

# Visão geral das transformações contemporâneas no Direito de Família. O Direito de Família na Constituição Federal de 1988. A família em seu atual espectro. A multiparentalidade

*Antônio Carlos Mathias Coltro*<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

**Sumário:** Introdução. Família em sentido amplo. O casamento e a união estável. A multiparentalidade. O que há de novo. Conclusão.

“O sonho de cada família é poder viver junta e feliz, num lar tranquilo e pacífico, em que os pais têm oportunidade de criar os filhos da melhor maneira possível, ou de os orientar e ajudar a escolher as suas carreiras, dando-lhes o amor e carinho que desenvolverá neles um sentimento de segurança e de autoconfiança.”

(Nelson Mandela)

## A título introdutório

1. Como abertura a este rápido comentário, tem-se como adequado mencionar o *Preâmbulo* da CF de 1988, na alusão ao “exercício dos direitos individuais”, à *igualdade* e a uma *sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*, bem como ao seu artigo 1º, inciso III, ao referir-se à *dignidade da pessoa humana*, além do art. 5º, *caput*, sobre *todos serem iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*, não olvidando o art. 226, que, “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito das Relações Sociais (PUC-SP) – Presidente do IBDC (2014/2017) – Presidente do IBDFAMSP (2010/2011) – Membro Efetivo da Academia Paulista de Direito e da Academia Paulista de Magistrados.

Demais disso e a teor do § 3º, do mesmo dispositivo, “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, entendendo como entidade familiar, também e no § 4º, “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, sem desconsiderar o § 5º, que, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” e admitir, de forma simples e no § 6º, a “dissolução do casamento civil pelo divórcio”, determinando, por fim, o § 8º, que, “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Em tais disposições evidenciou o constituinte o reconhecimento, a partir da reflexão sobre diferentes costumes, tempos e hábitos e a necessidade de revisão dos conceitos até então adotados, em verdadeira inflexão, ainda que para tanto havendo confronto entre convicções formadas e firmadas antes e considerada a circunstância de haver-se tornado imprescindível enxergar a *família* com moldura e *conteúdo* diversos dos até então existentes<sup>2</sup>, impor-se uma nova conclusão sobre seu próprio conceito.

Com efeito e como referido por Caio Mário, ele “[...] não se mantém estático” e vem “[...] sofrendo a variedade de acepções, no espaço e no tempo”<sup>3</sup>, sendo imperiosa a preocupação sobre ter-se em conta princípios novos, os quais, da mesma forma que os fatos, que indicaram sua necessidade, acabaram por, – ao mesmo tempo em que acalmando a insatisfação de alguns com o estado de coisas existente –, causar a indignação de outros, satisfeitos com uma estrutura familiar em que “[...] o chefe exercia seus poderes sem qualquer objeção ou resistência, a tal extremo que se chegou a descrevê-la como a um agregado social constituído por um marido déspota, u’ a mulher submissa e filhos aterrados”, na dicção de Orlando Gomes<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Segundo Luiz Edson Fachin, “O transcurso da história revela que a ‘realidade desmente o Código’, e a lei se altera para incorporar novos valores, máxime os que decorrem do fenômeno da ‘repersonalização’. O encontro da identidade dos novos sujeitos e das situações antes colocadas à margem passa pela superação das regras de sua desqualificação e se choca com resistências diversas precisamente porque nos textos legais, do Código Civil ao Código Penal, a família patriarcal, hierarquizada e matrimonializada depositou aquilo que lhe parecia ser a sua própria identidade” (Contribuição crítica à teoria das entidades familiares. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 94-113.).

<sup>3</sup> *Direito civil* – alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 169.

<sup>4</sup> GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1984. p. 65.

Esse grupo ou essas pessoas não se dispunham, inclusive, a aceitar que filho é filho, pouco importando para a lei, e sob o prisma sociológico, se os pais puderam tê-lo de forma natural ou necessitaram socorrer-se da adoção ou de outra forma para tal.

Da mesma maneira e enquanto alguns optam por se casar, outros preferem seguir trilha em que não há moldura determinada e na qual se insere tanto a *união de fato entre duas pessoas* que se querem bem e objetivam constituir família<sup>5</sup>, a tanto se somando a *monoparentalidade*, circunstâncias que não podiam ser desconsideradas pela sociedade, pelo legislador e também pelo *judiciário*, com vistas à aferição sobre os efeitos pessoais e jurídicos decorrentes de cada uma.

Como referido por Caio Mário, “Homens de pensamento, com muita frequência, aludem à crise da família, proclamando e lamentando a sua desagregação. Mais aparente que real, pois o que se observa é a mutação dos conceitos básicos, estruturando o organismo familiar à moda do tempo, que forçosamente há de diferir da conceptualística das idades passadas”<sup>6</sup>.

Como consequência, viu-se o constituinte obrigado a enxergar a família em cenário e moldura diversos dos até então considerados<sup>7</sup> e o intérprete a admitir que ela não possui conceito estático e sofre a multifária força das circunstâncias, espaciais e temporais, ocupando-se o legislador de 1988 em delinear uma nova arquitetura, segundos os anseios indicados pela comunidade.

Não bastando, também havia os não dispostos a aceitar que filho é filho e pouco importa para a lei se nasceram de forma natural ou precisaram seus pais socorrer-se da adoção ou algum meio científico para tanto, da mesma maneira que enquanto alguns optavam por casar-se, outros seguiam trilha sem moldura estabelecida e na qual se inserem

<sup>5</sup> Anote-se que a ligação livre e sem compromisso outro, traduz simples concubinato, a que o CC não atribui importância maior, conforme o art. 1.727, vigente, ainda, as Súmulas do STF a tanto concernentes e que podem orientar o exame dos casos que a tanto se referirem.

<sup>6</sup> *Instituições de direito civil*, atualizado por Tânia da Silva Pereira, 24. ed., v. V: Direito de família, p. 7.

<sup>7</sup> Conforme Caio Mário da Silva Pereira, atualizado por sua filha, Tânia da Silva Pereira, referindo-se ao vocábulo Família, “A pluralidade semântica, que é ocorrência normal em todos os ramos da ciência jurídica, como já assinalei especialmente no volume V de minhas Instituições de Direito Civil, dedicado precisamente ao Direito de Família, se faz sentir de maneira marcante. O jurista se defronta com o vocábulo ‘família’ nos mais variados sentidos, e na abrangência de variados conceitos. Na verdade, como profissional, como professor e como doutrinador, tenho estudado a instituição da família sob os mais variados aspectos” (*Direito civil – alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 167.).

tanto a união de fato entre o homem e mulher, quanto a própria monoparentalidade, circunstâncias da vida que não podiam ser desconsideradas pela sociedade e pelo constituinte, com vistas ao reconhecimento de direitos decorrentes de tais opções de vida e, principalmente, em face dos aspectos humanitários a serem considerados.

Por conta da rotina de exceções em que a vida se constitui e seguindo a advertência de Eugen Ehrliche<sup>8</sup>, dirigida a que o fundamental no desenvolvimento do direito está na própria sociedade, devendo tais aspectos, ao lado da ética, serem levados em consideração pelo legislativo, preocupou-se o constituinte de 1988, no art. 226 e §§ da CF, em proteger a família de forma especial, admitindo a família desenho diverso do antes aceito e a ela se referindo como *entidade*.

A expressão, eufemismo, aliás, foi objeto de precedente crítica doutrinária, pois e segundo Semy Glanz, “[...] os parágrafos devem ser interpretados consoante o *caput*. Se este cuida da família, as diversas entidades dos parágrafos são também famílias”<sup>9</sup>, não se esquecendo o constituinte, outrossim, de reconhecer que “o planejamento familiar é livre decisão do casal” e atribuir ao Estado o dever de “propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”, bem como afirmar que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. “A norma constitucional compreende tanto a família fundada no casamento como a união de fato (art. 226, § 3º, na família) e a natural assente no fato da procriação (art. 226, § 4º) e adotiva, todas as situações comunitárias análogas à família matrimonializada do ponto de vista sociológico”<sup>10</sup>.

Efetivamente e a teor do quanto se vem considerando interdisciplinarmente, “A família é uma instituição central da vida moderna. A família está em tudo e em todo o lugar: há o ‘direito de família’, a ‘educação familiar’, o ‘planejamento familiar’, a ‘pastoral familiar’, a ‘terapia familiar’, a ‘agricultura familiar’, a ‘medicina de família’”, como indica Patrice Schuch<sup>11</sup>, com isto reconhecendo como a engenharia

<sup>8</sup> *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília, DF: UNB, 1986. Prefácio, p. 7.

<sup>9</sup> Apud Antônio Carlos Mathias Coltro. A Constituição Federal e a união estável entre homem e mulher. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LAZZARINI, Alexandre Alves (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 42 e ss.

<sup>10</sup> *A presunção absoluta e relativa no esforço comum para aquisição patrimonial na união estável*. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/200.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/200.pdf)>.

<sup>11</sup> *Família no plural: considerações antropológicas sobre família e parentesco (à luz de seus confrontos de significados num órgão de justiça juvenil)*. Disponível em: <[http://www.pim.saude.rs.gov.br/a\\_PIM/noticias/987/PatriceSchuch.pdf](http://www.pim.saude.rs.gov.br/a_PIM/noticias/987/PatriceSchuch.pdf)>.

do ente familiar vem alcançando circunstâncias várias no cenário antropológico, indubitavelmente envolvido com a circunstância sociológica.

Segundo referido por Cynthia A. Sarti, e apesar da dificuldade de antropologia romper com a identidade da família como “[...] a unidade biológica marido-mulher e filhos”<sup>12</sup>, acrescenta:

Foi Lévi Strauss, com *As estruturas elementares do parentesco*, quem deu o passo decisivo para a desnaturalização da família ao retirar da família biológica o foco principal e voltar sua atenção para o sistema de parentesco como um todo. A família passou a ser vista como a atualização de um sistema mais amplo, através da reformulação do ‘átomo do parentesco’, ou seja, a unidade mínima do parentesco que até então era identificada com a unidade biológica (pai, mãe e filhos). Dissociar o átomo do parentesco da unidade biológica, como fez Lévi-Strauss, representou uma verdadeira inflexão nos estudos de parentesco ao instituir os laços de parentesco como um fato social e não natural. Segundo Lévi-Strauss, o átomo do parentesco inclui não apenas os laços de consanguinidade e de descendência (os laços ‘de sangue’), mas, também, os laços de aliança, o que implica não apenas uma unidade família, mas duas que se comunicam através do casamento.<sup>13</sup>

A partir de Strauss ingressa a família na cultura, e a sua razão de ser está na natureza social que possui, e não na biológica do ser humano, retomando, assim:

[...] a formulação de um evolucionista do século XIX, para quem os grupos humanos se defrontaram com a seguinte questão: casar fora ou ser morto fora. A aliança, através do casamento, constituiu a forma de evitar o confronto entre grupos. Seguindo as trilhas abertas por Macel Mauss, Lévi-Strauss argumentou, então, que esta aliança é possibilitada pelo princípio da troca e da reciprocidade que, para ele, é constitutivo das relações familiares<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Família e individualidade: um problema moderno. In: FALCÃO, Maria do Carmo. *A família contemporânea em debate*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 40.

<sup>13</sup> Família..., cit., p. 41.

<sup>14</sup> Família..., ref., p. 41.

O casamento é uma tarefa para grandes homens e grandes mulheres; não é para gente pequena, imatura, egoísta, que ainda não cresceu. É uma missão para aqueles que sabem “conquistar a mesma pessoa todos os dias”. (Prof. Felipe de Aquino).

2. Deve-se considerar que a família antecedeu ao casamento, criação humana, sendo aquela um fato natural, denominada por Eça de Queiroz “esponsal natural das almas”<sup>15</sup>, afirmando-a Sá Pereira como “[...] fato natural. Não a cria o homem, mas a natureza”<sup>16</sup>.

Como “[...] fenômeno natural, ela antecede necessariamente ao casamento, que é um fenômeno legal, e também por ser um fenômeno natural é que ela excede à moldura em que o legislador a enquadra”<sup>17</sup>, tanto em relação ao casamento quanto à união estável e, atualmente, à família monoparental – acrescenta-se –, sem desconsiderar – que o STJ considerou-a caracterizada, em hipótese inerente ao bem de família e ocupado por *uma única pessoa*, em determinada hipótese<sup>18</sup>.

Novamente invocando Virgílio de Sá Pereira:

A natureza não conhece o casamento (e nem as outras formas pelas quais o direito a reconhece como instituída, acrescenta-se), só conhece a família. Há convenções sociais a que devemos o mais religioso respeito e o casamento é uma delas. Ele pode ser encarado como união natural, como sacramento e como contrato. Em tese, cada uma dessas concepções repele as outras. Daí a dificuldade de defini-lo, no que ingloriamente teimam os autores, por quererem compreender na definição todos esses aspectos irredutíveis.

<sup>15</sup> Apud Edgard de Moura Bittencourt, *Concubinato*, 1980, p. 4, n° 5.

<sup>16</sup> PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 51.

<sup>17</sup> PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 51.

<sup>18</sup> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1 – O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência.

2 – Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 205.170/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/1999, DJ 07/02/2000, p. 173)

Entre os romanos<sup>20</sup>, os descendentes, a mulher, os libertados, os escravos e os bens de qualquer natureza e que se achassem subordinados ao *pater familias* eram considerados, em dado momento, como integrando a *familia*, refletindo ela, depois, o organismo composto pelas pessoas sujeitas ao pátrio poder do *pater familiae*.

De acordo com Jean-Luis Flandrin<sup>21</sup>, a consulta a escritos ingleses e franceses refere que, entre os séculos XVI e XVII:

[...] o conceito de família estava dividido entre a idéia de residência comum e a idéia de parentesco que se encontram unidas na definição que é hoje a mais corrente. A palavra evocava de fato, com muito mais freqüência, um conjunto de parentes que não moravam juntos; e designava também frequentemente um conjunto de pessoas que coabitavam e que não estavam necessariamente ligadas pelo sangue ou pelo casamento. A **idéia de coabitação** era a enunciada em primeiro lugar nos antigos dicionários ingleses. Assim, o de Samuel Johnson (1755) dá-nos como primeiro significado de **Family**, o compreensivo dos <... que vivem na mesma casa>; e, como sinônimo, **household**. Abel Boyer, na primeira edição do seu **Dictionnaire royal françoys et anglois**, entendia por “família”: <Todos aqueles que vivem numa mesma casa, sob um mesmo chefe>, e dava como equivalentes **family** e **household**. Também Cotgrave, em 1763, traduzia “família” por **A family or household**; e **Family** por “Família, gente da casa”, acrescentando a seguir outros sinônimos correspondentes a outros sentidos da palavra. Nenhum destes dicionários reduzia a família àqueles que, dentro da casa, estão ligados por parentesco. E o uso confirma que os criados e outros “familiares” faziam parte dela. Assim, Samuel Pepys escrevia, em 1660, no princípio do seu célebre diário íntimo: “I lived in Axe Yard, having may life, and servant Jane, and no

<sup>20</sup> Adverte ARTURO CARLO JEMOLO ser difícil, no Direito Romano, a distinção entre matrimônio e concubinato. “Principalmente, durante o império, veio, o concubinato, a tomar várias regras próprias do matrimônio, pela difusão e a função social que chegou a adquirir” (in: El matrimonio, p. 5-10, 1954) (Sentença do Juiz Mohamed Amaro, *Revista Forense*, v. 270, p. 252-276).

<sup>21</sup> *Familias* – parentesco, casa e sexualidade na sociedade antiga. 1992 p.12-13.

more in family than us three” (Vivi em Axe Yard com a minha mulher, a criada Jane, e mais ninguém de família além de nós três).<sup>22</sup>

O sentido, de:

[...] gente da casa, particularmente comum em inglês, encontrava-se também no francês dos séculos XVII e XVIII. É ele que surge à cabeça da entrada ‘família’ na primeira edição do *Dictionnaire de L’Académie*, em 1694: <Todas as pessoas que vivem numa mesma casa, sob um mesmo chefe>. E, já em 1690, Furetière precisara que, neste sentido, a palavra “Família” significa “a gente da casa, composta por um chefe e os seus criados, sejam esposa, filhos ou servidores”. Esta definição foi retomada em todas as edições posteriores do seu dicionário, e em todas do *Dictionnaire de Trévoux*, de 1704 a 1771.

Assim, enquanto em determinado momento histórico a família tem significado mais amplo em sua característica orgânica, em outro ele se torna mais restrito, alcançando somente os vinculados pelo parentesco.

Comentando *A evolução histórica e legislativa da família*, observa Luciano Silva Barreto:

Em tempos longínquos, o sacramento matrimonial era a única alternativa de se dar início a uma família e era indissolúvel, tornando esta entidade severa e sem vínculos de afeto. O austero modelo, conservador e patriarcal, foi calamitoso e deu origem a prolixações de uniões extramatrimoniais, abalando a estrutura familiar daquela época. Assim, a família atual é caracterizada pela diversidade, justificada pela incessante busca pelo afeto e felicidade.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Segundo o Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa de José Pedro Machado, a palavra **família** entrou na nossa língua, no século XVI por via culta, através do latim ‘familia’, que significava «o conjunto dos escravos da casa; todas as pessoas ligadas a qualquer grande personalidade; casa de família». Cf. em: <<https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/a-etimologia-da-palavra-familia/15348>>.

Consoante [t.br/origem-das-palavras/etimologia-de-familia/](http://t.br/origem-das-palavras/etimologia-de-familia/), o vocábulo **Família** tem origem no latim **FAMILIA**, e significava “grupo doméstico” ou o conjunto das propriedades de alguém, isso incluía os escravos e os servos. Família deriva de **FAMULUS** ou **FAMULI** no plural, e significava “Servo ou escravo doméstico”.

<sup>23</sup> Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13 – 10 Anos do Código Civil – v. I: Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos.



Assinala, contudo: “Na antiguidade, merecia destaque a falta de afeto entre os membros da família, que se unia com o propósito de conservação dos bens, a prática comum de um ofício e nos casos de crises, a preservação da honra e das vidas”, sem que se deixe, ainda, de ter em conta o fato da desigualdade existente no tocante aos filhos, na referência de Fustel de Coulanges, em seu livro *A cidade antiga*, invocado também por Luciano Silva Barreto, no mesmo local, onde aponta, ademais, que, posteriormente ao período já citado, “[...] um novo conceito de família formou-se, não unicamente embasada no casamento imposto pela Igreja, mas pelo elo do afeto, nascendo a família moderna”.

Se hoje o afeto tem a dimensão por todos reconhecida, relativamente aos componentes do grupo familiar, nota-se diversamente ter ocorrido na antiguidade, tanto que, conforme Silva Barreto, ainda, “Quanto aos filhos, quando crianças, não viviam, considerando que tão logo adquirissem porte físico para trabalhar, misturavam-se aos adultos e partilhavam os afazeres domésticos”<sup>24</sup>, o que, indubitavelmente, incorre, hoje, tanto pelo relevo dado ao afeto, como pelo próprio sentido que a família passou a ter, o mesmo ocorrendo quanto ao sentido que possui e a importância que disto advém no dia a dia da sociedade atual.

Quanto ao CC de 1916, não é difícil constatar a importância dada aos aspectos patrimoniais, ao contrário do que ocorreu quanto ao direito de família, conservador, e que desconsiderou circunstâncias que poderiam ter sido mais bem respeitadas, como, por exemplo, e dentre outras, a do concubinato.

Interessante, aqui, referir Luiz Edson Fachin, apontando que o ter possuía destaque maior que o *ser*<sup>25</sup>, importando aludir à distinção existente no tocante à filiação, em que se consideravam os legítimos e ilegítimos, afora os naturais e os adotivos, sem esquecer a exclusão dos adotados da relação sucessória, se tivesse o adotante filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, em odiosa, descabida e desumana restrição, merecendo alusão, ademais, a situação imposta às mulheres casadas, alterada apenas a partir do Estatuto a elas dedicado e onde necessárias e apropriadas alterações foram promovidas, em adequado respeito à sua dignidade, como seres humanos.

Como corolário, na moldura social e legislativamente considerada, como no âmbito do Direito Constitucional brasileiro, desde o início considerou-se como família apenas o grupo resultante do matrimônio,

<sup>24</sup> Evolução..., ref.

<sup>25</sup> *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 298.

sem alusão a circunstância outra e que pudesse inserir-se no conteúdo do ente familiar.

“Eu vejo a vida melhor no futuro  
 Eu vejo isso por cima de um muro  
 De hipocrisia que insiste em nos rodear  
 Eu vejo a vida mais clara e farta  
 Repleta de toda satisfação  
 Que se tem direito do firmamento ao chão  
 Eu quero crer no amor numa boa  
 Que isso valha pra qualquer pessoa  
 Que realizar a força que tem uma paixão  
 Eu vejo um novo começo de era  
 De gente fina, elegante e sincera  
 Com habilidade  
 Pra dizer mais sim do que não, não, não...”  
 (Lulu Santos)

3. Quanto à união de fato<sup>26</sup> entre um homem e uma mulher, antes de 1988 tratada no Brasil como concubinato, tem-se notícia de sua existência desde período longo<sup>27</sup>, estando a própria história grega, conforme Adahyl Lourenço Dias<sup>28</sup>, “[...] crivada de concubinatos célebres”, vindo notícia do Egito, sem desmentido histórico, sobre a pirâmide de Miquerinos ter sido construída por Radopis, concubina no reinado de Amasis (600 a.C.).

Jean-Louis Flandrin, outrossim e referindo-se à *concubinagem*, comenta estar “[...] a história medieval [...] cheia dos seus feitos, prova de que vinham a desempenhar frequentemente um papel importante”<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> “[...] é de referir que o concubinato não apresentou, ao longo dos tempos, evolução gradativa. Ao reverso, ficou sujeito a forte movimento pendular, ora aceito, com algumas restrições, ora reprimado, além de se ajustar, é claro, também nas fases intermediárias entre esses dois extremos” (VISEU JÚNIOR, Júlio César. *O estatuto da relação concubinária*. In: BITTAR, Carlos A. (Coord. ). *O direito de família e a Constituição de 1988*. p. 137-151.).

<sup>27</sup> “Puede afirmarse que el concubinato ha existido siempre: precedendo al matrimonio, el los albores de la civilización; coexistindo después com el matrimonio, cuando este fué reglamentado, como una situación de hecho frente a una situación protegida por la ley, como una unión irregular en oposición a una regular, como la posesión frente a la propiedad” (ROGERS, Humberto Pinto. *El concubinato y sus efectos jurídicos*. Santiago: Nascimento, 1942. p. 3, no 1.).

<sup>28</sup> *A concubina no direito brasileiro*, 1975, p. 19.

<sup>29</sup> *Famílias – parentesco, casa e sexualidade na sociedade antiga*. Tradução de M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa, 1992. p. 193.

Relativamente ao casamento, aponta ser “[...] uma instituição social através da qual se ligavam as famílias da mesma condição social para se perpetuarem”, enquanto “[...] a concubinação era uma união pessoal, uma questão de amor, pelo menos da parte do homem”<sup>30</sup>, surgindo a união de fato como fruto da distorção do objetivo matrimonial, utilizado com fim outro e de interesse, que não o da união entre pessoas com base no elo afetivo, considerado o afeto, amor, bem querer ou expressão com igual significado, como o fundamento necessário a estabelecer-se o vínculo entre os que deliberem unir-se e constituir família, tanto que, no estágio atual do Direito, passaram tais aspectos a ser qualificados no âmbito das relações familiares, recomendando-se, a propósito e para os interessados, a leitura de *A afetividade no elemento jurídico*: princípio, regra ou valor a desencadear relações jurídicas de direito – *The affectivity in the legal element*: principle, rule, or trigger value legal relations of law, de Wilson Rodrigues Rosalin Júnior<sup>31</sup>.

Não se olvide, ademais e quanto à união informal, constatar-se, no início do Império Romano e na própria lenda de Rômulo e Remo, serem eles nascido de mulher solteira, ligada em concubinato a um pastor, sendo que a divisão em duas classes sociais – *patricios e plebeus* –, ocorrente por muitos anos entre os romanos, proibido o casamento entre os integrantes de uma com os da outra, acabou por tornar comum o concubinato, sem merecer desprezo público.

Se o termo *concubina* tinha inicialmente sentido pejorativo, passou a significar algo honroso e, conforme a *História da vida privada*, dirigida por Philipe Ariès e Georges Duby:

[...] a opinião acabou se tornando indulgente com as relações com uma concubina desde que fossem duradouras e exclusivas, como um casamento, e que somente a inferioridade social da mulher impedisse o homem de transformar a ligação em legítimas núpcias. Os juristas cerravam fileiras; para eles o concubinato constituía um estado de fato, porém honroso, que não rebaixava a mulher ao nível daquelas que se devia desprezar; o concubinato precisava também se parecer em tudo com o casamento; a concubina – no segundo e o único sentido honroso da palavra – devia ser livre

<sup>30</sup> Loc. cit.

<sup>31</sup> Disponível em: <<http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n2/7.pdf>>.

(pois as escravas não poderiam se casar) e a união devia ser monogâmica: era indispensável ter uma concubina sendo casado ou ter duas concubinas ao mesmo tempo.<sup>32</sup>

Segundo Ebert Chamoun<sup>33</sup>:

O direito romano conhecia outras uniões, além das *iustae nuptiae*. Eram o *contubernium*, ou união entre escravos, cujos efeitos jurídicos se restringiam a engendrar, no direito *justiniânico*, *um parentesco especial, a cognatio servilis*; o casamento realizado entre peregrinos, reconhecido pelo direito peregrino; o *matrimonium iuris gentium* ou *iniustum*, formado pela união entre romano e peregrino, entre peregrinos de cidades diferentes ou entre deditícios e que o *ius gentium* regulava; e, finalmente, o concubinato.

No tocante ao último, esclarece o citado autor caracterizar ele a união duradoura entre pessoas de sexos diferentes, sendo a mulher honesta e não ingênua, acrescentando, inclusive, ter Augusto regulamentado como estupro a relação extraconjugal com mulher honesta, sendo certo “[...] que no primeiro século do Império o concubinato era frequentíssimo, inclusive entre homens de grande moralidade, e não produza quaisquer efeitos jurídicos”.

No entanto:

[...] no Baixo Império torna-se o concubinato um casamento inferior, embora lícito. Com os imperadores cristãos começa a receber o reconhecimento jurídico. Distinguem eles os filhos nascidos de concubinato (*liberi naturales*), que se podem legitimar *per subsequens matrimonium* dos *vulgo quaesiti* ou *spuriti*, oriundos de uniões sexuais passageiras. Favorece-se, assim a transformação do concubinato em matrimônio através da legitimação dos filhos.

<sup>32</sup> V. 1: Do Império Romano ao Ano Mil, organizado por Paul Veyne, tradução de. Hildegard Feist, Cia. das Letras, 1990, p. 85.

<sup>33</sup> *Instituições de direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 171.

Anota Álvaro Villaça Azevedo, contudo, ser “[...] certo que os Imperadores Cristãos consideraram imoral o concubinato, tendo-o tolerado até que o Imperador Leão, o sábio (886 a 912 d.C.), definitivamente o aboliu (nov. 89,91)”<sup>34</sup>.

Com a *Lex Julia et Papia Pappaea de maritandis ordinibus* passou o *concubinatus* a receber incentivo, vindo Constantino, em 326 d.C. a situar a concubina e seus filhos em condição inferior.

Com Justiniano tal condição foi elevada, exigida a observância a requisitos similares aos do matrimônio e aplicadas as regras próprias aos impedimentos matrimoniais, inexistentes, todavia, como citado por Álvaro Villaça Azevedo, em sua obra sobre o assunto<sup>35</sup> – com apoio em Bonfante –, a *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*, residindo aí a única diferença quanto ao casamento, sendo a união concubinária uma espécie de casamento de categoria inferior, buscando afastar-se, de qualquer forma, conforme Paul Jörs e Wolfgang Kunkel<sup>36</sup>, o que fosse contrário aos bons costumes e que pudesse em tal situação se verificar.

Constata-se, com Michel Rouche e em relação ao período que vai do Império Romano ao ano Mil, na Alta Idade Média e entre os galo-romanos, que o contínuo concubinato com as escravas era grave óbice à indissolubilidade matrimonial<sup>37</sup>.

Nos séculos X-XI, e segundo Evelyne Patlagean, o filho havido por Romano I (de quem Constantino VII era genro), com uma concubina, vem a ser castrado<sup>38</sup>, de forma a evitar descendência concorrente.

Como advertido por Edgard de Moura Bittencourt, todavia:

[...] a união irregular [...] desponta como elemento de negação jurídica, a partir da instituição do casamento sob a forma legal, quando a Holanda a criou no século XVI e nos séculos posteriores acentuou-se a tendência de legislar-se sobre essa matéria. Anteriormente a essa conquista de institucionalização do matrimônio, as ligações a este não se apresentavam como problema: existia uma disciplina a respeito, tal como no Direito Romano, em que o concubinato era considerado casamento

<sup>34</sup> *Do concubinato ao casamento de fato*, 1986, p. 21.

<sup>35</sup> *Do concubinato ao casamento de fato*, 1986, p. 23.

<sup>36</sup> Apud Álvaro Villaça Azevedo, op. cit., p. 24.

<sup>37</sup> *História da vida privada*, vol. cit., p. 458.

<sup>38</sup> *História da vida privada*, vol. cit., p. 578.

inferior, de segundo grau, e como no regime das Ordenações Filipinas, em que a ligação extramatrimonial prolongada gerava direitos em favor da mulher<sup>39</sup>.

Como decorrência e ainda que possa ter sido regulada de forma diversa, a teor do momento histórico, a família de fato não esteve ausente da história dos povos, em razão do que e como frisado por José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, “[...] a relação de fato entra igualmente no âmbito do juridicamente relevante. A rigor não é essencial o nexa família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento. Isto significa, portanto, que casamento e família são realidades diversas”<sup>40</sup>, mas com aptidão à produção de efeitos jurídicos, sob pena de sancionamento indevido a uma de tais figuras (a união de fato), no tocante a que, entretanto e como menciona Romeu Simon, ainda que em relação ao Brasil colonial, “O Estado não combatia por que era ausente e omissa. A Igreja, em contrapartida, formalmente combatia, mas não podia confrontar, diretamente, com a desordem social reinante”<sup>41</sup>.

Em resultado do exposto, consoante Carlos Silveira Noronha:<sup>42</sup>

[...] a proteção que a ordem jurídica confere à família não se exaure, na atualidade, com as disposições legais pertinentes ao casamento civil, pois existem uniões extramatrimoniais que vêm merecendo a atenção do Estado, especialmente no que diz respeito à prole delas resultante. A mais antiga relação extramatrimonial que a realidade social e histórica registra em todos os tempos é a que se identifica na figura do concubinato.

Na sequência, acrescenta o já citado Romeu Simon, no local antes referido:

<sup>39</sup> Ob. ref., p. 1, nº 1.

<sup>40</sup> *Direito de família* – direito matrimonial, 1990, p. 89.

<sup>41</sup> *A evolução histórica das uniões informais e do conceito de família*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/520/A-evolucao-historica-das-unioes-informais-e-do-conceito-de-familia>>. Pub. 30.11.2001.

<sup>42</sup> Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica. *Ajuris*, v. 61, p. 313-334.

No Brasil republicano, a despeito do formalismo da legislação brasileira, tentou-se implantar o casamento civil a toda a população, o que levou, por contingência histórica, a considerar-se até o casamento só religioso como concubinato. O que ocorreu foi a não aceitação desse casamento legalmente admitido como modelo necessário e único, com o costume se sobrepondo diante e contra a imposição da lei, uma vez que as pessoas continuavam se casando, por tradição, somente no religioso.

De sua parte Eduardo Espínola já observara existir uma família ilegítima, “[...] à qual a lei, entretanto, por considerações de responsabilidade pessoal e de ordem moral e social consagra regras de proteção e amparo, principalmente quanto à mulher e aos filhos”, lembrando o sempre lembrado Ministro de nosso STF, que, em 1805:

[...] o antigo juiz do Tribunal de Chateau Thierry, o célebre presidente Magnaud, le bon juge, como se tornou conhecido, formulou um projeto de lei, associando o amor ao casamento e determinando que a união livre fosse reconhecida dignamente e registrada pelo oficial do estado civil, de sorte que viesse a constituir uma fonte de direitos de família, principalmente em relação aos filhos.<sup>43</sup>

Portanto, e sem olvidar a família como *base da sociedade*, foi o constituinte obrigado a admitir a verdadeira inflexão quanto ao sentido a ela atribuído, afirmando-o como compreensivo do casamento, mas sem excluir que ela também envolve a união de fato, nominando-a como *união estável* e admitindo, pois, haver o ente familiar alcançado uma moldura plural, afastado o conteúdo singular que até então lhe era outorgado, e ainda que assim agindo, não teve o constituinte como arredar a de inserção, nesse novo conceito, do ente *monoparental*, integrado por um dos pais e seus descendentes.

Claro, assim, ter-se dado nova conformação ao sentido da família, que passou, desde a CF de 1988, a admitir diversidade de maneiras para a sua origem e constituição, disto advindo inevitáveis consequências jurídicas, sob o aspecto pessoal e patrimonial.

<sup>43</sup> A família no direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Conquista, 1957. p. 52-53.

Todavia, e ainda que assim se comportando o constituinte, não considerou a inclusão, nesse modelo, de outras figuras que a realidade pudesse apresentar e que poderiam e deveriam ter sido levadas em conta quando da redação da Carta Maior, para reconhecimento e proteção de direitos, podendo ser citada, como exemplo, o da família *extensa* ou *ampliada* e que acabou por ser objeto de previsão no parágrafo único do art. 25, do ECA, definindo-a como a que se estende para além da unidade integrada por pais e filhos ou a representada por um casal e constituída por parentes próximos, com os quais a criança ou adolescente conviva e tenha afinidade e afetividade.

Não bastasse isso e naquilo a que realidade, a que a sociedade e o direito, – aliás a vida –, se vêm submetidos, precisou o legislador do Código Civil de 2002 olhar para o fato de que os filhos podem advir não só da filiação biológica e adotiva, mas também de outra *origem*, como previsto em seu art. 1.593<sup>44</sup>, de *magnífica redação*, ao aludir às maneiras pelas quais o parentesco ocorre e acrescentando (aqui a novidade), a citada expressão, circunstância que, de maneira clara e inafastável permitiu ao intérprete ter em conta a entidade familiar em que estão os *filhos de criação*<sup>45</sup>, além de ser possível dar relevo à *socioafetividade* como circunstância qualificada para o exame de questões inerentes ao vínculo familiar, prestando-se o vocábulo<sup>46</sup>, inclusive, a indicar a

<sup>44</sup> Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

<sup>45</sup> Como escrito por José Carlos Teixeira Giorgis, em comentário à posse do estado de filho, em que se “[...] observa o princípio da aparência, oriunda do exercício das faculdades inerentes à linhagem, sustentada pela convicção de publicidade. O fato é bastante comum, bastando referir os filhos de criação, onde, mesmo ausente algum elo biológico ou jurídico, os pais abrigam criam, sustentam e educam a criança ou adolescente, destinando-lhes carinho e amor, mesmo sem buscar a adoção” (*A paternidade fragmentada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 77, n. 5.7.).

<sup>46</sup> Conforme José Carlos Teixeira Giorgis, a paternidade socioafetiva “[...] se constitui em ato de opção fundado no afeto, e que teve origem jurisprudencial na denominada adoção à brasileira” (*A paternidade fragmentada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 77, n. 5.7.).

Ademais e como já decidido, “O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. – O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva 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 sócio-afetivo. 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. Recurso conhecido e provido”. (REsp 878.941/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007)

Ainda: “Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias



relevância que a circunstância afetiva e sentimental possui. Afinal, “A verdadeira família é aquela unida pelo espírito e não pelo sangue”<sup>47</sup>.

Por isso mesmo adverte Marcos Emanuel Andrade Silva:

[...] Desconsiderar a verdade socioafetiva é uma ficção; estando esta caracterizada, não há como voltar atrás. Observa-se que a discussão sempre estará associada ao bem estar do filho. Se assim não acontecer, estará o operador do direito retirando do maior interessado desse impasse, o direito que tem de se sentir filho, de pertencer a uma família, de assumir uma identidade no meio em que vive [...]<sup>48</sup>,

podendo, perfeitamente, inserir-se a espécie no que dispõe o art. 1.593, *supra*, pois muitas vezes a afetividade entre a pessoa e aqueles que a criaram acaba por estabelecer vínculo sentimental efetivo e eficiente para ensejar efeitos jurídicos e sentimentais-pessoais, independente de qualquer formalidade contida na legislação, bastando o fato e sua comprovação, para que assim se afirme.

---

recompostas. Melhor interesse da criança. [...] – O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (Direito da criança e do adolescente - uma proposta interdisciplinar – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 735). – O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados. – Sob essa perspectiva, o cuidado, na lição de Leonardo Boff, “representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, definha, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana” (apud Pereira, Tânia da Silva. Op. cit. p. 58). [...] (REsp 1106637/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 01/07/2010).

<sup>47</sup> Luiz Gasparetto.

<sup>48</sup> *Relações socioafetivas*. Disponível em: <www.direitonet.com.br>.

Afinal e quanto a isso, cumpre realçar, com Silvio de Macedo, que:

O amor, que tem função afetiva, atrativa, e também cognitiva, compreensiva, é valor social, jurídico, aglutinando os demais valores na formação de uma nova realidade mais rica de significados, tendo um lado experimental e um lado formado por um halo de mistério e transcendentalidade. Pode ser buscado e encontrado na convivência humana, portanto no contexto conflitivo-social onde se realiza. Sendo a pessoa um sistema aberto, que se comunica e se aperfeiçoa, isso só é possível na comunidade, diante do próximo, cumprimento de uma lei, e não no processo de autismo ou alienação. A estrutura do ser humano é de natureza coexistencial. O ser depende do outro ser. Assim, a ‘agápe’ (forma mais elevada do amor = amor sacrificial, doação) é de natureza heterônoma. Situando-se portanto no plano social, concreto, das ações efetivas. A coexistência humana só evolui pelo amor e se revela em diversos graus, nas formas cada vez mais ricas: a atenção, o cuidado, a dedicação, a compreensão, a paciência, a amizade, o amor.<sup>49</sup>

Prosseguindo, e após citar Recaséns Siches, manifesta esse autor seu ponto de vista, sob o título *Do amor como Valor Jurídico*:

O amor é um valor vital, estético, metafísico, ético, social, jurídico como consequência. O sistema jurídico, aberto, permite certa permeabilidade do amor. Daí se caracterizar também como valor jurídico. Se o amor pode sacudir as estruturas sociais e estas só mantém estabilidade pelo direito, então amor e direito se aglutinam no sistema jurídico, formando o valor jurídico.<sup>50</sup>

Aliás, e em coletânea destinada à consideração do *cuidado* como *valor jurídico*, cujo sétimo volume foi recentemente publicado, o anterior, editado em 2016, teve em consideração justamente a *afetividade*, pela relevância que possui.

<sup>49</sup> *Curso de axiologia jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 92-93, n. 4.28.

<sup>50</sup> *Curso de axiologia...*, cit., p. 92-94, n. 4.28.

De se considerar, ademais, e quanto ao valor social do amor e conforme também Silvio de Macedo, que:

[...] além de ser um valor ético, sagrado, e um valor metafísico, é também um valor social: no sentido em que ele aglutina os demais valores para a formação de uma realidade afetiva, apresentando um lado experimental ao lado do seu possível halo de mistério e transcendentalidade, podendo ser buscado e encontrado na convivência humana, portanto num contexto conflitivo bastante evidente e de realização.<sup>51</sup>

Por fim e após acentuar ter sido talvez e apenas São Tomás de Aquino a admitir “[...] o amor em nível gnoseológico”, aponta como o item de número 9 das conclusões a que chega, o fato de que:

[...] O amor (valor afetivo, emocional) alimenta a estabilidade (valor jurídico). Ingressando o amor no sistema jurídico aberto, constitui um valor jurídico específico. Sacudindo as estruturas sociais estagnadas, o amor ajuda a renovar o sistema jurídico, gerando assim uma espécie de valor jurídico.<sup>52</sup>

Ainda e conforme Gofredo Telles Júnior:

[...] Em verdade, o amor constitui, no imo da consciência de legisladores e intérpretes, a matriz silenciosa, o submerso manancial, a inspiração geradora da Disciplina da Convivência. É a origem mais pura, mais profunda da legislação: a causa das suas causas. É a fonte natural do Direito.<sup>53</sup>

Embora a legislação concernente ao direito de família não refira o *amor* ou o *afeto* como necessário à validade dos institutos e relações sobre as quais dispõe, enuncia o CC, no seu art. 1.511, estabelecer o

---

<sup>51</sup> *Curso de filosofia social*. 2. ed. Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1977. p. 46, n. 3.5.1.

<sup>52</sup> *Op. cit.*, p. 94, n. 4.29.

<sup>53</sup> O primeiro mandamento. In: TELLES JÚNIOR, Godofredo. *Estudos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 7.

*casamento comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, enquanto e conforme o art. 1.565, caput, os integrantes do casal, assumem, mutuamente, a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.*

Reconhece o art. 1.723, por outro lado e *como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*, referindo o ECA, por sua vez, a necessidade de existir afeto entre adotante(s) e adotado(s), podendo-se extrair como lógica conclusão a dirigida a que, embora não usando de forma expressa a palavra amor ou outra que possa tanto significar, considerou o legislador, seja no referente às relações pessoais, seja no tocante às pertinentes aos pais e filhos, biológicos (cf. a respeito o disposto na legislação aplicável)<sup>54</sup> ou não, a sua existência, como forma de reforço às relações entre os envolvidos em situações tais, inclusive por elas produzirem efeitos jurídicos pessoais e mesmo patrimoniais de amplo aspecto e que devem ter fundamentos sociais e psicológicos robustos.

Por isso mesmo e referindo-se à CF de 1986 e a perspectiva por ela instituída com a abertura no tocante ao conceito de família, acentua Luciano Silva Barreto:

Diante deste novo aspecto, o modelo de família tradicional passou a ser mais uma forma de constituir um núcleo familiar que, em consonância com o artigo 226, torna-se uma comunidade fundada na igualdade e no afeto. Esta nova estrutura foi propiciada pela Constituição Federal de 1988, que trouxe nova base jurídica para auferir o respeito aos princípios constitucionais, tais com a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Esses princípios também foram transportados para a seara do Direito de Família e a partir deles foi transformado para o conceito de família, que passou a ser considerada uma união pelo amor recíproco.<sup>55</sup>

De modo que o preâmbulo da CF, já referido, quando alude à liberdade, ao “bem-estar, igualdade e justiça como valores supremos

<sup>54</sup> Além de outras disposições, já referidas no texto do artigo, podem ser citados os arts. 1.566, 1.583 e segs., 1.596 e segs., 1.618 e segs., 1.630 e segs., 1.724, 1.726, dentre outros, que, de uma maneira ou de outra, têm razão de ser no vínculo afetivo entre os que dizem respeito tais regras.

<sup>55</sup> Evolução. Histórica..., cit., p. 211.

de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e tendo como alicerces a cidadania e a dignidade da pessoa humana”, acabou por impor ao judiciário, mesmo sem expresse regramento em casos específicos a, no verdadeiro laboratório em que se constitui e tendo em conta a realidade de que a vida ultrapassa o direito, realizar o exame de circunstâncias imprevisas legislativamente, mas cuja consideração seja necessária, com fundamento em princípios jurídicos maiores, um dos quais e que merece sempre relevo, o da *dignidade da pessoa humana*.

Por isso mesmo e ao receber pleito dirigido ao exame sobre a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, o STF afirmou o que consta na ementa que segue:

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. (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212).

Teve em conta a Suprema Corte, então, que:

[...] 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 cos-

tumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969.

Na esteira desse julgamento e examinando a possibilidade do *casamento entre pessoas do mesmo sexo*, não destoou o STJ, afirmando, no quanto de interesse:

Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o **casamento entre pessoas do mesmo sexo**, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao **casamento** homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar (REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012).

Disso advém, como lógico e nessa hipótese ter-se como incidentes os enunciados dos arts. 1.511 e 1.565, já aludidos.

Sem divergência, ademais, admitiu o mesmo Superior Tribunal de Justiça a *adoção por pessoas do mesmo sexo*:

Direito civil. Família. Adoção de menores por casal homossexual. Situação já consolidada. Estabilidade da família. Presença de fortes vínculos afetivos entre os menores e a requerente. Imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores. Relatório da assistente social favorável ao pedido. Reais vantagens para os adotandos. Artigos 1º da lei 12.010/09 e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Deferimento da medida. Recurso especial improvido. (Resp 889.852/RS, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta turma, julgado em 27/04/2010, dje 10/08/2010).

Afora isso e na linha de abertura quanto à família e os princípios e normas jurídicos, admitiu o judiciário gaúcho a aplicação do instituto da *putatividade*, previsto para o casamento, relativamente à união estável:

**Ementa:** Apelação cível. União estável putativa. Partilha de bens. Majoração de alimentos. Apelação Autora Reconhecimento da união A confissão da apelante de que ficou sabendo somente “no processo” que o apelado estava em processo de separação com a esposa do Tocantins, as idas e vindas do réu, a distância entre os estados da federação e o processo de separação do casamento; corroboram a tese de que a apelante não sabia que o réu era casado, vivendo uma “união estável putativa”, a qual, em analogia ao “casamento putativo”, deve receber as consequências jurídicas similares às da união estável. Precedentes jurisprudenciais. Partilha de bens. Não vindo prova da propriedade imobiliária adquirida no curso da união, viável a partilha somente dos direitos decorrentes de contrato particular de compra e venda de imóvel. Parcialmente provido o recurso no ponto. Alimentos à filha do casal O valor dos alimentos em dois salários mínimos é adequado, pois não se sabe exatamente qual é a possibilidade econômica do alimentante, bem como se trata de valor razoável, em face das necessidades normais de uma menina de 10 anos. Desprovido no ponto. APELAÇÃO RÉU – Alimentos Considerando que o Apelante pagou à Alimentanda o valor equivalente a 02 (dois) salários mínimos desde que foram fixados provisoriamente nos autos, e os sinais da sua riqueza apontam ter condições de suportar tal importância, não há razão para reduzir o valor arbitrado na sentença. Logo, deve ser confirmada a sentença relativamente à pensão alimentícia de 02 salários mínimos. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA AUTORA E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DO RÉU. (Apelação Cível Nº 70060165057, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/10/2014).

**Ementa:** Apelação cível. União estável. Casamento. Separação fática. Boa fé. União estável putativa. 1. A apelada alegou ter vivido em união estável com o falecido por cerca de 19 anos, residindo com ela sob o mesmo teto em São Gabriel, e com ele teve duas filhas. De outro lado, as apelantes sustentam que ele se manteve casado até o óbito,

mantendo residência com a esposa em Passo Fundo. 2. Não ficou cabalmente demonstrado que, não obstante a vida profissional, social e familiar que o de cujus tinha em São Gabriel, ele tivesse mantido hígido e sem qualquer ruptura fática seu casamento. A prova por vezes se mostra dúbia e insuficiente, corroborando uma e outra das teses alegadas. 3. E, ainda que assim não fosse, diversamente do que sustentam as apelantes, o caso admite o reconhecimento da união estável putativa, autorizando que, excepcionalmente, à semelhança do casamento putativo, se admita a produção de efeitos à relação fática, pois a autora foi tomar conhecimento da condição de casado do falecido quando a segundo filha já contava 09 anos de idade, evidenciando sua boa-fé. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível N° 70060286556, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 25/09/2014).

No STJ, idêntica solução se adotou:

Agravo em recurso especial n° 404.954-RJ (2013/0326319-0). Relator: MINISTRO SÉRGIO KUKINA. Agravante: Rioprevidência - Fundo único de previdência social do estado do Rio de Janeiro. Decisão. Trata-se de agravo manejado contra decisão que não admitiu recurso especial, este interposto com fundamento no art. 105, III, a, da CF, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

Apelação cível ação de reconhecimento de união estável provas oral e documental que atestam a convivência contínua, duradoura e pública do ex-servidor com as duas mulheres, uma das quais, a autora, foi com ele casada, advindo-lhes dois filhos comuns. Conviventes de boa fé, ambas acreditando que constituíam a única célula familiar do ex-servidor, demonstrando desconhecer a existência uma da outra no papel de companheira. Evidenciada a existência das uniões concomitantes que, consoante as características apresentadas nestes autos, afastam a semelhança com o concubinato



impuro. Relacionamento único, estável, duradouro e que preencheu os requisitos legais por mais de cinco anos. Configurada a união estável putativa. Recurso parcialmente provido.

Nota-se, portanto, ter sido o judiciário conduzido a dirigir o olhar a uma nova direção, em sua missão interpretativa da CF e da legislação, por conta do que de novo ocorreu na sociedade e a maneira de agir dos cidadãos, ensejando uma alteração visceral quanto ao entendimento jurisprudencial sobre as questões enunciadas, daí resultando um novo pensamento doutrinário sobre a forma de enxergar a família e as várias circunstâncias a ela inerentes.

De um significado restrito quanto ao sentido da *família*, tiveram tanto o legislador quanto o judiciário de aceitar a necessidade de admiti-la não em moldura redutora, mas de forma ampla e a permitir a pluralidade quanto ao seu feitio e circunstâncias, sem interferir, contudo, na significação que ela tem como instituição, sob o aspecto sóciopsicológico e antropológico, bem como o ético.

Pode-se afirmar, com Jamile Saraty Malveira, que:

[...] O conceito de família atravessou os séculos inventando história, mudando situações, destruindo antigos paradigmas, encarnando um papel de verdadeira 'metamorfose ambulante', corroborada por mudanças comportamentais consistentes. Também pudera, confunde-se com a própria existência do homem e, por isso, ditas as regras da sociedade. De forma didática é possível traçar um paralelo entre a concepção das famílias contemporâneas com o brinquedo Lego. Isto porque, em virtude do escopo precípua que ela carrega, qual seja, o de felicidade, surgiram várias formas de constituição da família com fito de atender às necessidades especiais de cada indivíduo. Assim, o conceito de família atualmente tem um único pressuposto que é o afeto, mas guarda uma infinidade de peças independentes que podem ser encaixadas ao bom alvitre dos sujeitos que fazem parte de um mesmo grupo familiar [...],

porquanto

[...] A construção de novos paradigmas sempre é estabelecida pelas mudanças sociais, o maior desafio é abarcar todas essas vertentes no plano jurídico, reconhecendo direitos garantindo a dignidade. O diálogo entre as disciplinas, nomeadamente entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, bem como os Direitos Humanos, é imprescindível, porém, a contribuição da história e da sociologia se faz importante para a construção do contexto social atual. Entretanto não é fácil agir sozinho. Uma iniciativa mais incisiva do Legislativo e do Executivo na aprovação e promulgação de leis que favoreçam a ordem e paz social já contribuiria para o abrandamento desta problemática. Sugere-se, portanto, uma ação conjunta dos três poderes na tentativa de se alcançar os instrumentos jurídicos das mudanças constantes da sociedade contemporânea.<sup>56</sup>

Sem permitir o olvido quanto a tal e também percebendo que o amor pode se dar entre pessoas do mesmo sexo, a sociedade e o judiciário acabaram reconhecendo situação que tal, seja para a união estável, seja para a adoção e, mais recentemente, para o casamento, conforme a pesquisa à jurisprudência permite inferir.

Não bastando o até aqui referido, deve-se assinalar que até a possibilidade de uniões amorosas paralelas já foi submetida ao pretório<sup>57</sup>.

Cite-se, quanto a isso, julgado do TJRS:

**Ementa:** Apelação cível. Reconhecimento de união estável paralela ao casamento e outra união estável. União dúplice. Possibilidade. Partilha de bens. Meação. “Triação”. Alimentos. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora e o réu em período concomitante ao seu casamento e, posteriormente, concomitante a uma segunda união estável que se iniciou após o término do casamento. Caso

<sup>56</sup> “A família lego”: as várias formas de constituição das famílias contemporâneas e os desafios enfrentados pelo direito brasileiro na construção de novos paradigmas. Consultado na internet em 22 ago. 2015, às 17h15.

<sup>57</sup> Cf. Rolf Madaleno, *Novos horizontes no direito de família*, Rio de Janeiro, Gen-Forense, 2010, p. 118 e ss.

em que se reconhece a união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em “triação”, pela duplicidade de uniões. O mesmo se verificando em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável. Eventual período em que o réu tiver se relacionado somente com a apelante, o patrimônio adquirido nesse período será partilhado à metade. Assentado o vínculo familiar e comprovado nos autos que durante a união o varão sustentava a apelante, restam demonstrados os pressupostos da obrigação alimentar, quais sejam, as necessidades de quem postula o pensionamento e as possibilidades de quem o supre. Caso em que se determina o pagamento de alimentos em favor da ex-companheira. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70022775605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 07/08/2008).

**Ementa:** Apelações cíveis. União dúplice. União estável. Prova. Meação. “Triação”. Sucessão. Prova do período de união e união dúplice. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante ao casamento do falecido. Reconhecimento de união dúplice paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO) Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de cujus. Meação que se transmuda em “triação”, pela duplicidade de vínculos familiares. Negaram provimento ao primeiro apelo e deram parcial provimento ao segundo. (segredo de justiça) (Apelação Cível Nº 70027512763, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 14/05/2009).

**Ementa:** Embargos infringentes. União estável paralela ao casamento. Reconhecimento. Ainda que o falecido não tenha se separado de fato e nem formalmente da esposa, existindo a convivência pública, contínua, duradoura e o objetivo de

constituir família com a companheira, há que se reconhecer a existência da união estável paralela ao casamento. O aparente óbice legal representado pelo § 1º do art. 1723 do Código Civil fica superado diante dos princípios fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, principalmente os da dignidade e da igualdade. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70020816831, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 14/09/2007).

Note-se, que, embora se possa suscitar questionamento no tocante às uniões paralelas, por conta dos inúmeros posicionamentos a tanto contrários, doutrina e jurisprudência já a admitiram, sendo que o TJMG disto não dissentiu (Ap. Cível n. 1.0017.05.016882-6/003, j. em 20.11.2008, rel. a desembargadora Maria Elza), o que, em princípio, faz com que se inclua a família resultante de tal origem nos limites que a partir de 1988 advieram da CF.

Parelho às uniões conforme as últimas mencionadas, outra forma também acabou se manifestando, consistente ela na vida em comum de um homem com mais que uma mulher, ou vice-versa.

Assim e conforme se constata na internet, “A união estável ‘poliafetiva’ lavrada no interior de São Paulo pela tabeliã Claudia do Nascimento Domingues entre um homem e duas mulheres trouxe à tona um debate que divide juristas e a sociedade. Num momento pós-união estável homossexual, já aceita pela Justiça, até onde vai o conceito de família no Brasil?”, como questionado por Jefferson Puff, da BBC Brasil, em São Paulo, em 28 de agosto, 2012 - 14:22 (Brasília) 17:22 GMT e “na visão da advogada e oficial do cartório de notas da cidade de Tupã, não há lei na Constituição brasileira que impeça mais de duas pessoas de viverem como uma família e a ausência da proibição abre caminho para um precedente”, conforme assinalado na mesma notícia, referindo-se o caso dela objeto a união entre um homem e duas mulheres.

Também no 15º Tabelionato de Notas do Rio de Janeiro, localizado na Barra da Tijuca, lavrou-se escritura com o mesmo objetivo, conforme a mesma notícia, em 22 de outubro de 2015<sup>58</sup>, tratando-se de união envolvendo três mulheres.

<sup>58</sup> Disponível em <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120828\\_uniao\\_poliafetiva\\_abre\\_jp.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120828_uniao_poliafetiva_abre_jp.shtml)>.

Dessarte, infere-se que ao menos no âmbito das serventias de notas, já se pode afirmar presente a hipótese de uniões referentes ao poliamor, em que há a participação de mais que duas pessoas, conforme as situações indicadas, ocorridas em São Paulo e no Rio de Janeiro:

Ao falarmos em família, entramos num vastíssimo campo de incidência de situações anormalizadas, que progressivamente vão aumentando na medida em que se tornam mais complexas as relações interindividuais, se dissipam os princípios éticos e morais de fidelidade e de união e crescem as dificuldades econômicas e de subsistência. (Arnaldo Rizzardo<sup>59</sup>)

4. Relativamente à *multiparentalidade*, foi objeto de consideração pelo STF, a partir do RE 898060, estabelecendo-se tese com o seguinte teor, que bem delimita a conceituação do em que consiste: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (Rel. Min. Luiz Fux).

Conforme Ricardo Calderon:

A tese é explícita em afirmar a possibilidade de cumulação de uma paternidade socioafetiva concomitantemente com uma paternidade biológica, mantendo-se ambas em determinado caso concreto, admitindo, com isso, a possibilidade da existência jurídica de dois pais.<sup>60</sup>

Prosseguindo, acentua, quanto à inteligência a ser dada ao tema:

[...] Resta consagrada a leitura jurídica da afetividade, tendo ela perfilado de forma expressa na manifestação de diversos Ministros. No julgamento da repercussão geral 622 houve ampla aceitação do reconhecimento jurídico da afetividade pelo

<sup>59</sup> *Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1.

<sup>60</sup> *Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>>.

colegiado, o que resta patente pela paternidade socioafetiva referendada na tese final aprovada. A afetividade inclusive foi citada expressamente como princípio na manifestação do Ministro Celso de Mello, na esteira do que defende ampla doutrina do direito de família. Não houve objeção alguma ao reconhecimento da socioafetividade pelos ministros, o que indica a sua tranquila assimilação naquele tribunal. [...]

Para o citado civilista, ademais:

[...] a necessidade da compreensão e de um tratamento jurídico escorreito da afetividade se impõe, conforme já sustentamos em obra sobre o tema. Cabe avançar nos contornos da afetividade a partir das balizas conferidas pelo direito brasileiro. Nesse sentido, a tese aprovada pelo Supremo Tribunal Federal parece, de alguma forma, contribuir para uma adequada significação jurídica da afetividade e dos seus consectários,

devendo ser realçado, consoante pontua:

[...] o reconhecimento da presença no cenário brasileiro de ambas as paternidades, socioafetiva e biológica, em condições de igualdade jurídica. Ou seja, ambas as modalidades de vínculo parental foram reconhecidas com o mesmo status, sem qualquer hierarquia apriorística (em abstrato). Esta equiparação é importante e se constitui em um grande avanço para o direito de família. A partir disso, não resta possível afirmar aprioristicamente que uma modalidade prevalece sobre a outra, de modo que apenas o caso concreto apontará a melhor solução para a situação fática que esteja em análise.

Como o quanto se vem aludindo respeita à condição da família no âmbito de nosso país, é de interesse a averiguação do que, em termos de novidade, possa estar ocorrendo no exterior, porquanto e no futuro, o mesmo poderá se dar no Brasil, alterando-se, fundamentalmente, o

conceito de família, em face de ser preciso, primeiro com fulcro em critério humanitário e também ante o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.

Sabemos o que somos, mas não sabemos o que poderemos ser.  
(Shakespeare)

5. Por primeiro cabe a menção à uniões envolvendo pessoa hermafrodita, situação que não é desconhecida do sistema jurídico alemão.

Com efeito e a teor do quanto noticiado pela BBC, em 20 de agosto de 2013<sup>61</sup>, “A partir de 1º de novembro, a Alemanha oferecerá aos pais três opções para registrar seus filhos: ‘masculino’, ‘feminino’ e ‘indefinido’”, constando na publicação o a seguir transcrito:

A nova lei foi aprovada em maio, mas seu teor só foi divulgado agora. Com isso, a Alemanha passa a ser o primeiro país europeu a oficializar o terceiro gênero.

Essa mudança é uma opção para pais de bebês hermafroditas, que nascem fisicamente com ambos os sexos.

A nova legislação abre a possibilidade de a criança, ao se tornar adulta, escolher posteriormente se prefere ser definida como homem ou mulher. Ou mesmo seguir com o sexo indefinido pelo resto da vida.

Questões indefinidas

Na Alemanha, alguns jornais disseram que a mudança é uma “revolução legal”. No entanto, a lei não prevê como a escolha do sexo indefinido é refletida em documentos como o passaporte, onde existe apenas escolha entre “M” e “F”. A revista alemã de direito familiar FamRZ sugere que a opção de sexo indefinido seja marcada com a letra “X”.

A nova lei é amparada em uma decisão do tribunal constitucional alemão que estabeleceu que pessoas que se sentem profundamente identificadas com um determinado gênero têm o direito de escolher seu sexo legalmente.

<sup>61</sup> Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130820\\_alemanha\\_terceiro-sexo\\_dg](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130820_alemanha_terceiro-sexo_dg)>.

Outro assunto ainda a ser definido é matrimônio. A lei alemã só permite atualmente casamentos entre homens e mulheres, o que não contempla pessoas de gêneros indefinidos.

Poucos países no mundo possuem legislações sobre terceiro sexo.

A Austrália aprovou uma lei há seis semanas, mas desde 2011 os australianos já têm o direito de identificar-se com o sexo “X” no passaporte. Na Nova Zelândia, isso é possível desde 2012.

O correspondente da BBC na Alemanha, Demian McGuinness, afirma que ainda há outros pontos em aberto. No caso de uma pessoa de sexo indefinido ser presa, em qual presídio ela seria detida?

O grupo de direitos de pessoas transgêneros Transgender Europe vê avanços na legislação alemã, mas reivindica mais mudanças.

“É [uma mudança] lógica, mas não é uma lei tão progressista como gostaríamos que fosse”, disse Richard Köhler, do Transgender Europe. Ele diz que a lei só contempla bebês que tiveram diagnóstico médico de hermafroditismo.

A entidade quer que as pessoas possam ter o direito de deixar a opção de gênero em branco, sem precisar se quer se declarar “indefinido”.

Não bastando, também segundo o quanto se refere na sequência:

Outros países que, surpreendentemente reconhecem o 3º gênero são **Índia** e **Nepal**. Um grupo indiano apresentou, em 2012, um recurso à Suprema Corte exigindo direitos iguais para as pessoas transgêneras no país. Entre os ativistas, estava um eunuco (homem que por alguma razão teve seus testículos e/ou pênis removidos) chamado Laxmi Narayan Tripathi, que se declarou pela primeira vez orgulhoso por ser indiano, em Nova Deli, em abril de 2014, quando a decisão foi anunciada.

Já no Nepal, que trouxe à questão à tona bem antes, em 2011, foi incluída no censo uma terceira opção para definição de sexo nas pesquisas. Depois do fim da monarquia em 2008, o país considerava crime relações sexuais entre pessoas do mesmo



sexo, então é surpreendentemente positiva essa notícia vinda de lá enquanto ainda temos tantos políticos brasileiros travando batalhas por questões mais simples que essa.

A questão é discutida há cerca de duas décadas, então ainda tem muito chão pela frente pra que esse tiro não saia pela culatra. Quando uma criança de sexo indefinido for pra escola, qual banheiro ela deve usar? O feminino ou o masculino? O terceiro banheiro ainda não está previsto em lei, então, amiguinhos, o buraco é mais embaixo (sem nenhuma conotação sexual dessa vez, tá?). Mas não podemos negar que esse é um grande passo! Com a identificação no documento garantida por lei, esses cidadãos tem acesso mais livre e sem constrangimento a serviços públicos e privados, como abrir conta em banco, fazer passaporte, comprar imóvel e, porque não, arranjar emprego? O reconhecimento do terceiro gênero é uma conquista e tanto da comunidade LGBT.

No Brasil, a ideia vem ganhando força entre estudiosos e ativistas do movimento LGBT. Há um projeto de lei dos deputados Jean Wyllys e Érika Kokay que propõe que toda pessoa possa desenvolver livremente sua identidade de gênero e que ela seja reconhecida em sua documentação pessoal. O texto está aguardando análise na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, ou seja, a gente tem que contar com o Feliciano.<sup>62</sup>

Nos Estados Unidos, um Tribunal do Oregon teve a oportunidade de sobre o tema se manifestar, conforme noticiado em <http://opiniao-noticia.com.br/internacional/tribunal-do-oregon-autoriza-identificacao-terceiro-genero/>, conforme aí noticiado e que também se pede licença para referir:

A juíza Amy Holmes Hehn, do estado americano de Oregon, concedeu uma petição a uma pessoa para que ela seja classificada com o gênero “não-binário”. A classificação é dada para aqueles que não

---

<sup>62</sup> Acesso na internet em 3 nov. 2017, sob o título “3º gênero já é reconhecido na Alemanha, Austrália e Índia”.

se identificam exclusivamente com o gênero masculino ou feminino. Para advogados e especialistas legais, a medida é um avanço importante para os americanos transgêneros enquanto os direitos civis e questões de identidade sexual ocupam o centro das atenções.

Kris Hayashi, diretor executivo do Centro de Advocacia Transgênero em Oakland, na Califórnia, descreveu a decisão como um “passo histórico para o reconhecimento governamental dos membros não-binários de nossa comunidade e para garantir que eles terão acesso a documentos de identidade que refletirão quem eles são, assim como qualquer pessoa”.

O requerente da nova designação de gênero é Jamie Shupe, um sargento aposentado do Exército dos Estados Unidos. Jamie, que prefere ser chamado apenas por seu primeiro nome, nasceu com a fisionomia masculina, mas em 2013, aos 49 anos, decidiu iniciar seu processo para mudar seu gênero para o feminino.

Após passar por tratamentos hormonais e se mudar de Pittsburgh - cidade que considerava hostil com a comunidade transgênero - para Portland, fez o requerimento para que pudesse ser reconhecido como não-binário.

As leis do estado de Oregon não proíbem a escolha de gênero masculino ou feminino. Por décadas, o processo legal para a mudança de sexo tem sido similar ao processo de mudança de nome, afirma o advogado Lake Perriguy, que representou Jamie.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> A judge in Oregon has granted a petition allowing a person to legally choose neither sex and be classified as nonbinary: an important development for transgender Americans while civil rights and sexual identity are in the national spotlight, advocates and legal experts said.

Though the petition was granted with little fanfare in a [two-paragraph decision](#) on Friday, the experts said that, to their knowledge, the ruling was the first of its kind in the country.

Kris Hayashi, executive director of the [Transgender Law Center](#) in Oakland, Calif., described the decision in an email as a “historic step” toward the government’s recognizing “nonbinary members of our community and ensuring they have access to identity documents that reflect who they are, just like everyone else.”

The petitioner seeking the new designation, Jamie Shupe of Portland, Ore., is a retired United States Army sergeant born with male anatomy who had successfully battled the military to be given discharge papers that reflected the female sex.

Advertisement

Continue reading the main story

Se o judiciário brasileiro ainda não se deparou com hipótese que tal, nada impede que, no futuro, os juízes a ela sejam apresentados, não sendo impossível, também, que a própria sociedade se movimente com vistas à regulamentação do tema, pelo poder a tanto competente, de forma a dar efetividade ao postulado igualitário e em respeito à dignidade humana.

Por isso, a referência a circunstância que tal, ao constatar o autor as notícias a respeito existentes na internet e a possibilidade de, no futuro e como já ocorrido em outros países, ver-se a cidadania brasileira frente à mesma circunstância, ser necessária sua consideração.

### Concluindo (por enquanto...)

“Não importa ao tempo o minuto que passa,  
mas o minuto que vem.”

(Machado de Assis)

Assim, e se a CF referiu o casamento, a união estável e a família monoparental como constitutivos da instituição familiar, a sociedade impôs alterações aos costumes que conduziram a situações outras e que demonstram ainda a existência de alternativas diversas, como reconhecido pela jurisprudência, doutrina e a própria legislação, sendo que no âmbito notarial também já se percebe, como visto, situações outras e também inseridas no feitio familiar, sem que, com isto, se afirme o fim da entidade a tanto correspondente ou que esteja ela em crise, ocorrendo, em verdade e na correta visão de Ney de Mello Almada,”[...] uma transição conceitual [...] que, de estabilizada por tradicionais moldes, entrou, nas derradeiras décadas, a experimentar trepidantes mutações.<sup>64,65</sup>

---

Jamie – who prefers to use only a first name and the pronouns “they” and “their,” instead of singular pronouns – underwent hormone treatments to transition to a woman. But ultimately, neither sex fit, Jamie said in an interview on Friday.

([https://www.nytimes.com/2016/06/14/us/oregon-nonbinary-transgender-sex-gender.html?emc=edit\\_th\\_20160614&nl=todayshadlines&nid=67219659&r=0](https://www.nytimes.com/2016/06/14/us/oregon-nonbinary-transgender-sex-gender.html?emc=edit_th_20160614&nl=todayshadlines&nid=67219659&r=0))

<sup>64</sup> O direito de família sob a ótica de quem julga. *Revista Literária de Direito*, ano I, n. 3, p. 9 e ss.

<sup>65</sup> “Una cosa es fomentar las uniones matrimoniales, privilegiando a la familia por vía de mecanismos institucionales y económicos idóneos para ello. Otra distinta desconsiderar situaciones como la que atendemos, invocando el rigor de normas morales exaltadas como axiomas intangibles. Tal absolutización de la norma moral importa más bien una permanencia de principios estoicos antes que crinianos. En el derecho natural cristiano la justicia es rectificadora por el amor” (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Daños derivados de la muerte del concubino o concubina. In: BUERES, Alberto J. (dir.). *Responsabilidad por daños* – homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 119-134.).

Se é fato que para muitos a inserção de uma nova forma de constituição da família possa fugir à moral e aos bons costumes necessários aos padrões que adotem, a realidade da vida e as transformações impostas à sociedade acabam por conduzir a novas situações, sem que possam ser tidas como imorais ou eticamente adversas ao que se possa considerar como caracterizando a família.

De se ponderar, quanto a isso, que:

[...] Una cosa es fomentar las uniones matrimoniales, privilegiando a la familia por vía de mecanismos institucionales y económicos idóneos para ello. Otra distinta desconsiderar situaciones como la que atendemos, invocando el rigor de normas morales exaltadas como axiomas intangibles. Tal absolutización de la norma moral importa más bien una permanencia de principios estoicos antes que cristianos. En el derecho natural cristiano la justicia es rectificadora por el amor.<sup>66</sup>

Não se há considerar, em realidade, a existência, na atualidade, de *famílias*, porquanto a instituição familiar é única, variando unicamente as formas pelas quais venha a ser constituída.

Importante, sim, e como corretamente enuncia Cristiano Chaves de Farias, é a consideração a que, "A sociedade contemporânea aberta, plural, dinâmica, multifacetária e globalizada não permite mais a afirmação de um modelo fechado de estruturação familiar"<sup>67</sup>.

Adverte o mesmo doutrinador, ainda, que:

[...] a psicóloga e terapeuta familiar CRISTINA DE OLIVEIRA ZAMBERLAM dispara que "nunca antes as coisas haviam mudado tão rapidamente para uma parte tão grande da humanidade. Tudo é afetado: arte, ciência, religião, moralidade, educação, política, economia, vida familiar, até mesmo os aspectos mais íntimos da vida – nada escapa".

<sup>66</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Daños derivados de la muerte del concubino o concubina. In: BUIRES, Alberto J. (dir.). *Responsabilidad por daños* – homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 119-134

<sup>67</sup> *Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional*. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22426/direito\\_constitucional\\_familia.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22426/direito_constitucional_familia.pdf)>.

A pluralidade, dinâmica e complexidade dos movimentos sociais (multifacetários) contemporâneos trazem consigo, por óbvio, a necessidade de renovação dos modelos familiares até então existentes. Os casamentos, divórcios, recasamentos, adoções, inseminações artificiais, fertilização *in vitro*, clonagem, etc., impõem especulações sobre o surgimento de novos *status* familiares, novos papéis, novas relações sociais, jurídicas e afetivas.

Embora o art. 226 da CF se refira apenas ao casamento, à união estável e a entidade familiar, deixou o constituinte claro o reconhecimento sobre não só a possibilidade quanto à necessidade de admitir e dispor sobre entidades familiares distintas da que até então se admitia no sistema jurídico nacional e que era a concernente ao casamento, sendo de ver-se que ainda com tal restrição, os Tribunais não se sentiam impedidos de apreciar as questões que lhes eram submetidas e atinentes ao concubinato, inclusive reconhecendo os eventuais direitos de quem houvesse proposto a ação a isto tendente, com base nos princípios gerais de direito e o que a legislação contivesse e pudesse a tal situação ser aplicada.

Da abertura constitucional de 1988 e da mesma forma que os Tribunais haviam logrado defender os direitos resultantes do concubinato, viram-se os juízes obrigados a enfrentar temas novos e que a sociedade, ante as inovações constitucionais, ainda que limitadas, passou a exigir, disto decorrendo o reconhecimento a situações antes não apresentadas ao Judiciário.

Assim, não há questionamento quanto ao fato de o STF ter reconhecido a união estável homossexual e o STJ o casamento entre pessoas do mesmo sexo como resultado influxo social objetivando a admissão e o reconhecimento a situações outras, quanto às quais, inclusive, não há proibição, acabando por tanto a doutrina quanto a jurisprudência curvar-se à necessidade de dar-lhes o reconhecimento jurídico, muitas vezes a segunda antecedendo primeira, até porque e de acordo com Gide, “[...] escrava da lei quando a lei fala, a jurisprudência deve, no silêncio do texto legal, seguir e secundar o progresso incessante das idéias e dos costumes”<sup>68</sup>.

Assim, e cumprindo o papel que lhes cabe, não só de aplicar a lei como também de suprir as omissões acaso nela existentes, e em

<sup>68</sup> Apud Edgard de Moura Bittencourt, *Concubinato*, São Paulo, LEUD, 1980, p. 10, n. 10.

intensa atividade laboratorial, procuraram os juízes suprir as lacunas e corrigir as distorções que entenderam haver no sistema legislativo.

Por isso mesmo, e se é preciso que o direito e sua interpretação se adaptem à realidade do momento, também o STF afirmou, em antigo mas sempre atual julgado, sobre a necessidade de “[...] adaptar nossa jurisprudência ao mundo em que vivemos”<sup>69</sup>, inclusive porque e como escrito por Machado de Assis, “O homem é um alfabeto de sensações” sendo que “cada qual sabe amar ao seu modo; o modo pouco importa; o essencial é que saiba amar” e “o coração humano é a região do inesperado”. Afinal e consoante o mesmo autor, “não se deliberam sentimentos; ama-se ou aborrece-se, conforme coração quer”.

Especialmente em relação ao direito de família, a CF trouxe um avanço não imaginado e ainda que objeto de crítica de parte daqueles que tinham e mesmo têm pensamento retrógrado, tanto a doutrina mais atual quanto a jurisprudência conseguiram se adaptar a essa nova realidade, inclusive porque e como salientado por Cristiano Chaves de Farias:

[...] São diversas as inquietantes questões que se apresentam no ambiente familiar moderno, gerando perplexidades. A sociedade contemporânea aberta, plural, dinâmica, multifacetária e globalizada não permite mais a afirmação de um modelo fechado de estruturação familiar<sup>70</sup>.

Se a vida atropelou a CF, conduzindo a que os pretórios tivessem que examinar situações novas e surpreendentes, isto serve a indicar, como escrito por Marcos Colares, invocado por Chaves de Farias, que:

[...] há algo de novo no Direito de Família: a vontade de vencer os limites ridículos da acomodação intelectual. Porém, tudo será em vão sem a assunção pela sociedade – enquanto Estado, comunidade acadêmica, organizações não governamentais – de uma postura responsável em relação à família – *lato sensu*. Transformando o texto da Constituição Federal em letra viva<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 249, p. 607.

<sup>70</sup> Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, n. 03, 2002.

<sup>71</sup> *Direito...*, cit., loc. ref.

O fato de em relação a determinadas situações ter sido a CF clara, dispondo o que entendeu adequado, não afasta a possibilidade de outras situações serem submetidas ao sistema jurídico existente, em interpretação aberta e que procure o resultado de melhor adequação a cada fato.

Como pondera Luiz Edson Fachin, “O presente plural, exemplificado na ausência de modelo jurídico único para as relações familiares, se coaduna com o respeito à diversidade, e não se fecha em torno da visão monolítica da unidade”<sup>72</sup>.

Em sendo assim e se a família, na adequada acepção de Gustavo Tepedino, deve ser considerada “[...] como ponto de referência central do indivíduo na sociedade, uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social”<sup>73</sup>, dúvida não existe, respeitado o entendimento diverso, sobre não ser apropriado falar-se em *famílias*, mas, sim, *família*, variando apenas a forma como tenha sido constituída, conforme o contexto em que tal tenha se dado e as condições adotadas pela sociedade, segundo os influxos por ela recebidos e os hábitos disso advindos.

Entrando no início do encerramento deste texto, tem-se como adequado invocar o escrito por Paulo Silvino Ribeiro:

[...] é importante considerar que, se a família é a base ou início do processo de socialização dos indivíduos, o que se torna fundamental é que ela seja estruturada de tal forma que o relacionamento entre seus integrantes seja pautado na harmonia e respeito entre seus pares, dada a importância e influência que tal grupo exerce na vida de cada um. Logo, ao pensar na família enquanto grupo não se trata aqui de fazer uma apologia ao modelo do passado ou ao do presente, mas de propor a reflexão quanto aos desdobramentos de sua conformação e de suas transformações, uma vez que suas características refletem a sociedade de seu tempo, o que faz dela (da família) um fenômeno social<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> *Elementos críticos de direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 14.

<sup>73</sup> *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 326.

<sup>74</sup> Disponível em: <<http://brasilescuela.uol.com.br/sociologia/familia-nao- apenas-um-grupo-mas-um-fenomeno-social.htm>>.

Finalizando, cabe mencionar a apropriada assertiva de Luiz Fernando Veríssimo, que tem tudo a ver com o que foi exposto, especialmente no tocante às circunstâncias constitucionais incidentes no assunto, sem importar a forma como o ente familiar se constitua, mas o relevo que se dê à *igualdade, solidariedade, fraternidade, ausência de preconceitos* quanto à maneira como se forma e, principalmente, o respeito e consideração e à dignidade humana de cada um daqueles que o integram e ao *exercício dos direitos* por cada qual: “A família não nasce pronta; constrói-se aos poucos e é o melhor laboratório do amor. Em casa, entre pais e filhos, pode-se aprender a amar, ter respeito, fé, solidariedade, companheirismo e outros sentimentos”.

Afinal, deve-se levar em conta, como referido por Erich Fromm, que, “O amor é filho da liberdade, jamais da dominação” e, conforme Alvin Tofler, “O futuro é construído pelas nossas decisões diárias, inconstantes e mutáveis, e cada evento influencia todos os outros”.