Vol. 1, p. 19, Nov / 2011.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. **União homossexual: reflexões jurídicas.** Doutrinas Essenciais Família e Sucessões. Vol. 2, p. 1253 – 1282, Ago / 2011.

TRUBEK, David M., **Max Weber sobre o Direito e ascensão do Capitalismo,** Tradução: José Rafael Zullo, Vol. 3, n.11, p. 151 – 186, Editora Revista Direito GV 5, Jan – Jun, 2007.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **A Democracia Coroada. Teoria Política do Império do Brasil.** 2ª ed., Rio de Janeiro, Petrópolis, Editora Vozes Limitada, 1964.

VILLELA, João Baptista. **Estado laico, Estado amoral**. Revista Del Rey Jurídica. Belo Horizonte. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/boletim/bol1506/segunda.shtml>>. Acesso em: 5 nov. de 2016.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da Paternidade**. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>>. Acesso em: 21 nov. de 2016.

WEBER, Max. **O que é Burocracia**. Publicado pelo Conselho Regional de Administração. Disponível em <http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/o-que-e-a-burocracia/livro_burocracia_diagramacao_final.pdf>. Acesso em: 5 nov. de 2016.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o "Espírito" Do Capitalismo**. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2004.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo, Editora Martin Claret, 2012.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito: Autonomia e Dignidade da pessoa humana**. Petrópolis, Editora Vozes, 2013.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **O novo conceito de família sob a proteção e a responsabilidade do Estado conforme o princípio da dignidade da pessoa humana**. Editora Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 78, p. 83 – 111. Jan – Mar / 2012.

TESES CONSULTADAS

CASTANHO, William Glauber Teodoro. **Nem sempre foi assim: uma contribuição marxista ao reconhecimento da união homoafetiva no STF e à autorização do casamento lésbico no STJ**. Mestrado em Direito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

CASTILHOS, Erich Bernat. **O direito subjetivo do cônjuge e do companheiro à vida privada, à intimidade e ao segredo**. Mestrado em Direito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

CASSAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. **Política e religião: O Estado Laico e a Liberdade religiosa à Luz do Constitucionalismo Brasileiro**. Tese de doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

GALLEGO, Roberto de Almeida. **O Sagrado na Esfera Pública, Direito e Estado Laico**. Dissertação em mestrado, apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. Tese em Doutorado, apresentada na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010.

JULGADOS CONSULTADOS

STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 5 maio de 2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198, 13 out. de 2016.

STF - AgR RE: 898060 SC - SANTA CATARINA, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 15 mar. de 2016, Data de Publicação: DJe-051, 18 mar. de 2016.

STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: : 5 maio de 2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198, 13 out. de 2016.

STF - ADI: 4424 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 9 fev. de 2012, Data de Publicação: DJe-035, 16 fev. de 2012.

ANEXO A

Processo

ADI 4277 DF

Órgão Julgador

Tribunal Pleno

Partes

MIN. AYRES BRITTO, CONECTAS DIREITOS HUMANOS, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS - ABGLT, ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO PAULO, FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S), MARCELA CRISTINA FOGAÇA VIEIRA E OUTRO(A/S), INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM, RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS, REINALDO JOSÉ GALLO JÚNIOR, CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB, JOÃO PAULO AMARAL RODRIGUES E OUTRO(A/S), PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA, PRESIDENTE DA REPÚBLICA, ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, CONGRESSO NACIONAL

PublicaçãoDJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341

Julgamento

5 de Maio de 2011

Relator

Min. AYRES BRITTO

Ementa

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-

DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA.

INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais

eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia entidade familiar, não pretendeu diferenciá-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade familiar como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, verbis: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA.

PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Decisão

Chamadas, para julgamento em conjunto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), que julgava parcialmente prejudicada a ADPF, recebendo o pedido residual como ação direta de inconstitucionalidade, e procedentes ambas as ações, foi o julgamento suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pela requerente da ADI 4.277, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pelo requerente da ADPF 132, o Professor Luís Roberto Barroso; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelos amicus curiae Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais - GEDI-UFMG e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais - Centro de Referência GLBT; ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB e a Associação Eduardo Banks, falaram, respectivamente, o Professor Oscar Vilhena; a Dra. Maria Berenice Dias; o Dr. Thiago Bottino do Amaral; o Dr. Roberto Augusto Lopes Gonçalves; o Dr. Diego Valadares Vasconcelos Neto; o Dr. Eduardo Mendonça; o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; o Dr. Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira e o Dr. Ralph Anzolin

Lichote. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.05.2011. Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05.05.2011.

ANEXO B

Processo

AgR RE 898060 SC - SANTA CATARINA

Partes

AGTE.(S) : F G, AGDO.(A/S) : A N

Publicação

DJe-051 18/03/2016

Julgamento

15 de Março de 2016

Relator

Min. LUIZ FUX

Decisão

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO CONTRA DESPACHO SEM CONTEÚDO DECISÓRIO. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. DEFERIMENTO DE PEDIDO DE VISTA DOS AUTOS. ADMISSÃO DE INGRESSO DE ENTIDADE NO FEITO, NA QUALIDADE DE AMICUS CURIAE. Decisão: Trata-se de agravo regimental interposto por F G contra despacho de minha relatoria, cuja ementa transcrevo: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 622. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. SUBSTITUIÇÃO DE PARADIGMA. JUNTADA DE MANIFESTAÇÃO. INTIMAÇÕES. VISTA À PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. A agravante alega, em síntese, que ao determinar que o presente recurso fosse aceito como leading case, o STF, na prática, conheceu do recurso extraordinário, pois acabará julgando-lhe o mérito. Os requisitos intrínsecos, que não foram analisados até agora, não serão mais analisados em momento algum; o despacho equivale, em tudo, a uma decisão monocrática que conheceu do recurso. Em atendimento ao despacho exarado em 15/10/2015, a Associação de Direito de Família e das Sucessões ADFAS

apresentou manifestação, na qual requereu vista dos autos, que tramitam em segredo de justiça, para que avalie o seu interesse em ingressar no feito na qualidade de amicus curiae (eDocs 36 e 51). O Instituto Brasileiro de Direito de Família *vs* IBDFAM, por meio da Petição nº 60.528/2015, pleiteou a sua admissão nos autos, na qualidade de amicus curiae (eDoc 47). É o relatório. DECIDO. Em que pesem os argumentos expendidos no agravo, não merece ele ser conhecido. Isso porque a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é incabível recurso contra despacho que não é provido de caráter decisório, como ocorre no caso, nos termos do artigo 504 do CPC. Com efeito, o despacho impugnado não se enquadra nas hipóteses de ato decisório ou sentencial, previstas no artigo 162, parágrafos 1º e 2º, do CPC, verbis: Art. 162 - Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. § 2º - Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. Confirmam-se, a título de exemplo, alguns precedentes desta Corte: Agravo regimental no recurso extraordinário. Recurso contra despacho sem conteúdo decisório. Cabimento. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não cabe agravo regimental contra despacho de mero expediente, despido de conteúdo decisório, por se tratar de simples ato procedimental. 2. Agravo regimental não provido (RE 630.492-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 1/8/2013) AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. INDEFERIMENTO DE CONDENAÇÃO EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. despacho DESPROVIDO DE CARÁTER DECISÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CABIMENTO. ART. 317, CAPUT E ART. 504, DO CPC. AGRAVO IMPROVIDO. I A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é incabível agravo regimental contra despacho que não é provido de caráter decisório, como ocorre no caso (art. 317, caput, do RISTF e art. 504, do CPC). Precedentes. II Agravo regimental improvido (AI 779.969-AgR-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 26/11/2010). Quanto aos pedidos de ingresso nos autos na qualidade de amicus curiae, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que as suas participações, no momento em que se julgará a questão constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida, não só é possível como é

desejável. Ademais, a pertinência do tema a ser julgado por este Tribunal com as atribuições institucionais do requerente legitima a sua atuação, razão pela qual ADMITO o ingresso do Instituto Brasileiro de Direito de Família IBDFAM no feito, na qualidade de amicus curiae. DEFIRO, ainda, o pedido de vista dos autos formulado pela Associação de Direito de Família e das Sucessões ADFAS (Petição nº 57.177/2015), pelo prazo de 10 (dez) dias. Por fim, NÃO CONHEÇO o agravo regimental interposto, por ser manifestamente incabível (artigo 317, caput, do RISTF e artigo 504 do CPC). À Secretaria para as devidas providências. Publique-se. Brasília, 15 de março de 2016. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente.

ANEXO C

Processo

ADPF 132 RJ

Orgão Julgador

Tribunal Pleno

Partes

GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS, ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, CONECTAS DIREITOS HUMANOS, EDH - ESCRITÓRIO DE DIREITOS HUMANOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, GGB - GRUPO GAY DA BAHIA, ELOISA MACHADO DE ALMEIDA, ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO, EDUARDO BASTOS FURTADO DE MENDONÇA, GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO INTERNACIONAL DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - GEDI-UFMG, CENTRO DE REFERÊNCIA DE GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - CENTRO DE REFERÊNCIA GLBTTT, CENTRO DE LUTA PELA LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL - CELLOS, ASSOCIAÇÃO DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS DE MINAS GERAIS - ASSTRAV, RODOLFO COMPART DE MORAES, GRUPO ARCO-ÍRIS DE CONSCIENTIZAÇÃO HOMOSSEXUAL, THIAGO BOTTINO DO AMARAL, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT, CAPRICE CAMARGO JACEWICZ, INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM, RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO - SBDP, EVORAH LUSCI COSTA CARDOSO, ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO, FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO E OUTRO(A/S), CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB, FELIPE INÁCIO ZANCHET MAGALHÃES E OUTRO(A/S), ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS, RALPH ANZOLIN LICHOTE E OUTRO(A/S)

Publicação

DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001

Julgamento

5 de Maio de 2011

Relator

Min. AYRES BRITTO

Ementa

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto

uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da

Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia entidade familiar, não pretendeu diferenciá-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade familiar como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, verbis: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por

ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Decisão

Chamadas, para julgamento em conjunto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, após o voto do Senhor Ministro Ayres Britto (Relator), que julgava parcialmente prejudicada a ADPF, recebendo o pedido residual como ação direta de inconstitucionalidade, e procedentes ambas as ações, foi o julgamento suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falaram, pela requerente da ADI 4.277, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos,

Procurador-Geral da República; pelo requerente da ADPF 132, o Professor Luís Roberto Barroso; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelos amicus curiae Conectas Direitos Humanos; Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais - ABGLT; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais - GEDI-UFMG e Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais - Centro de Referência GLBTTT; ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB e a Associação Eduardo Banks, falaram, respectivamente, o Professor Oscar Vilhena; a Dra. Maria Berenice Dias; o Dr. Thiago Bottino do Amaral; o Dr. Roberto Augusto Lopes Gonçale; o Dr. Diego Valadares Vasconcelos Neto; o Dr. Eduardo Mendonça; o Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti; o Dr. Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira e o Dr. Ralph Anzolin Lichote. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.05.2011. Decisão: Prossequindo no julgamento, o Tribunal conheceu da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05.05.2011.

ANEXO D

Processo

ADI 4424 DF

Partes

Procurador-Geral da República

Publicação

DJe-035 16/02/2012

Julgamento

9 de fevereiro de 2012

Relator

Min. MARCO AURÉLIO

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Decisão

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente). Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo

interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.