

**AS FAMÍLIAS NA CIÊNCIA JURÍDICA DO SÉCULO XXI: ASPECTOS SOB O
ENFOQUE DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL**

*FAMILIES IN 21ST CENTURY LEGAL SCIENCE: ASPECTS UNDER THE CIVIL-
CONSTITUTIONAL LAW FOCUS*

Ricardo Cavedon*

Resumo

O presente texto busca analisar alguns aspectos das relações familiares sob o enfoque da nova percepção civil-constitucional. Anteriormente formatada de modo institucionalizado e regida por normas inderrogáveis de ordem pública, sedimentadas nas grandes codificações civis, a família sofria de um alto teor de incursão regulatória estatal; era apenas aquela decorrente de uma relação unívoca entre homem e mulher, onde o casamento legitimava a prole, e a consanguinidade era vista como perspectiva máxima para a formação dos laços de parentesco. Após o influxo valorativo das declarações internacionais de direitos pós segunda guerra mundial, posteriormente incorporado nas constituições republicanas, a dignidade da pessoa humana alcança a condição de elemento unificador do sistema, e a percepção de novos direitos com aspectos transindividuais fazem com que a família passe a ser percebida não como sedimentada à chancela estatal, mas muito mais como realidade existencial, advinda do exercício da autonomia privada como autodeterminação existencial, sendo necessário adotar-se uma interpretação de reenvio das normas constitucionais que em sua dimensão operativa, por remeterem o intérprete para a complexidade e riqueza de elementos sociais. A construção da dimensão normativa da conceituação de família mediante uma nova percepção das relações socioafetivas, faz com que o rol previsto no artigo 226 da Constituição Federal, sob esse influxo, merece uma interpretação não tipificante, mas meramente exemplificativa, na medida em que a família atualmente não mais se resume nem se exaure nas tipologias previamente estabelecidas pela Constituição da República. Para além do casamento, da união estável, e das entidades familiares formadas por quaisquer dos pais e seus descendentes, passa-se hodiernamente a ser possível um conceito de família hoje de forma muito mais alargada, recepcionando-se inúmeras formas de convivência pautadas pela afetividade duradoura a moldar novas formas de se fazer família. Daí que sob o influxo valorativo da Constituição da República de 1988 a família é hoje uma realidade materializada pela plena autodeterminação existencial, onde persistem e vicejam inúmeras formas diferentes de convivência duradoura, capazes de embasar faticamente a formação de novas formas de organização familiar, estruturadas no afeto, e incorporadas a um conceito constitucional e mais amplo acerca

* Doutorando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-graduado lato sensu e bacharel pela mesma instituição (PUCPR). Especialista em direito aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Membro, aprovado como pesquisador, do Núcleo de Estudos em Direito Civil “Virada de Copérnico”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Pesquisador do grupo Justiça, Democracia e Direitos Humanos (PUCPR). Endereço eletrônico: ricardo.cavedon@gmail.com.

das dimensões de cooperatividade e solidariedade.

Palavras-chave: Direito Civil Constitucional; Famílias; Auto-Determinação Existencial; Novas Subjetividades; Interpretação de Reenvio; Socioafetividade; Cooperatividade e Solidariedade.

Abstract

This text seeks to analyze some aspects of family relationships from the perspective of the new civil-constitutional perception. Previously formatted in an institutionalized way and governed by non-derogable public order rules, based on large civil codes, the family suffered from a high level of state regulatory incursion; it was just that resulting from a univocal relationship between man and woman, where marriage legitimized the offspring, and consanguinity was seen as the maximum perspective for the formation of kinship ties. After the valuation influx of international declarations of rights after the Second World War, later incorporated into the republican constitutions, the dignity of the human person reaches the condition of unifying element of the system, and the perception of new rights with transindividual aspects makes the family become be perceived not as sedimented by the state seal, but much more as an existential reality, arising from the exercise of private autonomy as existential self-determination, being necessary to adopt an interpretation of referral of constitutional norms that in its operative dimension, by referring the interpreter to the complexity and richness of social elements. The construction of the normative dimension of the conceptualization of family through a new perception of socio-affective relationships, makes the role provided for in article 226 of the Federal Constitution, under this influence, deserves a non-typifying interpretation, but merely exemplary, as the family currently it is no longer summarized or exhausted in the typologies previously established by the Constitution of the Republic. In addition to the marriage, the stable union, and the family entities formed by any of the parents and their descendants, today a concept of family is now much more widely possible, receiving innumerable forms of coexistence guided by affection. to shape new ways of making a family. Hence, under the evaluative influence of the 1988 Constitution, the family is today a reality materialized by full existential self-determination, where countless different forms of lasting coexistence persist and flourish, capable of basing the formation of new forms of family organization, structured in the affection, and incorporated into a broader constitutional concept about the dimensions of cooperativity and solidarity.

Keywords: *Constitutional Civil Law; Families. Existential Self-Determination; New Subjectivities; Interpretation of Referral; Socio-Affectivity; Cooperativeness and Solidarity.*

Sumário

Introdução. 1. A institucionalização da família pelo mundo ocidental: a petrificação das relações de cooperatividade e solidariedade familiar. 2. O desenrolar de uma nova perspectiva: o influxo constitucional e os novos valores nas relações familiares. 3. As relações familiares no século XXI: a autodeterminação existencial dos indivíduos a embasar uma nova realidade. Considerações finais. Referências.

Introdução

Desde épocas antigas a família moldou-se como base estrutural das organizações comunitárias. Apesar do racionalismo da modernidade nos levar a compreender a existência humana como abstração advinda do individualismo absoluto “penso, logo existo” (DESCARTES, 2005), enxergar o ser humano como construção histórica, resultante de diversas inter-relações entre formas de poder heterogêneas, e inserido em uma realidade oriunda de uma episteme histórica vigente, é o que se impõe na nova realidade constitucional neste início de século XXI. O ser humano não existe somente no pensamento, mas é fruto de uma relação primária com a comunidade em que está inserido.

As primeiras relações existenciais do ser humano não são no âmbito do pensamento, do objeto ou da técnica, mas primordialmente de situações práticas. Todo o ser humano nasce do ventre materno, é alimentado por outro sujeito, depende de outros sujeitos para ser abrigado e vira se desenvolver. Todas as relações com o mundo desde o nascimento são no âmbito da práxis, da relação com a mãe (biológica ou afetiva), que alimenta, ensina, e com a comunidade que firma seus valores e o protege do meio. A totalidade do ser humano é construída em comunidade, por outros sujeitos, e dela não pode se dissociar nem por meio de ficções/abstrações.

É nesse contexto que se insere o novo conceito de família, como realidade existencial e sociológica, ditada pelas novas exigências sociais. Na modernidade a família se estruturou como a célula do Estado, advinda da formatação de um sujeito abstrato dotado de uma alma descorporalizada, com a abstração do sujeito empírico elevada à condição de universalidade. O pater família era quem direcionava os rumos desta instituição, o seu representante universal, com hierarquia e autoridade perante os demais integrantes.

A noção de família envolvia todos aqueles que viviam sobre a autoridade do mesmo senhor. Não havia família fora do casamento, e o casamento em razão da notória influência da Igreja e do direito canônico (apenas em 1.890 o Brasil se tornou um estado laico), era indissolúvel. Em Roma, o pater família possuía a propriedade de sua mulher, de seus filhos, de seus escravos e servidores, a família era vista como uma unidade

produtiva, como célula do Estado centralizador¹. A idade média moldou uma sacralização da família como instituição, e a onipresença da Igreja elevou a comunidade a elemento unificador da existência humana.

A existência não depende do pensamento, mas antes das relações comunitárias que constroem a liberdade e moldam o desenvolvimento da personalidade humana. A comunidade vem antes da existência abstrata do sujeito. O espaço para o desenvolvimento da personalidade humana somente é dado pela família, que não se estrutura no individualismo da modernidade, mas sim no comunitarismo perene e complexo das dinâmicas sociais. A família é a base da sociedade e não a célula do Estado.

1 A institucionalização da família pelo mundo ocidental: a petrificação das relações de cooperatividade e solidariedade familiar

A construção da racionalidade da modernidade baseada no individualismo logrou emanar das grandes codificações oitocentistas unicamente normas de ordem pública, cogentes, de organização e estruturação da família hierarquizada e matrimonializada. O eurocentrismo ocidental que moldou os fundamentos do direito privado e a autonomia da vontade nas relações entre particulares serviu para instrumentalizar relações patrimoniais, suficientes a implementar o livre mercado. A família como instituição hierarquizada e matrimonializada baseada no poder patriarcal era tida como a célula do Estado, não se enxergava nada além da relação entre indivíduos e o ente estatal visto como fictícia subjetividade.

O casamento era indissolúvel, pois dissolver o casamento era dissolver a família, o que “Deus uniu” nenhum ser humano poderia separar. A família nessa perspectiva de mundo era heteroparental, sempre formatada por um homem e uma mulher, eminentemente pautada por relações biológicas de parentesco ou ainda pelo sagrado, por relações hierarquizadas, pois o poder patriarcal reinava absoluto na direção

¹ A família era vista em Roma como unidade produtiva, ligada à economia existente naquela época. A concepção herdada dos gregos *oikonomikos* (origem etimológica da expressão economia) advém dos gregos onde o termo *oikos* significava ‘casa, unidade doméstica’, e o radical semântico nem significava, ‘regulamentar, administrar, organizar’, portanto, a expressão economia advém do significado semântico ligado à administração e regulamentação da unidade doméstica. Entre os romanos, “a palavra correspondente a *oikonomikos* era família e, tal como a unidade familiar grega, ela articulava três esferas de significado: *dominium* (poder sobre os bens), *manus* (poder sobre as mulheres e as noras), e *potestas* (poder sobre os filhos, netos, e escravos)” (OLIVEIRA, GENNARI, 2019).

e construção da autodeterminação da família, exercido com base quase que exclusivamente em valores patrimoniais e pecuniários. A modernidade, portanto, institucionalizou a família.

Não se percebia a família como base da sociedade. Apenas com a constituição de 1988 é que se impôs como norma regente do direito de família a percepção de ser a instituição familiar a base da sociedade ancorada pela solidariedade constitucional. E isso é importante porque agrega a noção do comunitarismo na construção do conceito. As relações entre sujeitos empíricos que eram em essência comunitárias e existenciais, no mundo ocidental, foram artificialmente sedimentadas e emolduradas em uma concepção machista e patriarcal². Formatou-se uma família institucionalizada, pautada pelas relações biológicas, e hierarquizadas na figura masculina, oriunda do casamento com efeitos civis - admitido no Brasil somente a partir da Constituição de 1.891, quando o país se tornou laico - ou religioso que até hoje possui efeitos oficiais (art. 226, § 1º, CF). O casamento seja civil seja religioso era visto como indissolúvel (LOUZADA, 2014, p. 280)³.

Quaisquer núcleos formados fora do casamento viriam a ser interpretados como meras “sociedades de fato” (como ex., o concubinato, uniões homossexuais, etc), e a longo tempo apenas poderiam ser resolvidos no campo obrigacional. A percepção ocidental era o substrato de uma cultura que via o casamento com uma finalidade eminentemente econômica, na construção dos vínculos patrimoniais, para perpetuação do patrimônio nos círculos oficiais da família hierarquizada e patriarcal, como reflexo do ente estatal. O Estado impunha de modo cogente o dever de educar e manter a prole, pois legalizadas as relações sexuais unicamente dentro do casamento, oriundo do dever irrevogável da coabitação, e pautada no lema da procriação.

A família era sedimentada na cultura legitimadora das relações sociais

² No direito oitocentista via-se a concepção de família eminentemente patriarcal, com a figura paterna como chefe da família, detentor do pátrio poder, tendo poder tanto sobre a mulher quanto sobre os filhos. A preocupação marcante era com a perpetuação do patrimônio, e por isso havia a “indissolubilidade do casamento” e a “exclusão dos filhos extramatrimoniais” da descendência legítima.

³ De acordo com Louzada (2014, p. 280): “(...) até 1891, as pessoas apenas podiam se unir para formação da família através do casamento religioso. A partir de então, passou-se a admitir o casamento civil indissolúvel. A primeira constituição a se preocupar em delinear a família em seu contexto foi a de 1934. Nesta houve a determinação da indissolubilidade do casamento, ressalvado somente os casos de anulação ou desquite. Também foi sob sua égide que foi autorizado às mulheres votar. Já a Constituição de 1937 nos trouxe a igualdade entre os filhos considerados legítimos e naturais. A de 1946 não inovou no conceito de família e a de 1967 manteve a ideia de que família somente era aquela constituída pelo casamento civil. Em contrapartida, a Emenda Constitucional de 1969, que manteve a indissolubilidade do casamento, foi modificada com o advento da Lei do Divórcio, de 1977, passando-se a haver aceitação de novos paradigmas.” (LOUZADA, 2014, p. 280).

dominantes, circunscrita pela concepção biológica, e formadora do caráter e do status do indivíduo perante a sociedade (SEELAENDER, 2017, p. 327-424)⁴. Ainda que núcleo estruturante do sujeito, era vista como legitimadora do Estado e, portanto, base estrutural da racionalidade jurídica centralizadora. A família era hierarquizada, patrimonializada e matrimonializada, vista unicamente como núcleo de reprodução e de responsabilização patrimonial (VENCELAU, 2004, p. 110)⁵.

2 O desenrolar de uma nova perspectiva: o influxo constitucional e os novos valores nas relações familiares

Com o mundo pós-guerra e o influxo de novos valores, estabeleceu-se as bases para a paz mundial duradoura, pautada pelo fortalecimento dos Direitos Humanos. Nesse influxo de se construir um mundo sob novos alicerces ideológicos, elevou-se a status de normativa internacional três importantes instrumentos posteriormente unificados na Carta Internacional dos Direitos Humanos, consistentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e nos Pactos Internacionais, dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovados ambos na data de 16 de dezembro de 1966 perante a Assembleia Geral das Nações Unidas, constando a partir de então estar aberto à adesão dos Estados. A partir daí que a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade e a solidariedade constitucional aos poucos passaram a se estruturar como elementos unificadores das relações privadas e balizas interpretativa para a construção das normatividades nas relações privadas contemporâneas.

Nessa perspectiva é que as relações familiares passam a ser vistas como base da sociedade pelos influxos valorativos das novas constituições, e aos poucos passam a se desinstitucionalizar. Não cabe mais ao Estado dizer o que é a família, dado ser um conceito sociológico pautado pela complexidade existencial. A família sob o influxo

4 Segundo Seelaender (2017, p. 327-424): “Vista como uma unidade social autogovernada que agregava, em uma pacificadora estrutura hierárquica, um chefe natural e seus dependentes (mulher, filhos, criados e escravos), a casa do Antigo Regime serviu de modelo a várias instituições, inclusive ao Estado”.

5 Para Vencelau (2004, p. 110): “A filiação no Direito brasileiro oitocentista se encontrava circundada por uma família patriarcal, hierarquizada e marcada pela preocupação em perpetuar o patrimônio. (...) não importava se os filhos extramatrimoniais tivessem vínculo biológico, pois se enquadrados na categoria dos espúrios não podiam ser reconhecidos (...) Assim, embora a relação de parentesco em linha reta de primeiro grau – pais e filhos – fosse baseada na consangüinidade, nem sempre era o laço de sangue hábil para firmar o estado de filiação. A filiação legítima somente se alcançava por meio do casamento, normalmente pela presunção *pater is est*. (...)”.

constitucional deve ser vista como realidade comunitária, situando-se em um âmbito mais ampliado da autodeterminação existencial, ou seja, não mais sendo fruto de idealização estatal, mas existindo de per si, na realidade (quer o estado reconheça, quer não reconheça), e por força constitucional, sendo reconhecida enquanto realidade e não ficção ou abstração jurídica.

A família como realidade comunitária é a base da sociedade na percepção constitucional, espelha a realidade existencial como fruto da solidariedade constitucional, devendo-se interpretar evolutivamente o conceito de família como um conceito jurídico dotado de vagueza semântica que na sua dimensão operativa remete o intérprete para uma realidade dinâmica e eminentemente comunitária. Sob o influxo da constitucionalização do direito civil, o âmbito familiar molda-se como uma pré-compreensão que espelha a realidade na construção das normatividades legais. E é no exercício da autodeterminação existencial e na dinâmica efervescente das relações sociais que as proximidades humanas se concretizam, então é por lá que se encontram as fontes de preenchimento e construção da normatividade no século XXI.

A fundamentação da família passa a situar-se nas relações existenciais, de onde pode brotar o afeto, mas se pauta pelo dever de cooperação, advindo da própria realidade comunitária e existencial. O campo da autonomia privada, limitada pelo ordenamento jurídico nos contratos e na propriedade, ou ampliada por ele, no âmbito da família, deve buscar por intermédio dos deveres jurídicos da cooperação as dinâmicas de efetivação mais significativa no exercício da autodeterminação existencial, não só outorgando aos indivíduos envolvidos a possibilidade de autodeterminar suas relações patrimoniais, mas principalmente a faculdade primordial de realizar no âmbito de sua liberdade substancial a plena liberdade de desenvolvimento da personalidade, que se efetiva no seio da comunidade familiar.

A autonomia privada pauta-se nos planos da existência e validade dos negócios jurídicos pelos direitos fundamentais, que em seus aspectos objetivos impõe limites ao exercício das liberdades. Da mesma forma no âmbito familiar o casamento, a união estável, ou as outra forma de se fazer família, devem ser vistos como modelos jurídicos pautados pela realidade existencial e substanciados pelos deveres da cooperação entre seus pólos, podendo ou não ser embasado pela afetividade que aqui não se retrata como um dever jurídico em si mesmo considerado, mas apenas como um valor que pode ou não substanciar o dever de cooperação imposto aos sujeitos de uma relação familiar. O

livre desenvolvimento da personalidade humana nem sempre depende da afetividade nas relações comunitárias, mas deve sempre se substanciar pela cooperação e solidariedade entre seus membros e agregados.

Portanto, percebe-se que enquanto os direitos fundamentais, no seu aspecto transindividual, limitam o exercício da propriedade privada e do contrato, e trazem a necessidade de proteção do vulnerável, limitando a autonomia privada referente às relações patrimoniais, no caso das novas relações familiares, os direitos fundamentais de segunda e terceira geração possuem funções eminentemente inversas, porquanto ao possuir eficácia horizontal acabam por aumentar o âmbito de liberdade substancial de seus integrantes (PIANOVSKY, 2009), materializando o amplo exercício da autodeterminação existencial dos indivíduos na livre constituição ou extinção de dinâmicas relações familiares.

Os direitos fundamentais em seu aspecto transindividual se materializam como bens jurídicos incorpóreos, indivisíveis e não realizáveis individualmente, com maior efetividade diretamente proporcional ao maior incremento da autodeterminação existencial no âmbito das relações familiares. Os direitos fundamentais e da personalidade são, portanto, direitos indisponíveis (irrenunciáveis ou inalienáveis) de onde se extrai o exercício da autodeterminação existencial em âmbito comunitário nas relações familiares.

Atente-se nesse aspecto que a Constituição Brasileira de 1988, segundo maioria da doutrina brasileira (LÔBO, 2017, p. 75), ampliou a conceituação da família para uma pluralidade não tipificada de entidades familiares, sendo meramente exemplificativo a admissão da união estável como forma de fazer família, e das famílias casamentarias e monoparentais (LOBO, 2017, p. 75). Segundo a interpretação evolucionista do conceito de família⁶, esse conceito constitucional indeterminado e aberto passa a se caracterizar por um local, uma dimensão espacial e temporalmente

6 De acordo com Cavedon (2015, p. 80-82): “(...) O método lógico-formal, que engloba todos estes elementos de interpretação (literal, teleológico, sistemático e histórico), teve sua desenvoltura mais bem aprimorada com o passar das décadas, e veio posteriormente a embasar a ideia da interpretação evolutiva, ou em sede constitucional, da mutação da norma constitucional no tempo, capitaneada pelos estudos doutrinários que enxergam alterações não formais na significação normativa dos textos constitucionais. A interpretação evolutiva, portanto, ostenta grande importância na atual conjuntura político-social e no direito contemporâneo, logrando grande utilidade principalmente quando se fala em integração e colmatação de conceitos indeterminados que tutelam e promovem a efetivação dos direitos humanos e fundamentais, coletivos e transindividuais, nos ordenamentos nacionais. A busca da finalidade social da norma, com a adequação de seu conteúdo às exigências coletivas a que ela se dirige, permeando as exigências do bem comum, é o que se passa a sustentar a partir da primeira metade do século XX”.

delimitada, uma realidade comunitária onde se cria aptidão para o desenvolvimento da personalidade humana, podendo a família ser múltipla e plural, para recepcionar na sua totalidade o dever imposto da cooperação e solidariedade entre seus membros (CAVEDON, 2015).

A família nessa medida passa a ser a “base da sociedade” e não mais a “célula do estado”. Pauta-se pelo interesse social unanimemente aceito pela sociedade de livremente permitir o mais amplo desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, um local onde se permite e fomenta, como liberdade positiva e substancial, a mais concreta forma de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana com base na cooperação e na solidariedade. O grupo familiar nesta acepção tem uma função social, que é de interesse geral e coletivo, e se materializa pela incumbência de moldar o caráter, o intelecto, e a moralidade dos indivíduos, isso durante todo o espectro temporal de sua existência.

Assim sendo, a função social do grupo familiar é moldado pelas necessidades sociais e comunitárias, o ambiente e o local de cooperação onde se materializa a família na realidade existencial deve ser impregnado de valores existenciais (como a afetividade) e até mesmo deveres, consistentes não somente na cooperação e solidariedade mas também na necessidade de garantir o desenvolvimento da personalidade da prole, para que a criança consiga livremente desenvolver e reproduzir a vida, e traga benefícios para sua comunidade, ou seja, exerça atividades produtivas para a sociedade que retorne à comunidade aqueles benefícios que demandou enquanto ser em desenvolvimento.

A incumbência de educar a prole para que tenha moral e valores compartilhados com a sociedade onde implantada, é também função integrante da família como realidade comunitária, haja vista que para uma comunidade pautada na solidariedade não basta o individualismo mas é preciso o fomento ao retorno para a comunidade das virtudes alcançadas individualmente, por isso a relação da organização da sociedade como realidade comunitária a pautar-se em torno da estrutura familiar.

A família, desse modo, na nova realidade constitucional, materializa-se como um local de agregação humana, em que se situa uma comunidade de afeto que se entrelaça, para que se possa potencializar a personalidade de cada membro integrante dessa realidade comunitária. É o local também onde ocorre o vínculo indivíduo-sociedade, e se desenvolve a personalidade cujo propósito é o de encontrar a felicidade.

Aí está o caráter eudemonista da entidade familiar, que deve ser impregnada por uma atmosfera de cooperação, onde se concretizam os direitos fundamentais tanto de aspecto individual (como os direitos da personalidade) como aqueles inerentes à comunidade de perspectiva transindividual.

Perceba-se que o ordenamento não impõe nenhum modelo específico de família, e a constituição não empresta nenhum significado ortodoxo ou técnico ao conceito, de modo que se aceita a união homossexual de duas pessoas como uma entidade familiar⁷, podendo nessa nova realidade claramente haver família fora do

7 Neste sentido, ver: “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 sexualidadenos 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

casamento. Igualmente quando há reunião de agregações de pessoas que não detém vínculo de consanguinidade, mas que se cooperam entre si de modo duradouro e estabelecem vínculos de solidariedade e afetividade.

Outrossim, não há qualquer hierarquização entre entidades familiares, sendo arbitrária toda forma de diferenciação de regime jurídico que busque inferiorizar um tipo de família (fundado no afeto e na comunhão de vida), sendo o planejamento familiar (226, §7º, CF) de livre decisão dos membros da entidade familiar pautada na dinâmica comunitária⁸, restando vedada a interferência de ordem coercitiva por

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 ESTABELECEM 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 subjudice. 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. (STF, ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001).

8 Aos poucos se desenvolveu a noção de paternidade responsável, na lição de Vencelau (2004, p. 110-111): “não podendo haver relação biológica entre pai e filho, sem a possibilidade do estabelecimento do respectivo status”, ressalva feita “a respeito da vontade de ser pai no caso da reprodução humana assistida heteróloga e da adoção (o das presunções legais - adoção e reprodução assistida heteróloga - e o

qualquer Instituição oficial ou privada. Ressalte-se que o Estado proíbe regulação da fecundidade com objetivo de controle demográfico, tampouco limitação de agregações de pessoas nas relações familiares.

É de se sustentar, ainda, que há necessidade de uma intervenção estatal mínima na família, somente sendo admissível quando for para efetivar direitos fundamentais, no exercício da liberdade positiva e substancial de seus integrantes (PIANOVSKY, 2009). Na medida em que se realiza a dignidade da pessoa humana, a qual se efetiva somente em comunidade (onde não se afasta a proteção cultural e ambiental para livre desenvolvimento da personalidade) é possível se dizer que se está a realizar bens jurídicos análogos que devem sistematicamente ser agregados à interpretação, haja vista que não se realiza a vida digna sem a observância da cultura intrínseca ao sujeito na sua corporalidade e também afastando o sujeito das características ambientais que fazer perpetuar a vida humana no planeta. Por esse motivo é que os direitos da personalidade não se realizam individualmente, apenas em comunidade, e daí a se pensar que a dignidade humana assume nova feição com a dimensão normativa dos direitos fundamentais de aspecto transindividuais (CAVEDON, 2015).

Por essa relação é que se compreende a autodeterminação existencial como envolvida por valores compartilhados e transindividuais, que não se realizam individualmente (liberdade, vida privada, intimidade), mas só em coletividade, no aspecto comunitário, de modo que as questões existências fomentadas pelo ordenamento (como a cooperação e a solidariedade) materializam-se como estruturas constitutivas das novas formas de fazer família. A autodeterminação existencial destarte pode ser utilizada para concreção de qualquer tipo de família, mas a liberdade substancial e a autonomia não permitem espaço para intervenção estatal na escolha de “como” se constituir família, sendo direito da personalidade com características transindividuais definir e regular a forma como se quer constituir família, exercendo-se plenamente sua autodeterminação existencial, para fazer família como realidade sociocultural, baseada em um princípio comunitário espiritual.

É de se reportar que o ordenamento constitucional concede liberdade e autodeterminação existencial para se escolher uma organização familiar que melhor sedimente a realização de sua dignidade humana, ainda que seja a escolha de viver uma vida de solteiro, inter-relacionando-se apenas eventualmente com outros indivíduos. A biológico).

dignidade como autonomia garante a todos indivíduos a possibilidade de buscarem, de sua própria maneira, o ideal de “viver bem” e de ter “vida boa”. A liberdade de optar entre uma ou outra forma de constituir família é uma das decisões existenciais mais elementares. Não obstante a vida de solteiro como eventuais relações com outros indivíduos não ser vista pelo direito como entidade familiar, o direito põe a salvo o único bem imóvel da pessoa solteira, viúva ou separada, pela impenhorabilidade⁹.

Portanto, se o direito de família historicamente era regido por normas cogentes de caráter existencial (de ordem pública) e normas supletivas de caráter patrimonial (relativas às questões disponíveis), buscando o Estado ditar as relações existenciais que entende “mais adequadas”, atualmente, notadamente com o ordenamento jurídico constitucional, o direito de família assume sua estrutura de caráter existencial, com direitos indisponíveis e fundamentais de aspecto transindividual, e que são extraídos do exercício da autodeterminação existencial do indivíduo.

3 As relações familiares no século XXI: a autodeterminação existencial do indivíduo a embasar uma nova realidade

A família, segundo doutrina de Lôbo (2017, p. 75-77), foi desinstitucionalizada, sendo recepcionada pela Constituição da República com a ideia de uma pluralidade ou multiplicidade familiar. Não pode o legislador querer definir qual o melhor modelo ou o mais adequado, sob pena de interferir demasiadamente no exercício individual da autonomia privada e em última instância de ferir o direito à autodeterminação existencial dos indivíduos nas relações familiares.

Basta, segundo este doutrinador, que se observe os requisitos da Afetividade, Estabilidade, e Ostentabilidade, para se caracterizar na realidade fática a entidade familiar. Ouso dizer que se deve agregar a esses requisitos outros dois, o da Cooperatividade e da Solidariedade entre seus membros para se formatar a família no século XXI (LÔBO, 2017, p. 75-77).

Repise-se que a família, no influxo da Constituição de 1988, deixa de ser matrimonializada, para assumir uma função múltipla, plural, oriunda não somente do casamento, da união estável ou da organização monoparental (comunidade de um

⁹ A Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça, assim dispõe: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

ascendente e descendentes), mas também de qualquer realidade comunitária baseada na cooperação, na solidariedade e no afeto e que se liguem pela estabilidade e ostentabilidade. A família, na mesma linha, deixa de ser patriarcal, e passa a se ser democrática e multifacetada, ainda buscando realizar de modo igualitário, no plano interno, a autodeterminação existencial de cada membro, com a necessidade imposta constitucionalmente de proteção e resguardo do vulnerável, como o idoso, o adolescente/criança, ou até mesmo a pessoa com deficiência¹⁰, inclusive assegurando a esses o direito de constituir família¹¹.

Supera-se igualmente o paradigma do biologismo, pois a família passa a ser socioafetiva, além de poder também ser biológica, mas não exclusivamente, podendo ser constituída ainda por fecundação artificial heteróloga de um descendente, ou por parentesco civil, como o decorrente da adoção¹². Consabido hoje que o parentesco não

10 O Estatuto da pessoa com deficiência (Lei nº 13.146/2015) impõe, em seu artigo 8º, o dever do Estado, da sociedade e da família de assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico. Veja-se que nos termos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, deve-se proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. A convenção conceitua Pessoas com Deficiência como aquelas que “têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

11 O Estatuto da pessoa com deficiência (Lei nº 13.146/2015), assegura em seu artigo 6º, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; e V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária. E ainda a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência impõe que sejam reconhecidos “o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes;” bem como de “decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos.”, e ainda de as pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservarem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

12 Consoante doutrina de Ricardo Fiúza, abre-se a possibilidade de outras interpretações sobre as relações de parentesco, como a chamada ‘paternidade socioafetiva’, cujo vínculo não advém de relações de sangue ou de adoção, mas de reconhecimento social e afetivo da paternidade. (...). Confira-se neste sentido os enunciados do Conselho da Justiça Federal: “Enunciado n. 103 da I Jornada de Direito Civil: ‘Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho. E enunciado n. 256 da III Jornada de Direito Civil: “Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade

se restringe às relações de consangüinidade e de adoção¹³, alcançando os filhos havidos por meios de técnicas de reprodução assistida, quando realizada com gametas de terceiros, chamada heteróloga; e os filhos oriundos de vinculação sócio-afetiva¹⁴, pressupondo-se a existência nesta hipótese de elementos probatórios acerca da “posse de estado de filho”¹⁵. Desse modo, observa-se que há no seio da sociedade inúmeras relações socioafetivas que possuem muitas vezes maior força que a paternidade biológica, pura e simplesmente por ser genética. É preciso, pois, diz Vencelau (2004, p. 112): “distinguir pai do genitor. Embora possa existir um consenso geral de que o pai ame naturalmente o próprio filho, há também um consenso da comunidade psiquiátrica de que o genitor não é necessariamente o pai”.

Tal como assenta Lôbo (2017, p. 75-77), encerrou-se a primazia legislativa estabelecida entre a filiação legítima e filiação biológica e de outra origem, hoje todos os filhos ainda que não biológicos, são legítimos. Com o desaparecimento da legitimidade e “a expansão do conceito de estado de filiação para abrigar os filhos de qualquer origem, em igualdade de direitos (adoção, inseminação artificial heteróloga, socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil. Enunciado n. 339 da IV Jornada de Direito Civil: “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.” Enunciado n. 341 da IV Jornada de Direito Civil: “Art. 1.696. Para fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar” (FIUZA, 2008, p. 1.736).

13 “Numa situação ideal, o vínculo paterno-filial se apresenta como um laço jurídico, por estar declarado o estado de filiação; como um dado biológico, por ser o pai também ascendente genético do filho; e como uma relação afetiva solidariamente construída. (...) o critério jurídico da filiação, isto é, as formas jurídicas de estabelecimento dessa relação, cada vez se aproximam mais do critério biológico. No entanto, em algumas situações onde há eventual dissonância entre a filiação juridicamente estabelecida e o dado genético, é de grande valia o critério sócio-afetivo que expressa o sentido da paternidade como função. Sobre o processo de desbiologização da paternidade, já afirmou João Baptista Villela que: ‘As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade’ (VENCELAU, 2004, p. 112).

14 Ocorre que, hodiernamente, o estabelecimento jurídico da relação paterno-filial fundado nos critérios biológico e das presunções (adoção e reprodução humana assistida heteróloga), não é suficiente para preencher o conteúdo valorativo da atual relação familiar do seio social, de modo que há, ainda, “o critério sócio-afetivo que serve, especialmente, para equilibrar os outros dois” (VENCELAU, 2004, p. 111).

15 De acordo com Nogueira (2001, p. 163), “a posse de estado de filho tem sido utilizada como um modo secundário para colaborar com a filiação biológica, mas na realidade está voltada para dar relevância à família em que os laços de afeto são a base das relações entre pais e filhos”. Fachin (1992, p. 151), na mesma toada, apregoa: “não é propriamente à verdade biológica da filiação que a posse de estado de filho serve prioritariamente. Depreende-se que ela mais se dirige a valorizar o elemento afetivo e sociológico da filiação, posto que sua ausência pode pôr em dúvida o vínculo da filiação”. Segundo Vencelau (2004, p. 116-117): “A posse de estado de se caracteriza pela integração de três elementos: *nomem, tractatus e reputatio*. O *nomem* é a utilização do nome de família de quem se pretende ser filho. O *tractatus* resulta da situação onde uma pessoa é cuidada, tratada e apresentada como filho. A *reputatio* decorre da consideração da família e da sociedade em relação a uma pessoa como filha de alguém, o pai socioafetivo. Nem sempre todos esses elementos estão presentes para demonstrar a posse de estado de filho, nem são eles taxativos”.

posse de estado de filiação), o novo paradigma é incompatível com o predomínio da realidade biológica” (LÔBO, 2017, p. 75-77). Insista-se, o paradigma atual distingue paternidade e genética. Diante desses marcos conceituais e legais, no direito brasileiro não há espaço para afirmação da primazia ou, o que é pior, da exclusividade da origem genética para determinar a paternidade, que é mais que um dado da natureza, pois “é um complexo de direitos e deveres que se atribui a uma pessoa em razão do estado de filiação seja ele consanguíneo ou não” (LÔBO, 2017, p. 75-77). É o livre exercício da autodeterminação existencial pautado na realidade factual alterando o rumo da paternidade. Há igualmente possibilidade ainda do livre exercício da autodeterminação existencial na união entre pessoas para convivência duradoura, mesmo que a entidade familiar seja homoparental, formada por dois pais e um filho(a), ou duas mães e um filho(a), há igualmente paternidade ou maternidade embasada na autodeterminação existencial.

As novas formas de fazer família, assim, exigem uma igualdade entre os tipos de entidades familiares, em decorrência do pluralismo reconhecido pela Constituição Federal, podendo ser exemplificado, mas não esgotado, pela família advinda do casamento (226, §2, CF), da União estável, entidade familiar baseada nas relações convivenciais, a família monoparental, retratada pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, mas não somente¹⁶. Há ainda a família anaparental, que pode ser formada por dois irmãos, tio e sobrinha, avô e neto; tios maternos sócioafetivos; a família interparental, constituída por irmãos, ou colaterais, podendo ser estendida ou ampliada, como previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. As famílias recompostas, ainda, constituídas por madrasta ou padrasto e filhos ou enteado¹⁷, cujo parentesco por afinidade só ocorre na união estável ou no casamento. E ainda, mas não menos importante, as famílias não parentais, que não são formadas por vínculos sanguíneos, mas convivem permanentemente e consubstanciadas no afeto, desde que observados os requisitos da Afetividade, Estabilidade, Ostentabilidade, Cooperatividade e Solidariedade entre seus membros.

As famílias homoafetiva, advindas da união homossexual ou homoafetiva, veja-se que igualmente podem formar uma comunidade afetiva com filhos de criação,

16 Neste sentido, a Súmula 364/STJ estende o conceito de família também para as pessoas solteiras, separadas, ou viúvas, desde que possuidoras de um único bem, podem ser beneficiadas pelo conceito de bem família se lhes aplicando extensivamente a impenhorabilidade prevista legislativamente.

17 Neste sentido, a Lei Clodovil, nº 11.924/09, permite o acréscimo sobrenome (§8º, 57, LRP) de padrasto ou madrasta, e permite incluir enteado como beneficiário previdenciário.

ou ainda, utilizar-se da fecundação artificial heteróloga, havendo ainda a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina que permite a cessão temporária de útero para gestação compartilhada (barriga solidária)¹⁸, sendo atualmente permitido aos descendentes gestar, possibilitando que homens sem parceira tenham filhos, ou que casais homossexuais que queiram ter um filho se utilizem da “barriga solidária”.

Há de se fazer, ademais, uma pequena ressalva no tocante à pluralidade das entidades familiares, o que até é passível de crítica, tendo em vista que vai de encontro ao mais amplo propósito de interpretar a Constituição de maneira mais efetiva e concreta. Trata-se das famílias paralelas, ou simultâneas ou em união concubinária, tendo em vista que, a meu ver contraditoriamente, os Tribunais reconhecem o artigo 226 da Constituição Federal como exemplificativo, não obstante vedam entidades familiares paralelas, ou simultâneas, entendendo que há violação e desrespeito à lealdade (união estável) e à fidelidade (casamento), e à monogamia (tradição, cultural)¹⁹. Ou seja, a Constituição aqui é interpretada com base e à luz das tradições e culturas trazidas pela

18 A Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina em seu artigo 1º adota as seguintes normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, permitindo apenas a gestação de substituição quando exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira. Ainda se estabelece que “a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe/filha; segundo grau –avó/irmã; terceiro grau –tia/sobrinha; quarto grau –prima). E assenta ainda que “a cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.” Impondo ainda a assinatura de um Termo de Compromisso entre a doadora genética e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança.

19 Nesse sentido: “(...) À luz do disposto no § 1º do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro concomitante àquele que pretende proteção jurídica. Nesse viés, apesar de a dicção da referida norma também fazer referência à separação judicial, é a separação de fato (que, normalmente, precede a separação de direito e continua após tal ato formal) que viabiliza a caracterização da união estável de pessoa casada. 2. Consequentemente, mantida a vida em comum entre os cônjuges (ou seja, inexistindo separação de fato), não se poderá reconhecer a união estável de pessoa casada. Nesse contexto normativo, a jurisprudência do STJ não admite o reconhecimento de uniões estáveis paralelas ou de união estável concomitante a casamento em que não configurada separação de fato. 3. No caso dos autos, procedendo-se à reavaliação do quadro fático delineado no acórdão estadual, verifica-se que: (a) a autora e o réu (de cujus) mantiveram relacionamento amoroso por 17 anos; (b) o demandado era casado quando iniciou tal convívio, não tendo se separado de fato de sua esposa; e (c) a falta de ciência da autora sobre a preexistência do casamento (e a manutenção da convivência conjugal) não foi devidamente demonstrada na espécie, havendo indícios robustos em sentido contrário. 4. Desse modo, não se revela possível reconhecer a união estável alegada pela autora, uma vez que não foi atendido o requisito objetivo para sua configuração, consistente na inexistência de relacionamento de fato duradouro concomitante àquele que pretende proteção jurídica. 5. Uma vez não demonstrada a boa-fé da concubina de forma irrefutável, não se revela cabida (nem oportuna) a discussão sobre a aplicação analógica da norma do casamento putativo à espécie. (...)” (STJ, REsp 1754008/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 01/03/2019). Ainda, “esta Corte Superior entende ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Precedentes.” (STJ, AgRg no AREsp 609.856/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 19/05/2015).

legislação civil, havendo nesse caso, lei infraconstitucional limitando a interpretação ampla de um dispositivo de maior envergadura que alberga o novo conceito de família previsto no artigo 226 da Constituição da República.

Igualmente no tocante ao poliamor, é necessário fazer algumas ressalvas, porquanto os Tribunais não obstante virem entendendo que se configura união estável quando se forma uma entidade familiar, caracterizada pela união entre duas pessoas, do mesmo sexo ou de sexos diferentes, que possuem convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família, há situações em que não a reconhecem se por ventura envolver mais de duas pessoas. Ora, envolvendo mais de duas pessoas, por exemplo, dois homens e uma mulher, ou duas mulheres e um homem, invocando fundamentação meramente de valores afetos à moralidade comum, a interpretação que se dá é da inexistência de família nessas situações, dado que a monogamia seria uma norma de ordem pública e, portanto, inafastável²⁰.

Reporte-se que se entende possível a constituição de família embasada no poliamor unicamente quando todos os envolvidos se encontram cientes dessa opção, e a ela anuírem, agindo, portanto, dentro das vertentes da boa-fé subjetiva e objetiva na sua função integrativa e de controle. Nessa hipótese, não haverá infringência ao dever de lealdade, porquanto se algum dos envolvidos não se encontrar ciente ou não anuir à tal situação, obviamente, de família não se tratará, mas de relações de concubinato. O que pode ocorrer nessas situações limites, de famílias paralelas, quando um dos cônjuges por

20 DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96. 1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012. 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1348458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014

ventura não esteja ciente das relações extraconjugais de seu consorte, será a existência de uma união estável putativa, por ocasião de um dos companheiros estar de boa-fé e, portanto, ignorante quanto ao impedimento de seu consorte. Os Tribunais vêm aceitando a possibilidade de uniões estáveis putativas, compreendendo que nesse caso há a aplicação analógica das regras do casamento putativo²¹. Anote-se que a função social dos contratos é questão de ordem pública, prevista no artigo 2.035, CC, e nessa medida, a atividade a envolver o pleno exercício da autodeterminação existencial, também igualmente deve ser interpretada como questão de ordem pública, tendo em vista estar nesse exercício se cumprindo o papel a maior efetividade dos direitos fundamentais e transindividuais, que ao invés de limitar a propriedade individual e o contrato, aqui sua efetividade aumenta significativamente o âmbito de atuação do sujeito existencial, para livremente a pessoa humana exercer seu direito à autodeterminação existencial realizando na sua maior dimensão seus direitos fundamentais e personalíssimos.

Veja-se que no âmbito da união estável, ao contrário do casamento, não se faz necessário o requisito da coabitação, eis que os companheiros podem viver sob tetos diversos, contudo, é preciso que tenham preenchido os seguintes requisitos para sua configuração, a) a união deve ser pública e não pode ser oculta, clandestina; b) a união deve ser duradoura, ou seja, estável, apesar de não se exigir um tempo mínimo; c) a união deve ser contínua (sem que ocorra quaisquer interrupções constantes); d) a união deve ser estabelecida com o objetivo de constituir uma família; e) as duas pessoas envolvidas não podem ter impedimentos para casar; f) a união entre essas duas pessoas deve ser exclusiva (é impossível a existência de uniões estáveis concomitantes e a existência de união estável se um dos componentes é casado e não separado de fato), nesse caso podendo unicamente ocorrer uma união estável putativa pelo consorte que estiver de boa-fé. No caso da união estável assim como no casamento, há a imposição de obrigação e deveres, consistentes, consoante o artigo 1.724 do Código Civil, nos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, além do sustento e educação dos

21 “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PEDIDO DE ARROLAMENTO E PARTILHA DE BENS. UNIÃO ESTÁVEL CONCOMITANTE A CASAMENTO SEM SEPARAÇÃO DE FATO (...) Uma vez não demonstrada a boa-fé da concubina de forma irrefutável, não se revela cabida (nem oportuna) a discussão sobre a aplicação analógica da norma do casamento putativo à espécie. 6. Recursos especiais do espólio e da viúva providos para julgar improcedente a pretensão deduzida pela autora. (STJ, REsp 1754008/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 01/03/2019).

filhos.

Há de se ressaltar também, no aspecto da autonomia privada e livre desenvolvimento da autodeterminação existencial, que o contrato de convivência hoje referente à união estável não precisa ser feito mediante escritura pública, bastando um contrato particular, mas que precisa ser da forma escrita, para se aferir aspectos relacionados ao regramento da união. Há ainda o entendimento após a decretação da inconstitucionalidade do art. 1.790, CC, no sentido de que se aplica o regime sucessório do cônjuge para situações de união estável, havendo severas críticas a esse posicionamento porque se impõe ao regime sucessório do casamento à união estável, alterando-se a natureza jurídica da união estável, e indo contra até mesmo a vontade das partes, e também contra até mesmo a própria Constituição da República (226, §3º), aumentando os riscos de oportunismos.

Não se olvide que na França, ao contrário do nosso Brasil, os companheiros sequer herdavam, não havendo efeitos sucessórios à União Estável, cabendo à liberdade de autodeterminação das partes escolher se optam por outro regime jurídico. Esse entendimento brasileiro, de se aplicar o regime sucessório do cônjuge ao casamento, em verdade, acaba reflexamente por reduzir a liberdade, pois sempre que uma pessoa for viver de modo duradouro com alguém será obrigado a suportar os efeitos do casamento. Não se olvide que a união estável é justamente espaço onde o casal cria suas próprias regras de convivência sem a interferência estatal, materializando-se como um lugar não institucionalizado de vivências de uma conjugalidade fora dos modelos preestabelecidos pelo Estado.

Dessa forma, desde a decisão da Corte Suprema que entendeu existir juridicamente a união estável de pessoas do mesmo sexo, com o STF, na ADI 4.277-DF em conjunto com a ADPF 132-RJ, entendendo ser possível a existência de uniões estáveis homoafetivas, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011), foi que se passou a interpretar a Constituição admitindo uma pluralidade (não fechada de hipóteses de se fazer família), de modo que as famílias paralelas e o poliamor podem ser interpretados como interiores ao sistema, sendo possível questionar qual é a razão de o sistema fechar essas opções, na medida em que o dever de fidelidade e de lealdade não estão constitucionalizados, haveria de se permitir constitucionalmente o exercício mais amplo da autodeterminação existencial desde que observados os pressupostos da boa-fé e da lealdade. Há, contudo,

de se ressaltar que os tribunais superiores rechaçam as famílias paralelas, onde não há possibilidade de exercício da autonomia privada, tendo em vista os limites abstratos da moral e dos bons costumes materializados em nossa civilização ocidental.

Há de se reinterpretar nessa medida as determinações da Súmula 380/STF, que dispõe acerca da dissolução judicial da sociedade de fato entre os concubinos, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum, que ainda exerce influência em nossa jurisprudência.

Não há possibilidade sendo absurda a ideia de redundar em indenização por serviços domésticos e sexuais prestados, na medida em que não se pode conceder esse direito ao concubinato, pois tal direito não é concedido nem às formas lícitas de entidades familiares, no que redundaria, portanto, em tratamento discriminatório e desigual. Reporte-se que as vedações ao concubinato ainda persistem em nosso ordenamento, materializando-se na proibição de doação ao concubino (art. 550, CC), na proibição de contratar Seguro Vida ao Concubino (art. 793, CC), na proibição de herança/legado ao concubino (art. 1.801/CC), entre outras.

Os valores constitucionais de hoje exigem uma nova reflexão sobre o pensamento clássico que se formou em torno destes deveres entre os cônjuges, particularmente no que concerne à vida em comum. A ideia da fidelidade recíproca, decorre da organização monogâmica da família, adotada no ocidente e na cultura cristã, e a lealdade sob o aspecto físico e moral, não podem se sobrepor à normativa constitucional, notadamente com a nova incursão sistemática de interpretação conjunta ao artigo 216 e 231 da CF, aliado ao 226, CF. O dever de fidelidade igualmente não pode ser visto tão só sob a ótica das relações sexuais, até podendo ser o adultério um ilícito civil, capaz de responsabilizar seu interlocutor, porém é fato que em nada repercute no âmbito da família, no campo de sua autonomia existencial, se acaso foi previamente acordado e consentido, situação que não obstante incomum pode ocorrer. Há de se dizer ainda que com a nova possibilidade legal do divórcio direto, e até mesmo do divórcio impositivo, é plenamente plausível a sua possibilidade.

Aliás, todos os deveres conjugais devem ser imiscuídos para dentro do campo da autonomia privada e da autodeterminação existencial, na medida em que o próprio respeito e consideração mútuos, com as vedações legais à injúria grave, às condutas desonrosas, às ofensas e à liberdade profissional, religiosa, podem ser resolvidas no âmbito do consenso, inclusive no campo da arbitragem e da transação, sendo assim

possível desjudicializar essas questões.

A mútua assistência (moral e patrimonial), também caso descumprida, passível de resolução no âmbito do consenso. No aspecto material, esta questão traduz o auxílio econômico necessário à subsistência do cônjuge. No aspecto imaterial, refere-se à proteção aos direitos da personalidade, dentre eles, a vida, a integridade física e psíquica, a honra e a liberdade.

Igualmente a vida em comum no domicílio conjugal, já havendo casos que dispensam por razões involuntárias o preenchimento desse dever no âmbito do consenso. O abandono do lar exige a ausência pelo prazo ininterrupto de um ano (art. 1.573, IV do Código Civil), e a doutrina admite que residam em domicílios diversos, não havendo mais um direito ao corpo do outro. O sustento, guarda e educação dos filhos, é igualmente passível de resolução no âmbito do consenso. Não é possível olvidar ainda que sequer a legislação civil fala no dever do amor, do entendimento, da confiança, tolerância, abnegação, razoável entrosamento de mentalidades, cultura, sensibilidade, e que não obstante isso, são questões plenamente resolvidas no âmbito do consenso.

Diante disso, encaminhando para uma conclusão parcial, é de se anotar atualmente a ampla liberdade na dissolução do casamento, havendo expressa permissão constitucional do divórcio direto e, ainda, a possibilidade em alguns Estado Federados do divórcio impositivo (que não obstante foi revogado por recomendação do CNJ)²², que se materializava com um pedido unilateral de qualquer dos cônjuges perante cartório de Registro Civil, sendo o outro cônjuge apenas notificado para preencher os requisitos e dissolver a relação conjugal. Como referido tal possibilidade foi vedada pelo CNJ por entender que a questão envolve competência privativa da União sendo que o ordenamento não permite a imposição do divórcio extrajudicialmente quando não haja consenso entre os consortes.

As possibilidades de desjudicialização dos conflitos familiares visa não só aumentar o âmbito da liberdade existencial na família, como também reduzir a carga do Poder Judiciário. Há críticas, por óbvio, quanto à desjudicialização dos conflitos por se criar desequilíbrios entre os cônjuges, devendo ser fomentado a resolução por autocomposição mediante a assistência da parte mais vulnerável, porém é importante

²² De acordo com o atual posicionamento do CNJ o ordenamento jurídico brasileiro não permite que o divórcio seja realizado extrajudicialmente quando não há consenso entre o casal.

que a resolução dos conflitos seja feita por outras instâncias de justiça multiportas, como a mediação e arbitragem.

Por certo que os reflexos de uma impositiva desconstrução da família por decisão unilateral de apenas uma das partes pode vir a gerar consequências por vezes nefastas, como por exemplo quando o cônjuge é excluído automaticamente do plano de saúde que era dependente, sem sequer ter oportunidade de reação. Contudo, seus benefícios parecem melhores e mais consistentes do que seus prejuízos. Lembre-se que a consensualidade exigida para o divórcio extrajudicial confere igual valor à ambas manifestações de vontade, mas pode vir a gerar divergências entre as partes, que precisam acordar antes de realizar o ato, podendo haver hipóteses de resistências injustas e desqualificadas. A necessidade de mediação a respeito das circunstâncias fáticas que ensejam o divórcio deve ser levada a sério, sendo importante atestar na construção das múltiplas possibilidades de convivência familiar que a interpretação a se fazer nesses casos deve sempre observar o reenvio do intérprete para a realidade existencial e o moldar de modelos jurídicos advindos do seio social no preenchimento dos conceitos jurídicos, em consonância com a atual e amplíssima noção das famílias na contemporaneidade.

Considerações Finais

Há de se concluir, portanto, ainda que parcialmente, que a família é uma realidade fática, e por isso basta sua existência factual para que se concretize o direito à autodeterminação existencial dos indivíduos que a compõe, existindo efetivamente ainda que o direito não a reconheça formalmente, uma liberdade substancial em sua composição e formação, cabendo à ciência jurídica escolher se reconhece as multiplicidades familiares em consonância com a mais ampla interpretação constitucional do artigo 226 da Constituição da República, ou se continua o seu papel de séculos de segmentar a realidade apenas no que lhe interesse, omitindo e olvidando de uma complexidade de fenômenos que não podem ficar ao largo no mundo esquecidos sem serem levados em conta pelos intérpretes e juristas.

Há na normativa constitucional a entidade familiar como base da sociedade e não como célula do Estado. Daí se extrai que as relações familiares são pautadas pelos

requisitos da Afetividade, Estabilidade, Ostentabilidade, Cooperatividade e Solidariedade entre seus membros, envolvendo-se em uma realidade comunitária. Essa nova compreensão a respeito das relações familiares traz uma nova pré-compreensão, advinda da noção de que as normatividades constitucionais remetem o intérprete para uma realidade existencial, almejando realizar direitos fundamentais que não se concretizam individualmente e, portanto, a função e carga normativa a que o aspecto transindividual dos direitos fundamentais fazem emergir da realidade atual são aptas a recepcionar um rol não taxativo para o conceito atual de famílias. Daí a conclusão que o rol previsto no artigo 226 da Constituição da República é meramente exemplificativo.

Esta construção interpretativa, traçada em elementos consuetudinários – assentado em questões factuais – traz para a senda do sistema jurídico, através da técnica do reenvio e da interpretação evolucionista, uma nova estruturação sobre a qual pauta-se o raciocínio realizado no âmbito das relações familiares. Trata-se na verdade de uma observação empírica a que o sistema deve fazer-se permeável, uma vez que o tecido social ostenta situações as quais merecem recepção pela doutrina jurídica e integração perante o sistema, mediante a ponte que se abre pelos conceitos vagos dependentes de integração valorativa – no caso, as concepções familiares realizadas no âmbito comunitário advém da noção de que os direitos fundamentais no seu aspecto transindividual não se realizam individualmente, e portanto, devem se concretizar pela mais amplitude que a autodeterminação existencial permite realizar em âmbito comunitário.

Daí porque a construção interpretativa deve abarcar o raciocínio doutrinário que integre na senda do sistema a recepção da malha social com base na acepção mais ampla do conceito de família, devendo-se entender que este conceito jurídico busca sua integração valorativa (mediante a interpretação evolutiva) junto ao mais amplo exercício da autodeterminação existencial e concretização dos direitos fundamentais. De modo que as relações familiares não são apenas um fato, um dado biológico e matrimonializado, mas uma relação construída pelos vínculos da socioafetividade.

O reenvio a se fazer para uma valoração fundada no princípio constitucional da solidariedade e da cooperação, fundados na família desmatrimonializada, no rol meramente exemplificativo do artigo 226, caput, CF, na paternidade responsável (art. 226, § 7º), e na igualdade entre os filhos biológicos e adotivos (art. 226, § 6º), de modo a proteger ou priorizar a escolha afetiva com o reconhecimento de rol mais amplo de

entidades familiares, são claros sinais de que a construção jurisprudencial deve pautar-se pela conformação com estes mencionados elementos integrativos (de origem intrasistemáticos)²³. Como ensina em remate a doutrina de Vencelau (2004, p. 115):

A família hoje, não se rege, no âmbito civil-constitucional, pela autoridade patriarcal e pela unidade patrimonial. Pais e filhos encontram nos laços da família instrumento para a realização da sua dignidade como pessoas humanas. A legislação infraconstitucional recepcionou os valores constitucionais, disciplinando o direito à convivência familiar.

Desse modo, não obstante seja questionável que apenas a afetividade, de modo isolado, seja capaz de criar um vínculo jurídico como na adoção, afirmando alguns doutrinadores que para tanto a posse de estado de filho poderia constituir o vínculo jurídico paterno-filial, o certo é que a afetividade se apresenta como um critério tão relevante quanto o biológico e as presunções legais (adoção e inseminação heteróloga), podendo até prevalecer em alguns casos, servindo de elemento sistematizador para a integração das cláusulas gerais ou mesmo para balizar a interpretação evolutiva dos conceitos jurídicos indeterminados (NOGUEIRA, 2001, p. 187. FACHIN, 1992, p. 151. DELINSKI, 1997).

Em conclusão, entende-se que a família foi desinstitucionalizada, devendo-se adotar a denominação atualmente para uma multiplicidade de entidades familiares, que se encontram concretizadas pelo exercício mais amplo da autodeterminação existencial, que moldou as questões existências não mais como normas de ordem pública, mas como concretização advinda da realidade para uma reconstrução da Família pautada pela melhor concretização dos direitos fundamentais. Agora, a família é vista como advinda e circunscrita por uma realidade comunitária, que está no âmbito mais ampliado da

23 O efeito *backlash* consiste em uma reação conservadora de parcela da sociedade ou das forças políticas (em geral, do parlamento) diante de uma decisão liberal do Poder Judiciário em um tema polêmico. George Marmelstein resume a lógica do efeito *backlash* ao ativismo judicial: “(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.” (MARMELESTEIN, 2015).

autodeterminação existencial de seus membros. Ou seja, não é mais criada por um simples negócio jurídico (casamento), mas ela existe de per si, na realidade (quer o direito reconheça ou não reconheça), de modo que a construção que se estrutura nos requisitos da Afetividade, Estabilidade, Ostentabilidade, Cooperatividade e Solidariedade entre seus membros, pautada por questões existenciais que não se realizam individualmente mas unicamente em âmbito comunitário onde se busca a concretização da liberdade substancial e positiva dos seus integrantes.

Referências

AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 13-14, p. 109-125, 1º e 2º sem. 1998.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucionalizado. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 65, p. 21-32, 1993.

CARBONERA, Silvana Maria. Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira: passagem da família tradicional para a família instrumental e solidarista. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVEDON, Ricardo. As cláusulas gerais, uma perspectiva histórico-constitutiva do direito privado contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 31, p. 322-354, 2017.

CAVEDON, Ricardo. *Teoria geral dos direitos coletivos: releitura da racionalidade dos direitos fundamentais de terceira geração*. Curitiba: Juruá, 2015.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As Quatro Fundações Do Direito Civil: Ensaio Preliminar. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 45, n. 0, p. 99-102, 2006.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O Discurso Jurídico da Propriedade e Suas Rupturas, uma análise do Ensino do Direito de Propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito de família*. São Paulo: Dialética, 1997.

DESCARTES, René. *O discurso do método*. Porto Alegre: L&PM, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FACHIN, Edson Luiz. *Direito de família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

FIUZA, Ricardo. *Código Civil comentado*. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2008.

GANS, Semy. *A família mutante*. Sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Orgs). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil. *Revista do Senado*, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4> >. Acesso em: 6 jul. 2020.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do Conceito de Família. In: *Diversidade Sexual e direito homoafetivo*. DIAS, Maria Berenice (Coord.). 2. ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial*. Disponível em: <
<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicaoconstitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em 6 jul. 2020.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, Roberson de. GENNARI, Adilson Marques. *História do pensamento econômico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PIANOVSKY, Carlos Eduardo Ruzyk. *Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2009.

SARACENO, Chiara. *Sociologia della famiglia*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1988.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do antigo regime à modernidade. *Revista do Instituto Histórico Geográfico Brasileiro (RIHGB)*, Rio de Janeiro, a. 178, n. 473, p. 327-424, jan./mar. 2017.

VENCELAU. Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Comunicação à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Manaus, 1980.

Submetido em 7 de fevereiro de 2020.

Aprovado para publicação em 11 de julho de 2020.

