

Novas estruturas familiares: algumas reflexões

Elisângela Padilha*

“O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante.” (Max Scheler)

Resumo

O objetivo deste artigo é estudar as novas estruturas familiares, sugerindo momentos de reflexão acerca dos valores que norteiam os novos arranjos familiares na sociedade contemporânea. Existe um claro descompasso entre as mudanças sociais e o sistema jurídico brasileiro. O desafio, portanto, é compreender o elemento identificador da família hoje: pelo casamento, pelos laços de afeto e de amor, pela solidariedade, pela identidade de projetos de vida? O estudo procura analisar a postura que o Judiciário vem assumindo diante das novas estruturas familiares e os seus limites para intervir em questões tão íntimas, subjetivas e complexas como aquelas que são tratadas no Direito de Família. As novas famílias já constituem uma realidade incontestável e, portanto, se o Legislativo não consegue acompanhar o dinamismo da vida, compete ao Judiciário saber captar os novos valores sociais, suprir as lacunas, buscando soluções de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Palavras-chave: Afeto. Família. Judiciário. Mudanças sociais. Princípios constitucionais.

Abstract

The objective of this article is to study the new family structures, suggesting moments of reflection about the values that guide the new family in contemporary society. There is a clear mismatch between the social changes and the Brazilian legal system. The challenge therefore is to understand the token family today: by marriage, the bonds of affection and love, solidarity, the identity of life projects? The study seeks to analyze the attitude that the judiciary has assumed before the new family structures and boundaries to intervene in matters as intimate, subjective and complex as those are handled in Family Law. The new families now constitute an indisputable reality and therefore if the Legislature fails to keep up with the dynamism of life, it is for the judiciary to know capturing new social values, filling gaps, seeking solutions in accordance with the analogy, customs and principles general law.

Keywords: Love. Family. Judiciary. Social change. Constitutional principles.

Introdução

No Brasil, especialmente após a Constituição Federal de 1988, verificam-se expressivas transformações na estrutura da sociedade e na própria vida das pessoas. Dentre tais mudanças, destacam-se a busca pelo bem-estar de todos, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, que ocasionaram um alargamento das relações pessoais, as quais certamente contribuíram para o surgimento de novas estruturas familiares.

Diante das transformações verificadas, o próprio conceito de família vem se modificando significativamente ao longo dos anos, impondo a reformulação dos seus critérios interpretativos, de modo a abranger novas formas de convívio.

Respeitando o posicionamento de alguns doutrinadores, terminologias como família “natural”, “substituta”, “anaparental”, “monoparental”, “poliafetiva” etc. devem ser evitadas. Aliás, o próprio termo “entidade familiar” inserido na Constituição Federal talvez não seja o mais adequado, pois a família não pode ser distinguida ou adjetivada. Família é família.

Assim, diante das novas realidades, torna-se necessário fomentar momentos de reflexão acerca dos valores que norteiam os novos arranjos familiares na sociedade contemporânea. Como identificar a família hoje: pelo casamento, pelos laços de afeto e amor, pela solidariedade, pela identidade de projetos de vida? Que postura vem assumindo o Judiciário diante das novas estruturas familiares, quais os seus limites para intervir em questões tão íntimas, subjetivas e complexas como aquelas que

* Advogada. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Projuris.

são tratadas no Direito de Família? São muitas perguntas, ainda sem respostas, mas que desafiam aqueles que se dedicam ao estudo, a fim de intervir construtivamente nesse debate.

A hipótese que surge é que, hodiernamente, a família é identificada pelo afeto, pela busca da felicidade e da realização pessoal de cada um dos seus membros. Ademais, embora as relações familiares sejam quase sempre subjetivas e atravancadas, existe a possibilidade de o Judiciário intervir em tais relações, porém, com autocontenção, ou seja, sem invadir a privacidade dos cidadãos.

O fato é que existe um claro descompasso entre as mudanças sociais e o sistema jurídico brasileiro, pois este não foi capaz de acompanhar tantas mudanças sociais. Porém, as novas estruturas familiares já são uma realidade incontestável. Assim, há que se encontrar novos caminhos, sepultando ideias retrógradas e conservadoras para, só então, tornar efetiva a proteção especial da família traçada pela Constituição Federal.

Dessarte, o objetivo deste estudo não é, evidentemente, tratar do olhar que a sociedade lança sobre as novas estruturas familiares, especialmente porque os paradigmas, as reivindicações, os discursos e o próprio grau de tolerância da sociedade se alteram em cada época. O importante é tão somente sugerir momentos de reflexão sobre as novas estruturas familiares e a postura do Judiciário diante de um Legislativo conservador que tenta manter aquilo que está posto por motivos óbvios.

1 Família: compreensão além da norma

Num primeiro momento, com o intuito de promover uma reflexão crítica e um olhar humanístico sobre a família, cumpre tecer breves considerações acerca dos conceitos e “pré-conceitos” acerca da família, para que, posteriormente, se adentre em temáticas relacionadas com a afetividade.

Relativamente ao conceito surgido inicialmente, o termo “família” origina-se do latim *famulus*, correspondendo ao conjunto de servos e dependentes de um chefe ou senhor. “Entre os chamados dependentes, incluem-se a esposa e os filhos. Assim, a família greco-romana compunha-se de um patriarca e seus fâmulos: esposa, filhos, servos livres e escravos (PRADO, 1995, p. 51, *apud* SILVA JÚNIOR, 2007, p. 35).

Posteriormente, com o advento do Cristianismo, a Igreja Católica passou a manifestar-se, de maneira especial, sobre a família e a supervalorização do matrimônio, este marcado pela indissolubilidade. Vale dizer, a Igreja opunha-se a todas as formas de constituição livre das famílias, embora sempre existissem.

De fato, conforme assevera Enézio de Deus Silva Júnior, “cada conjuntura histórica procurou moldar a organização sociofamiliar, conforme o crivo dos interesses políticos, econômicos, religiosos e culturais dominantes” (SILVA JÚNIOR, 2007, p. 34). Ressalte-se o entendimento de Reinéro Antônio Lérias, pois para ele “[...] os homens nascem, vivem, e morrem sob uma cultura de legitimação de formas de poder de um dado grupo social sobre o outro” (SILVA JÚNIOR, 2007, p. 112).

Assim, no mundo coevo, há novas terminologias, novos adjetivos, novas visões e, embora tenha ocorrido um rompimento progressivo de paradigmas, alguns ainda persistem e constituem obstáculos ao pleno desenvolvimento das relações familiares, a exemplo da vinculação estável entre pessoas do mesmo sexo.

Atualmente, existe um fato social incontestável: aquela estrutura rígida da família mudou. No entanto, algumas instituições religiosas ainda insistem em discursos incoerentes com o atual modelo histórico da família, defendendo a manutenção do modelo monogâmico, centralizado na autoridade paterna e, rotuladamente, heterossexual. Alguns paradigmas parecem ser eternos.

Convém mencionar que não se pretende aqui realizar nenhuma espécie de proselitismo, mas tão somente demonstrar que a família é suscetível às influências da religião e dos valores morais.

No Brasil, dentre as incontáveis mudanças que ocorreram na sociedade, especialmente após a Constituição Federal de 1988, destacam-se aquelas que ocasionaram transformações nas vidas das pessoas (na sexualidade, no casamento, nas manifestações socioafetivas, etc.). De lá para cá, aquela estrutura familiar hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e, necessariamente, heterossexual assistiu à gradual preponderância da afetividade e da liberdade, como elementos na sua composição.

O fato é que, independentemente das concepções, Enézio de Deus Silva Júnior posiciona-se da seguinte maneira:

A família, além de agrupamento humano baseado em laços sanguíneos e/ou afetivos, é um produto cultural e um dado psíquico [...]. A família hodierna escapa a normatizável, porque a sexualidade, sendo expressão do ‘ser’ desejante, é, antes daquela, essencialmente transcendente e mutante (SILVA JÚNIOR, 2007, p. 39).

Desse modo, tentar compreender a família apenas sob um ângulo de observação, isolada dos mais variados campos do conhecimento, é enxergá-la de forma míope, desvirtuada de sua real feição. Sem dúvida, torna-se necessária a compreensão da dinâmica e complexidade das modificações sociais perpetradas pelo avanço tecnológico, científico e cultural a fim de abrir espaço para essas novas estruturas familiares suscetíveis às influências da nova sociedade.

Confiram-se, a propósito, as palavras de Cristiano Chaves de Farias, sobre o tema:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto e no amor. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem (FARIAS, 2004, p. 4).

Assim, “a família [...] é anterior ao Direito e a sua configuração não pode estar aprisionada nos moldes jurídicos postos em dado momento histórico, com base na ideologia dominante à época. A família é cultural e afetiva [...]” (BRUNET, 2001, p. 82, *apud* SILVA JÚNIOR, 2007, p. 39-40).

Necessário se faz, portanto, quando se busca a compreensão e a dimensão das novas estruturas familiares, despir-se de “pré-julgamentos” infundados, não ter a pretensão de verdades absolutas. É imprescindível ir além dos aspectos religiosos ou institucionais seculares, rompendo aqueles paradigmas que se pretendem eternos. Enfim, devem-se contextualizar as ações humanas dentro de cada momento histórico, haja vista que alguns valores e regras de conduta vão se transformando com o tempo.

1.1 A nova família brasileira

1.1.1 IBGE

A maioria dos estudiosos do Direito entende que, legalmente, existem três modelos de família: aquele legitimado pelo casamento, o formado pela união estável e o monoparental, ambos explicitados no art. 226 da Constituição Federal.

No entanto, se faz necessária uma releitura do referido dispositivo, pois, como observa José Gomes Canotilho, “segundo o princípio da máxima efetividade ou princípio da interpretação efetiva, deve o aplicador se valer da interpretação que maior eficácia confira à norma constitucional (CANOTILHO, 1989, p. 40). Assim, afirmar que existe uma hierarquia entre tais modelos de família significa contrariar outras disposições constitucionais assentadas sobre os princípios da igualdade e do respeito à dignidade da pessoa humana. Definitivamente, não há falar em hierarquia entre tipos familiares, sejam eles contemplados pela literalidade do ordenamento jurídico ou não. Família é família, e ponto.

Por outra esteira, segundo o IBGE¹, nas últimas décadas, foram registradas inúmeras mudanças no perfil da família brasileira. Aliás, importante fazer uma ressalva: é inacreditável que, pela primeira vez, o Censo de 2010 pesquisou sobre a orientação sexual ao indagar sobre o sexo do cônjuge do chefe da família. Até então, o Instituto (que “vendia” a falsa ideia de que retratava a realidade do Brasil) adotava o entendimento de que todos os casados viviam com pessoas do sexo oposto. Maria Berenice Dias manifestou-se sobre o assunto em capítulo intitulado de “Censo sem senso!”:

[...] é discriminatório e preconceituoso o silêncio da pesquisa. Revela a dificuldade em aceitar a diversidade como elemento fundamental de um estado democrático de direito. É precioso visualizar a identidade afetiva para que se possa retratar o contexto da família, alvo da especial proteção do Estado, que tem como escopo principal assegurar a democracia. É pressuposto intrínseco ao regime democrático a realização do bem comum: o bem de todos naquilo que todos têm de comum, que é a dignidade da pessoa humana, na qual está inserida a livre orientação sexual (DIAS, 2004, p. 79).

Desse modo, em uma sociedade que se diz democrática de direito, a garantia da cidadania abrange a garantia da liberdade de expressão e de orientação sexual. Porém, o imobilismo é sempre confortável, pois não suscita questionamentos e garante a aquiescência geral.

Assim, dentre tais mudanças identificadas pelo Censo de 2010, destacam-se:

a) o percentual de uniões consensuais aumentou expressivamente, sendo a principal escolha entre pretos e pardos, o que possivelmente está relacionado a condições socioeconômicas mais

¹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo 2010.

precárias, haja vista que o maior percentual foi encontrado na classe de rendimento de até ½ salário mínimo, decrescendo conforme o rendimento aumentava;

b) dentre os casais do mesmo sexo, 25,8% das pessoas declararam possuir superior completo e 47,4% se declararam católicos. As mulheres são maioria entre os casais homossexuais;

c) a proporção dos divorciados quase dobrou, talvez porque a legislação tenha facilitado a separação;

d) ocorreu uma pequena mudança de valores relativos ao papel da mulher na sociedade, considerando o ingresso no mercado de trabalho, o aumento da escolaridade em nível superior e a redução de fecundidade. Provavelmente, isso provocou um aumento no percentual de mulheres responsáveis pela entidade doméstica;

e) as famílias reconstituídas, formadas após a separação ou morte de um dos cônjuges, representam 16,3% das formadas por casais. No caso, os filhos são só de um dos parceiros ou de ambos em relacionamentos anteriores;

f) o número de filhos que teria uma mulher caiu de maneira expressiva, pois o nível de instrução reflete redução na fecundidade;

g) aumento do número de casais sem filhos. Fatores como aumento da participação da mulher no mercado de trabalho e envelhecimento da população certamente influenciaram no aumento da proporção de casais sem filhos. No entanto, o percentual de famílias compostas por casais com filhos é superior na área rural, devido às taxas de fecundidade historicamente mais elevadas e, também, em função dos valores culturais mais tradicionais;

h) o tipo mais frequente dentre as famílias conviventes (residem na mesma unidade doméstica) é o das monoparentais femininas (53,5%), 98,6% delas formadas por parentes da família principal. Ao examinar o parentesco dos núcleos secundários, verifica-se que, em 78% dos casos, há presença de filhos do responsável ou do cônjuge da família principal que poderiam ser considerados membros da família principal. As monoparentais femininas são provavelmente compostas por filhas dos responsáveis e/ou dos cônjuges, que tiveram seus filhos sem contrair matrimônio ou retornaram à casa dos pais por motivo de separação ou divórcio.

Enfim, pesquisas demonstram que a família brasileira mudou, pois foi redimensionada, e o seu retrato não é mais o casamento. Embora, de modo geral, a sociedade tenha sido mais civilizada e tolerante quanto às novas estruturas familiares, especialmente com aquelas formadas por casais homossexuais, os valores patriarcais e o conservadorismo social persistem. Afinal, não existe nada de pejorativo na expressão *homossexualidade*, embora, inspirados por Maria Berenice Dias, os próprios estudiosos do Direito prefiram chamar de *homoafetividade*.

O fato é que, independentemente da terminologia jurídica que se utilize, tais como família “natural”, “substituta”, “monoparental”, “união homoafetiva”, “união poliafetiva” etc., o que não se pode é negar a existência dessas novas estruturas familiares. Ora, negar a existência dessas novas espécies de relacionamentos, ainda que algumas sejam alvos de repúdios, é negar a própria essência do ser humano. O homem é mutante por essência, e as formas de constituição de famílias, ao longo da história, variam na medida dos valores morais ou religiosos de determinada época e da maior ou menor proteção jurídico-estatal.

Recentemente, por exemplo, a comunidade jurídica foi surpreendida pela lavratura de uma escritura pública de união poliafetiva na cidade de Tupã, interior do Estado de São Paulo. No caso, um homem e duas mulheres que já viviam em união estável declararam a situação publicamente para a garantia de seus direitos.

Acerca da escritura lavrada, dentre tantas adjetivações pejorativas, para alguns, foi apenas uma ação inovadora que buscou assegurar direitos a uma minoria, até então marginalizada pelo Direito. Para outros, ecoou como uma bomba, uma afronta ao princípio da monogamia, um desrespeito ao dever de fidelidade, enfim, “um sinal dos tempos”, um verdadeiro insulto à moral e aos bons costumes e, portanto, uma manifestação nula.

A propósito do tema, Maria Berenice Dias fez a seguinte alerta:

É indispensável ter uma visão plural das estruturas familiares e inserir no conceito de entidade familiar os vínculos afetivos que, por envolverem mais sentimento do que vontade, merecem a especial proteção que só o Direito das Famílias consegue assegurar. Por isso, é necessário reconhecer que, independente da exclusividade do relacionamento ou da identidade sexual do par, as uniões de afeto merecem ser identificadas como entidade familiar, gerando direitos e obrigações aos seus integrantes (DIAS, s.d., p. 1).

A autora ainda acrescenta:

[...] alguém duvida da existência desta espécie de relacionamento? Ainda que alvo do repúdio social – com denominações sempre pejorativas: concubinato adúltero, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé, concubinação – vínculos afetivos concomitantes nunca deixaram de existir, e em larga escala. Batizados mais recentemente de poliamor ou uniões poliafetivas, sempre foram alijados do sistema legal, na vã tentativa de fazê-los desaparecer. Mas condenar à invisibilidade, negar efeitos jurídicos, deixar de reconhecer sua existência é solução que privilegia o ‘bígamo’ e pune a ‘concubina’, como cúmplice de um adultério. É o que a Justiça insiste em fazer: chancela o enriquecimento injustificado do homem que mantém vínculos afetivos paralelos (DIAS, s.d., 2012, p. 1).

Dessarte, ao contrário do que estabelece o art. 1.727 do Código Civil², o fato de as relações afetivas não poderem ser convertidas em casamento não significa dizer que elas não existem e que não estão inseridas no âmbito do direito das famílias. É preciso, por meio de uma hermenêutica extensiva da legislação, estender as relações familiares para além do direito positivado, ao contrário de engessá-las. Assim, assevera a professora Giselda Hironaka:

[...] biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago; se o de pai, se o de mãe, se o de filho. O que importa é pertencer ao seu âmago; é estar naquele idealizado lugar, onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal (HIRONAKA, 1999, p. 8).

Desse modo, negar a existência das relações poliafetivas como entidade familiar seria atentar contra a dignidade de seus integrantes e dos filhos acaso existentes, pois estariam excluídos de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório. O fato de tais relações fugirem do normatizável não desmerece a integral e efetiva proteção do Estado. De acordo com a Ministra Carmen Lúcia na ADI 4277, “o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito”.

Aliás, a própria resistência à adoção de crianças por casais homossexuais demonstra a falta de aceitação dessas estruturas familiares. Em nome da preservação do menor e de justificativas infundadas, acabam-se cometendo verdadeiras injustiças.

Assim, está na hora de abandonar a hipocrisia e romper os tabus, pois negar direitos a essas novas estruturas familiares é condená-las à invisibilidade e gerar terríveis injustiças. Enfim, independentemente dos conceitos e terminologias politicamente corretas, o importante mesmo é que os magistrados tenham sensibilidade, posturas humanas e, acima de tudo, coragem.

1.2 O afeto como valor jurídico

Como já foi mencionado, a família hodierna apresenta traços que vão além de um mero agrupamento humano. Trata-se de um produto cultural e um dado psíquico e, portanto, dinâmico.

As novas entidades familiares quase sempre esbarram em preconceitos infundados, na medida em que se afastam dos padrões familiares patriarcais. Maria Berenice Dias observa que “toda e qualquer tentativa de fugir dos estereótipos estratificados é identificada como vício, pecado ou crime e rotulada de imoral, um atentado à ética e aos bons costumes” (DIAS, 2004, p. 19).

Por tudo isso, é preciso insistir na necessidade de se repensar o conceito de família, abandonando conceitos conservadores e ultrapassados pela história da sociedade humana. Torna-se imprescindível adotar posturas jurídicas contemporâneas, harmônicas e coerentes com a sociedade dos dias atuais. Maria Berenice Dias orienta que é “necessário ter uma visão plural das estruturas familiares e inserir no conceito de família os vínculos afetivos que, por envolverem mais sentimento do que vontade, merecem a especial proteção que só o Direito de Família consegue assegurar” (DIAS, 2004, p. 63).

O desafio, evidentemente, é compreender juridicamente o elemento identificador da família hoje: pelo casamento, pelos laços de afeto e o amor, pela solidariedade, pela identidade de projetos de vida?

Baseando-se no respeito efetivo aos direitos fundamentais, é a partir do vínculo afetivo, do comprometimento mútuo e das responsabilidades recíprocas que se caracterizam as novas entidades familiares hoje. Nem poderia ser diferente, pois, conforme afirma Rodrigo da Cunha Pereira, “o Direito da Família é o mais humano de todos os ramos do Direito”, por isso “é que se torna imperativo pensar o Direito de Família pelo ângulo dos Direitos Humanos [...]” (PEREIRA, 2003, p. 6).

² “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Nesse sentido, onde houver uma relação de afetividade associada ao *animus maritalis* ou *afectio maritalis*, haverá família. Sobre o tema, manifesta-se Lôbo:

Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram, por opção ou circunstância da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana [...]. Onde houver uma relação ou comunidade, unida por laços de afetividade, sendo estas suas causas originária e final, haverá família (LÔBO, 2002, p. 46-47).

“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”³. Com isso, Enézio de Deus Silva Júnior argumenta:

[...] já não é cabível aos juristas, magistrados e legisladores, por exemplo, discutirem se uma relação homoafetiva duradoura constitui ou não base familiar, devendo lhe oferecer condições protetoras, para que os seus membros exerçam, com plenitude e sem restrições discriminatórias, a cidadania, já que essa, ao lado da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, incs., II e III), constitui uma das bases fundamentais do Estado Brasileiro (SILVA JÚNIOR, 2007, p. 45).

Ora, se a Constituição Federal estabelece que todos são iguais “sem distinção de qualquer natureza”⁴ ou forma de “discriminação”⁵, todos os intérpretes do Direito devem atuar desvinculados de quaisquer influências ou discursos restritivos de direitos. É fundamental uma interpretação do ordenamento jurídico mais coerente com a nova realidade social e, portanto, que vá além do *numerus clausus*.

Desse modo, em que pese o fato de o casamento ter deixado de ser o único elemento identificador da família, as novas estruturas familiares tendem a ser vislumbradas como estruturas de amor e de respeito, independentes do sexo biológico e da orientação afetiva dos que a compõem. O que identifica a família coeva é o afeto, o sentimento entre duas ou mais pessoas que convivem juntas em razão de um destino comum: a felicidade.

2 Postura do Judiciário

Se a família é um instrumento de realização humana, com tantas transformações nas relações familiares, aliadas ao fato de que as pessoas, cada vez mais, estão conscientes de seus direitos e deveres, os desarranjos familiares vão sempre parar no Judiciário. Nesse contexto, Rodrigo da Cunha em entrevista ao IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), explica que “o Judiciário é, também, o lugar onde as partes depositam os restos do amor [...]” (CUNHA, 2009).

Porém, o legislador não consegue prever ou acompanhar todas as necessidades humanas, haja vista que estas são inúmeras e, não obstante se transformem com o decorrer do tempo, igualmente adquirem contornos variados conforme o caso concreto.

Ademais, sempre que um assunto é alvo de rejeição por ampla parte do eleitorado, o legislador se vê intimidado, fazendo com que o processo legislativo seja lento e dificultoso ou simplesmente não ocorra. Aliás, a omissão intencional talvez seja a forma mais cruel de discriminação, e o desprezo jurídico não é compatível com a Constituição.

Com isso, em um Estado que se afirma laico, seria ingenuidade pensar que as convicções pessoais ou ideológicas da bancada religiosa no Congresso Nacional não podem constituir óbices à aprovação de projetos de lei que, por exemplo, venham a beneficiar a união homoafetiva.

O fato é que, se por um lado, o legislador não consegue acompanhar esse dinamismo da vida, por outro, os magistrados, constantemente, encontram dificuldades por não identificarem no sistema normativo instrumentos hábeis a solucionar certos problemas. Todavia, a omissão do Legislativo não justifica a inércia do juiz, pois o art. 5º, XXXV, da Constituição garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por sua vez, o direito de ação não se exaure com o protocolo da petição inicial ou com uma sentença de mérito.

Enézio de Deus Silva Júnior entende que “a família escapa ao legislável” (SILVA JÚNIOR, 2007, p. 45). Por tal razão, compete ao Judiciário saber captar os novos valores sociais, suprir as lacunas,

³ Referência ao art. 226 da Constituição Federal.

⁴ Referência ao art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

⁵ Referência ao art. 3º, inc. IV, da Constituição Federal.

buscando soluções de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito⁶. Assim é o entendimento de Lênio Luiz Streck, citando Cândido Rangel Dinamarco:

O juiz é o canal privilegiado de captação dos valores sociais, devendo estes aparecerem assimilados na sentença. O juiz é o legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais. [...] ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito do seu tempo [...]. Se o texto aparenta apontar uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente (DINAMARCO, 2005, p. 47, *apud* STRECK, 2010, p. 39-40).

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias:

Somente a conscientização da sociedade por meio de seus juízes poderá reverter posturas discriminatórias que levam a duvidar que se esteja vivendo em um Estado Democrático de Direito. O preconceito e a discriminação dificultam o processo integratório pela via legislativa. É demorada a aprovação de leis destinadas a segmentos com pouca expressão numérica e que são alvo de uma forte rejeição da maioria do eleitorado. A possibilidade de comprometer sua manutenção no poder intimida o legislador.

A Justiça é conservadora. É difícil para o magistrado romper barreiras sem temer estigmas ao enfrentar assunto permeado de rejeição. No entanto, é preciso que os juízes tenham sensibilidade para enlaçar no âmbito da juridicidade situações que não dispõem do respaldo legal. Mas para isso é preciso coragem para empunhar a bandeira da igualdade e da liberdade na busca do respeito à dignidade da pessoa humana e da cidadania (DIAS, 2004, p. 20).

Foi assim que fizeram os ministros do Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 4277⁷, ao reconhecerem a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Na ocasião, os ministros não criaram um novo direito, mas, tão somente, desvendaram uma norma que estava implícita no sistema jurídico. Vale dizer, com base em vários princípios constitucionais, quais sejam dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, dentre outros, fundamentaram as suas decisões.

Diante disso, percebe-se que o Direito de Família é campo fértil ao ativismo judicial, o que certamente gera uma série de discussões a respeito dos riscos da legitimidade democrática, etc.

Certamente esse poder discricionário do Judiciário, quando não utilizado com bom senso, pode transformar juízes em legisladores e propiciar a “criação” do direito, segundo a sua consciência, seus conceitos e concepções do mundo. Por outro lado, não se deseja um Judiciário neutro, um mero aplicador das leis. É preciso, pois, reinterpretar continuamente as leis, amoldando-se ao momento histórico e social, haja vista que o legislador não consegue acompanhar o dinamismo da vida.

A vida social evolui, pois brota de um contexto cultural pelo qual os valores sofrem mutações, as necessidades da vida se modificam, novos conflitos surgem. De todo modo, se por um lado o legislador constituinte se mantém numa espécie de limbo jurídico, por outro, os magistrados, constantemente, encontram dificuldades por não identificarem no sistema normativo instrumentos hábeis a solucionar certos problemas.

Vê-se, portanto, que a função jurisdicional não é passiva, mas ativa, pois cabe ao magistrado adequar o direito, mantendo-o vivo, quando houver uma lacuna. Mas isso não significa afirmar que o juiz tem uma liberdade irrestrita, pois ele deve ter sensibilidade e prudência ao aplicar os textos legais, sempre atento para que não ultrapasse os limites contidos no sistema jurídico.

Ademais, a neutralidade do juiz e o formalismo hermenêutico, que caracterizam o positivismo jurídico, já são questões superadas, sobretudo porque toda atividade judicial, especialmente em matéria constitucional, tem uma dimensão essencialmente criativa, de modo a adaptar o frio das normas às circunstâncias específicas de cada caso concreto.

Evidentemente, diante de tantas lacunas, todas as decisões dos tribunais brasileiros, referentemente ao Direito de Família, são fundamentadas com base em princípios constitucionais.

⁶ Art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁷ STF, ADI 4277/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgada em 05.05.2011, publicada em 14.10.2011.

Por sua vez, tanto o princípio da afetividade quanto os princípios da dignidade da pessoa humana e da pluralidade das formas de família ganharam um lugar de destaque, tornando-se os principais fundamentos das decisões judiciais, as quais geraram algumas consequências:

a) paternidade socioafetiva: trata-se de expressão criada pela doutrina brasileira e que traduz com bastante precisão um novo formato de paternidade no Brasil. Com efeito, independentemente dos laços genéticos, pai é aquele que cria, conforme se observa em decisão do STJ⁸. Logo, os magistrados têm decidido que filhos socioafetivos são aqueles que não são filhos biológicos, que passam a ser reconhecidos como filhos, e também aqueles filhos do novo cônjuge ou companheiro, por também terem o direito de se sentirem pertencentes à mesma família;

b) dano moral por abandono afetivo e material: trata-se da possibilidade de um filho pleitear uma indenização pela falta de convivência com um dos pais. Certamente não implica dar preço ao amor, mas tão somente indenizar pela negligência no tocante ao cuidado com a prole. Nada mais corrobora com o que foi dito do que a observação da Ministra Nancy Andrighi, “não se fala ou se discute o amar, e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. [...] amar é faculdade, cuidar é dever”⁹;

c) adoção: trata-se da possibilidade de adoção de crianças por pessoas que vivem em união homoafetiva, conforme se verifica em decisão Superior Tribunal de Justiça, ao qual o Ministério Público do Rio Grande do Sul foi o recorrente:

Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente para que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, *mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores*. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime (STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 889.852/RS, Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 27.04.2010, publicado em 10/08/2010, grifo nosso).

Enfim, a falta de normas específicas não pode servir de justificativa para negar a tutela jurisdicional. Na omissão legislativa, deve o juiz socorrer-se da analogia, costumes e princípios gerais de direito.

Acima de tudo, os juízes devem ter sensibilidade para tratar de questões tão íntimas, subjetivas, complexas e atravancadas como aquelas que são tratadas no Direito de Família. Devem, especialmente, decidir com autocontenção, sem invadir a privacidade de ninguém.

3 Considerações finais

No Brasil, especialmente após a Constituição Federal de 1988, dentre as expressivas mudanças que ocorreram na estrutura da sociedade e na vida das pessoas, destacam-se a busca pelo bem-estar de todos, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, que ocasionaram um alargamento das relações pessoais, as quais certamente contribuíram para o surgimento de novas estruturas familiares.

Diante das transformações verificadas, o próprio conceito de família vem se modificando significativamente ao longo dos anos, impondo a reformulação dos seus critérios interpretativos, de modo a abranger novas formas de convívio.

Embora várias sejam as terminologias adotadas por doutrinadores, não é adequado distinguir ou adjetivar a família. Família é família, e ponto.

⁸ Ementa: “[...] O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica” (STJ, 3ª Turma, REsp. nº 878941/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 21.08.2007, publicado em 17.09.2007).

⁹ STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.159.242/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 24.04.2012, publicado em 10.05.2012.

Aquele modelo histórico da família centralizado na autoridade paterna e, rotuladamente, heterossexual certamente não existe mais, embora algumas instituições religiosas ainda insistam em discursos incoerentes com o atual modelo histórico da família, defendendo a manutenção daquela estrutura familiar hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e, necessariamente, heterossexual.

De fato, o que identifica a família coeva é o afeto, a busca da felicidade, da realização pessoal dos membros que a integram.

A família é anterior ao Direito; logo, torna-se necessária a compreensão da dinâmica e complexidade das modificações sociais perpetradas pelo avanço tecnológico, científico e cultural a fim de abrir espaço para essas novas estruturas familiares suscetíveis às influências da nova sociedade.

A doutrina trata especialmente de três modelos de família: aquele legitimado pelo casamento, o formado pela união estável e o monoparental, ambos explicitados no art. 226 da Constituição Federal. No entanto, o IBGE registrou uma nova realidade, pois a família brasileira foi redimensionada e o seu retrato não é mais o casamento.

De fato, os desarranjos familiares quase sempre vão parar no Judiciário. De um lado, o legislador não consegue acompanhar o dinamismo da vida, ou se vê intimidado ao tratar de temas rejeitados por ampla parte do eleitorado, embora o desprezo jurídico não seja compatível com a Constituição. Por outro lado, os magistrados, constantemente, encontram dificuldades por não identificarem no sistema normativo instrumentos hábeis a solucionar certos problemas. Cabe aos magistrados, portanto, adequar o direito, mantendo-o vivo, quando houver uma lacuna, de modo a adaptar o frio das normas às circunstâncias específicas de cada caso concreto.

Atualmente, diante de tantas lacunas, todas as decisões dos tribunais brasileiros, referentes ao Direito de Família, são fundamentadas com base em princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade, felicidade e, notadamente, o afeto. Por sua vez, a paternidade socioafetiva, o dano moral por abandono afetivo e a adoção de crianças por pessoas que vivem em união homoafetiva são alguns dos principais temas recorrentes nos Tribunais brasileiros.

Enfim, a falta de normas específicas não pode servir de justificativa para negar a tutela jurisdicional. Na omissão legislativa, deve o juiz socorrer-se da analogia, costumes e princípios gerais de direito.

Acima de tudo, os juízes devem ter sensibilidade para tratar de questões tão íntimas, subjetivas, complexas e atravancadas como aquelas que são tratadas no Direito de Família. Devem, especialmente, decidir com autocontenção, sem invadir a privacidade dos cidadãos.

De tudo o que foi dito, se determinado grupo de pessoas se assume como “família”, não importa fazer distinções: se formada por casamento ou união estável, se mantida ou não por indivíduos do mesmo sexo, se os filhos são biológicos ou do “coração,” se trazidos do casamento anterior e que passaram a conviver com os filhos da nova união. Enfim, nada disso tem importância. O importante mesmo é que, nesse grupo que se autodenomina “família”, predominem o amor, a solidariedade, o comprometimento mútuo e, acima de tudo, a busca pela felicidade de cada membro que a compõe.

Não cabe ao Judiciário, portanto, fazer definições, adjetivações, sob pena de incidir num tecnicismo vazio. Cabe aos juízes apenas ter um espírito corajoso e inovador para amparar integralmente essa nova realidade fática, essas novas estruturas familiares. O Direito deve ser um instrumento de proteção, e não de exclusão.

4 Fontes

CUNHA, Rodrigo da. *Divórcio direto no Brasil: direito de escolha e responsabilidade*. Documento eletrônico. Disponível em: <http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/1483159/entrevista-com-rodrico-pereira-da-cunha-presidente-do-ibdfam>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *A família além dos mitos*. Documento eletrônico. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a_fam%EDlia_al%E9m_dos_mitos.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *A família homoafetiva e seus direitos*. Documento eletrônico. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 24 jan. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *A evolução da família e seus direitos*. Documento eletrônico. Disponível em: <http://www.mbdias.com.br>>. Acesso em: 24 jan. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *A invisibilidade das uniões homoafetivas*. Documento eletrônico. Disponível em: <http://www.estatutodiversidadesexual.com.br>>. Acesso em: 24 jan. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Escritura de união poliafetiva: possibilidade*. Documento eletrônico. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/escritura-de-uniao-poliafetiva-possibilidade/9753>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito à família*. Documento eletrônico. Disponível em: http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_marco2004/docente/doc04>. Acesso em: 28 jan. 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Documento eletrônico. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em: 24 jan. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Documento eletrônico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Documento eletrônico. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

5 Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6022/1994: 6023/2002 e 10520/2002. Apresentação de artigos científicos impressos. Rio de Janeiro, mai. 2002.

BRUNET, Karina Schuch. A união entre homossexuais como entidade familiar: uma questão de cidadania. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul/RS, Notadez, a. 48, n. 281, mar. 2001.

CANOTILHO, Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito & a Justiça*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, n. 1, abr./maio/jun. 1999.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LÉRIAS, Reinéro Antônio. Ética, moral, ciência e direitos humanos. *Argumenta Revista Jurídica*, Jacarezinho, UENP, nº 7, p. 112, 2007 (ISSN 1676-2800).

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, a. III, n. 12, jan./fev./mar. 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, a. IV, n. 16, jan./fev./mar. 2003.

PRADO, Danda. *O que é família?* São Paulo: Brasiliense, 1995 (Coleção Primeiros Passos).

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.