

**A DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA
DIANTE DOS AVANÇOS SOCIAIS:
A FAMÍLIA HOMOAFETIVA E A PROEMINÊNCIA PELA
BUSCA DA FELICIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA NA CONFORMAÇÃO DOS CONTEMPORANEOS
ARRANJOS FAMILIARES.¹**

Rachel Pereira Dias Calegário²

Ivy de Souza Abreu³

Fecha de publicación: 01/10/2018

Sumário: Introdução. **1.** A evolução social do direito no âmbito do direito de família e suas relações com o direito homoafetivo. **2.** O princípio da dignidade da pessoa humana e as conquistas relativas ao direito de família. **3.** A proteção constitucional das uniões homoafetivas e a proposta do estatuto da diversidade sexual. **4.** Dos avanços jurisprudencias do direito homoafetivo e as conquistas relativas ao direito de família e suas inovações no

¹ Artigo desenvolvido no grupo de pesquisa "Biodireito e Direitos Fundamentais" da faculdade MULTIVIX Cachoeiro de Itapemirim-ES, coordenado pela professora doutora Ivy de Souza Abreu.

² Pós-Graduanda em Direito Civil pela PUC/MG, graduanda do sétimo período do curso de Direito da Faculdade Multivix - Cachoeiro de Itapemirim-ES, Graduada em Sistemas de Informação pela São Camilo-ES, pós-graduada em Educação Profissional e Tecnológica pelo IFES/ES, Graduada em Pedagogia pelo Centro Universitário São Camilo-ES, Pós-Graduada em Informática Educativa pela PUC/MG.

³ Doutora em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV, Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV, Especialista em Direito Público MBA em Gestão Ambiental, Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Biodireito e Direitos Fundamentais", Avaliadora da Revista Opinião Jurídica do Chile (qualis A2), Avaliadora da Revista Brasileira de Políticas Públicas (qualis B1), Advogada, Bióloga, Professora Universitária.
ivyabreu@gmail.com

novo código de processo civil e nas leis extravagantes. -
Considerações finais. Referências. Listas siglas.

Resumo: Os avanços sociais do Direito são inúmeros, porém na família, célula mater da sociedade, essa dinâmica é mais latente. Em constante mutação, em função da própria evolução da sociedade, o Direito, como ente participativo da evolução social caminha nesta direção, de profundas inovações. O papel do Direito, no âmbito familiar está entrelaçado hoje, muito mais com as questões afetivas do que patrimoniais, como se percebe a partir do reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, além de propostas efetivas de resolução de conflitos através do instituto da mediação e conciliação, uma das inúmeras inovações relativas às ações de família, no âmbito do novo código de processo civil. A busca da felicidade passa a ser objetivo primordial da ciência do Direito de Família, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se manifesto não apenas no texto constitucional, mas fundamenta também o próprio código civil. Diante dos avanços sociais, o Direito de Família encontra-se em processo de despatrimonialização, pois a partir de uma mudança de paradigmas, o objeto a ser amparado passa a ser o afeto e a felicidade.

Palavras-chave: Direito de Família. Família Homoafetiva. Dignidade da Pessoa Humana. Busca pela Felicidade.

THE DISPATRIMONIALIZATION OF FAMILY LAW
BEFORE SOCIAL ADVANCES: THE HOMOFAFFICTIVE
FAMILY AND THE PROEMINENCE FOR THE SEARCH
FOR THE HAPPINESS AND DIGNITY OF THE HUMAN
PERSON IN THE CONFORMATION OF THE
CONTEMPORARY FAMILY ARRANGEMENTS.

Abstract: The social advances of the law are numerous, but in the family, mother cell of society, this dynamic is more latent. Constantly changing, because of the very evolution of society, the law, as being participatory social evolution moves in this direction, profound innovations. The role of law, in the family is intertwined today, much more with the emotional issues that balance, as we see from the recognition of stable homosexual union as a family entity, and effective proposals for resolving conflicts through mediation and conciliation institute one of many innovations relating to family activities, under the new civil procedure code. The pursuit of happiness becomes the primary goal of the science of law, where the principle of human dignity is in manifest not only in the Constitution, but also based on the law civil code. Faced with the social advances, family

law is in disinhibition process because from a paradigm shift, the object to be supported becomes affection and happiness.

Keywords: Family right. Homoaffective Family. Dignity of human person. Pursuit of happiness.

INTRODUÇÃO

A família é uma construção cultural, que preexiste ao Estado e encontra-se acima do Direito, nela todos possuem suas posições, sejam elas: pai, mãe, filho, etc. Ocorre que apesar de ser um fato natural da sociedade, e a célula que a compõe, a família, com a evolução social do Direito, passou a ser também regulamentada de forma jurídica pelo Estado, que sempre prezando por sua interferência mínima no núcleo familiar, entendeu que o casamento, enquanto instituto jurídico necessitaria de sua intervenção indireta.

A família, por ser base da sociedade, recebe, portanto, proteção especial do Estado (Art.226, CF/88), e, além disso, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, também estabelece esta proteção: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.” Afinal, tudo principia e acaba na família.

À luz do novo código de processo civil, é possível a compreensão de novos arranjos familiares, partindo principalmente de uma despatrimonialização do direito de família, que precisa ser entendido a partir de um direcionamento muito mais voltado às questões de cunho afetivo do que meramente patrimoniais.

O entendimento sociológico de família passa por uma estrutura formal, uma invenção demográfica, pois somente ela permitiria à população se multiplicar, porém em determinado momento histórico, a sociedade instituiu o casamento, como uma regra de conduta, impondo desta forma, limites ao homem, um ser desejanste que, na busca do prazer, tende a fazer do outro objeto.

Desta forma, o casamento institucionalizado possui na verdade uma vertente patrimonialista, o que se busca tanto no Código Civil de 1916 quanto no atual Código Civil, é a manutenção da segurança jurídica dos bens adquiridos na vigência do casamento, e não efetivamente a busca de comunhão e sentimentos afetivos que bastem para a concretude de uma relação. O que sempre se pretende na instituição casamento, numa visão civilista é a segurança patrimonial.

Os vínculos afetivos passaram então a receber um reconhecimento jurídico, denominando-se matrimônio, sendo por muito tempo, compreendido pelo amplo incentivo à procriação, que gera herdeiros, não apenas filhos. Observamos assim que os significados de conceitos antes singulares, passam a denotar um significado jurídico. Este fenômeno jurídico transformou a família então, num núcleo patrimonializado da sociedade, com característica hierarquizadora e patriarcal.

Hoje, em função de mudanças sociais que geram profundas alterações nos âmbito familiar, novos arranjos familiares acabam se delineando. E através do entendimento, análise e compreensão da evolução social do direito com enfoque no novo conceito de entidade familiar, necessária se faz a proposta para a regulamentação das uniões estáveis homoafetivas no Direito de Família, traçando um paralelo entre os novos e velhos paradigmas que o compõem. Necessário se faz uma discussão mais elaborada a respeito das mudanças conceituais que envolvem o Direito de Família e a necessidade de implementação de um Direito Homoafetivo que ampare este grupo minoritário de nossa população, que precisa de garantias que vão além das constitucionais.

Neste viés social, visando à sedimentação dos princípios constitucionais de igualdade e liberdade, várias são as transformações das quais vem sofrendo a sociedade, atingindo diretamente a concepção do que é família, que hoje, vai muito além do padrão restrito proposto pelo patriarcalismo.

Considera-se agora a entidade familiar composta principalmente pela afetividade, embasada no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional e dos Direitos Humanos. Em paralelo discorre-se sobre a proposta do Estatuto da Diversidade Sexual, além das mudanças significativas que ocorrem nos novos códigos: civil e de processo civil, além de atualizações no texto constitucional e das leis extravagantes.

Diante deste panorama surge o questionamento: a necessidade da despatrimonialização do direito de família diante dos diversos avanços sociais, onde o objetivo principal da pesquisa é o entendimento da família homoafetiva enquanto arranjo familiar, buscando não apenas a felicidade num contexto sócio-afetivo, mas a concretude do princípio da dignidade da pessoa humana, que é o alicerce fundamental dos contemporâneos arranjos familiares. E para tal, enquanto metodologia utilizou-se de amplo referencial bibliográfico como fundamento para a referida pesquisa.

1. A EVOLUÇÃO SOCIAL DO DIREITO NO AMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUAS RELAÇÕES COM OS DIREITOS HOMOAFETIVOS

Assim como o direito evolui em conjunto com a sociedade, o mesmo se pode dizer das evoluções ocorridas dentro da célula-base da sociedade: a família. É pressuposto básico, igualmente, incontroverso, que o direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele permanecem vinculadas por toda a sua existência, ainda que venham posteriormente a constituir nova família (GONÇALVES, 2012).

Nessa concepção, família é uma realidade sociológica, que possui existência própria, nada obstante esteja sob a égide normativa do direito. Assim, decerto que a família é o núcleo fundamental da organização social, que vai merecer especial proteção do Estado. Em sentido amplo, família designa as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que precedem de um tronco ancestral comum, bem como das relações consolidadas por vínculos de afetividade e adoção.

É necessário perceber que o direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito. A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização, provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, essas mudanças trouxeram novos ideais, provocando um declínio do patriarcalismo, além de lançarem as bases de sustentação e compreensão dos direitos humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje esculpida em quase todas as constituições democráticas.

Assim, registra-se que, diversamente do que ocorria no código civil de 1916, família na atualidade não é somente constituída pelo casamento e pelas relações de parentesco, identificando-se, também, segundo (GONÇALVES, 2012, p. 24):

[...] três ordens de vínculos: o *conjugal*, existente entre os cônjuges; o de *parentesco*, que reúne os seus integrantes em torno de um tronco comum, descendendo uns dos outros ou não; e o de *afinidade*, estabelecido entre um cônjuge e os parentes do outro. O direito de família regula exatamente as relações entre os seus diversos membros e as consequências que delas resultam para as pessoas e bens. O objeto do direito de família é, pois, o complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que se origina do entrelaçamento das múltiplas relações estabelecidas entre os componentes da entidade familiar.

A família é uma construção cultural, que preexiste a qualquer forma de organização social, portanto, proeminente ao direito, nela todos possuem suas posições, sejam elas: pai, mãe, filho, etc. Ocorre que apesar de ser fato natural da sociedade, e a célula que a compõe, a família, com a irrefreável evolução do direito, passou a ser também regulamentada de forma jurídica pelo Estado, singularmente no que concerne ao casamento, posto ser o instituto jurídico com reflexos em diversos segmentos da órbita jurídica.

Desta forma, o direito de família regulamenta as relações entre os diversos membros que constituem a família e as consequências que delas resultam para as pessoas e bens. Como bem retrata (GONÇALVES, 2012, p.26):

Os direitos de família são os que nascem do fato de uma pessoa pertencer a determinada família, na qualidade de cônjuge, pai, filho, etc. Contrapõem-se aos direitos patrimoniais, por não terem valor pecuniário. Distinguem-se, nesse aspecto, dos direitos das obrigações, pois caracterizam-se pelo fim ético e social. E embora sejam também direitos relativos, não visam uma certa atividade do devedor, mas envolvem a inteira pessoa do sujeito passivo. A infração aos direitos obrigacionais resolve-se em perdas e danos, enquanto a violação dos direitos de família tem sanções bem diversas: suspensão ou extinção do poder familiar, dissolução de sociedade conjugal, perda de direito a alimentos, etc.

Segundo Dias (2015), a família formal era uma invenção demográfica, pois somente ela permitiria à população se multiplicar, porém, em determinado momento histórico, a sociedade instituiu o casamento, como uma regra de conduta, impondo, desta forma, limites ao homem, um ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro, objeto. É por isso que o desenvolvimento da civilização impôs restrições à total liberdade, e o direito na forma da lei, exige que ninguém fuja dessas restrições (VENOSA, 2014).

A partir daí os vínculos afetivos passaram então a receber reconhecimento jurídico, o qual, antes da vigência da *lex fundamentalis* de 1988, somente reconhecia como entidade familiar o instituto da relação casamentária, após não mais nessa concepção reducionista, reconhecendo, outrossim, outras formas que poderiam compor uma unidade familiar, assim como a união estável e aquela formada por quaisquer dos pais e seus descendentes.

Não pretendendo, advirta-se, o art. 226 da CRFB/88, abordar taxativamente o tema, podendo-se haver o reconhecimento de outras formas de unidade

familiar, inclusive o STF reconheceu a união estável entre casal do mesmo sexo⁴.

Quase intuitivamente a família é identificada exclusivamente como a relação entre um homem e uma mulher constituída pelos sagrados laços do matrimônio. É tão arraigada essa ideia que a Constituição ao assegurar proteção especial à família e ao casamento, nada diz sobre a diversidade do sexo par. O Código Civil, quando trata do casamento, não exige que o casal seja formado por pessoas de sexo diferente. Assim, na ausência de violação constitucional ou legal, não há impedimento do casamento homoafetivo. (DIAS, 2015, p. 271)

Essa ausência de leis para a regulamentação das uniões homoafetivas, não significa uma falta de direito, este existe, e é o caminho para o reconhecimento desses relacionamentos, que na maioria das vezes são discriminados e marginalizados.

Neste contexto, foi elaborado o estatuto da diversidade sexual, que visa promover a inclusão de todos, no combate à discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero, além de buscar criminalizar a homofobia, insta observar que esses são os embasamentos notórios para a efetiva fundamentação de um direito homoafetivo.

A Constituição, em seu artigo 5º, promove a efetivação deste direito: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” Desta forma, portanto, é proclamado o compromisso do Estado para com o cidadão. A constituição garante o respeito à dignidade da pessoa humana, além dos princípios de igualdade e de liberdade, concedendo proteção a todos, vedando a discriminação e preconceito por uma série de motivos, e entre eles pelo sexo. Também assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Nossa carta constitucional, enveredando pelos fatos diários da sociedade e sua evolução, trouxe o conceito de entidade familiar, como sendo o reconhecimento da existência de relações afetivas fora do casamento, deixando desta forma de emprestar especial proteção apenas ao casamento. A entidade familiar preenche os requisitos de afetividade, estabilidade, e ostensividade, merecendo, portanto, tutela legal.

⁴ Os ministros do STF, ao julgarem a ADI 4277 e a ADPF 132, reconheceram, por unanimidade, a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela PGR e pelo governador do RJ, Sérgio Cabral.

Na constituição atual não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorria em constituições anteriores. Com isso está sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. E conclui de modo enfático: a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. A referência constitucional é norma de inclusão, que não permite deixar ao desabrigo do conceito de família – que dispõe de um conceito plural – a entidade familiar homoafetiva. (LÔBO, 2002, p. 95)

Portanto, mesmo que não haja uma referência expressa às uniões homoafetivas, não há como deixá-las de fora do atual conceito de família, como bem coloca Maria Berenice Dias, passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento.

Atualmente, nem mesmo a questão de gerar filhos pode ser descartada nesses casos, pois os homossexuais têm a possibilidade de constituir família com filhos, segundo a resolução do conselho federal de medicina nº 2.013/13, que autoriza acesso às técnicas de reprodução assistida independentemente da orientação sexual.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS CONQUISTAS RELATIVAS AO DIREITO DE FAMÍLIA

A família, por ser base da sociedade, recebe, portanto, proteção especial do Estado (Art.226, CF/88), e, além disso, a própria declaração universal dos direitos do homem, também corrobora esta proteção: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.” (ONU, 1948). Afinal, tudo começa e acaba na família.

Hoje, não se faz referência mais a família como uma instituição hierarquizada, patrimonializada e como núcleo de reprodução. A família agora passa por uma profunda mudança em sua organização jurídica, pois o que importa é o sujeito dentro desta relação, e não o objeto, vislumbrando, assim, não mais a manutenção do casamento como instituição, senão que a realização plena de seus integrantes. Como bem esboça (PEREIRA, 2012, p.29):

Houve uma verdadeira desconstrução de valores jurídicos, sempre em direção à valorização da pessoa humana. Com isso compreendeu-se que não é possível pensar em Direito de Família sem pensar em dignidade, inclusão e cidadania. Consequentemente, não foi mais possível falar em ilegitimidade de filhos, ou de qualquer outro tipo de família. Todos os filhos são legítimos, e todas as famílias deverão ser reconhecidas pelo Estado.

Os referenciais da família contemporânea são fundamentados em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre

seus membros e na preservação de sua dignidade, sobretudo no exercício paritário dos direitos e deveres decorrentes da identidade familiar. Nesse sentido, importante destacar que o código civil sob a luz normativa da contemporânea carta fundamental, reverbera a concepção arcaica consagrada no código civil de 1916, pois, segundo comentário de (GONÇALVES, 2012, p.35):

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, como foi dito, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. Nessa linha, a família socioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência.

Nessa acepção, por exemplo, o reconhecimento das uniões homoafetivas dentro do direito de família é imperativo constitucional, sob pena de convolar gritante afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, sobretudo por seu fator medular estar atrelado a noção de afetividade existente entre os conviventes na busca de realização plena de seus projetos de vida.

Neste contexto também, já não se pode falar em filhos ilegítimos, todos passam a ser filhos sem qualquer adjetivação, pois a constituição federal de 1988 consagrou o princípio da isonomia da prole, explicitando a igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo os mesmos direitos e qualificações. Também a possibilidade de dissolução do casamento ocorrer por via extrajudicial, o que subtraiu do judiciário o monopólio de por fim a sociedade conjugal.

Outro grande avanço foi à eliminação do arcaico instituto da separação e a respectiva consagração do divórcio como única forma de acabar com o matrimônio, acabando-se assim com prazos de exposição e identificação de motivos que explicitavam as causas das rupturas dos relacionamentos, dissolvendo-se, portanto, o matrimônio pelo fato que deveria sempre ter sido o fundamental: a falta de afeto.

A sociedade familiar contemporânea precisa ser construída sob o alicerce axiológico da afetividade, em razão da evolução das concepções paradigmáticas acerca dos fatos sociais, por vezes é até difícil conceituar o direito de família ante a sua dinamicidade no meio social e a complexidade de sua composição (REALE, 2014), inclusive no contexto único da família tradicional, formada pela figura dos genitores (homem e mulher) e de seus descendentes, pois como discorre Maria Berenice Dias (2015, p.30), "não há como se falar hoje em Direito de Família, mas sim no Direito das

Famílias, pois a estrutura familiar atual não compreende apenas um único modelo: a família patriarcal".

Segundo Dias (2015), podemos citar inúmeras composições de famílias, fundamentadas na égide da afetividade: a informal, a homoafetiva, a paralela, a simultânea, a poliafetiva, a monoparental, a parental, a mosaico, a natural, a substituta, a eudemonista, todas elas regidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento pelo estado democrático de direito (Art.1º, III, CF/88).

Um grande avanço ocorrido na evolução social do direito, e que abrange o direito de família, diz respeito à constitucionalização do direito civil, com o princípio da interpretação conforme a constituição, ao propagar que a lei deve ser interpretada sempre à luz principiológica da lei maior, que desta forma, passam a ser orientadas pelo arcabouço normativa da CFRB/88, todo sistema legal, de modo a viabilizar o alcance da dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas.

Os princípios constitucionais vêm em primeiro lugar e são as portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito. Dispõe de primazia diante da lei, sendo os primeiros a serem invocados em qualquer processo hermenêutico. (...). Não se pode confundir princípios constitucionais e princípios gerais do direito. Confundi-los seria relegar os princípios constitucionais para uma posição subalterna à lei juntamente com as demais fontes do direito (...). A norma constitucional está no vértice do sistema. Os princípios pairam sobre toda a organização jurídica. (TEPEDINO, 2004, p.302)

Para Farias (2010), é no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a constituição federal consagra como valores sociais fundamentais, e que não podem ser distanciados da atual concepção da família, com sua função desdobrada em múltiplas facetas.

Entende-se então, a necessidade de revisitar os institutos de direito das famílias, adequando suas estruturas e conteúdo à legislação constitucional, funcionalizando-as para que se prestem a afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, é o mais universal de todos os princípios, podendo ser caracterizado como um macro princípio, do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, solidariedade, e uma série de princípios éticos. Para Bittar (2006), o respeito à dignidade humana é o melhor legado da modernidade, que deve ser temperado para a realidade contextual em que se vive.

Logo, a dignidade da pessoa humana, nos dizeres de Maria Berenice Dias (2015), encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares (o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida em comum) permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada elemento com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

3. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS E A PROPOSTA DO ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL

É essa concretização do conceito de entidade familiar, que também busca o anteprojeto do estatuto da diversidade sexual, em seu artigo 4º, dispõem sobre os princípios fundamentais para sua interpretação e aplicação. “Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto: a dignidade da pessoa humana, igualdade e respeito à diferença, direito à livre orientação sexual, reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero, direito à convivência comunitária e familiar, liberdade de constituição de família e de vínculos parentais, respeito a intimidade, a privacidade e a autodeterminação, direito fundamental à felicidade”.

Ao se deparar com relacionamentos homoafetivos, também se depara com uma profunda omissão legal e judicial, diante da inexistência de leis. O referido estatuto da diversidade sexual ainda está em fase de coleta de assinaturas, para futuramente ser apresentado como iniciativa popular.

A justiça, infelizmente tende a rejeitar a prestação jurisdicional, negando direitos, e ainda por parte de seus operadores, deixando transparecer na maioria dos casos grande parte de preconceito. Em qualquer situação, o juiz não pode ser omissor. A determinação é que julgue: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá.” (LINDB, art. 4ª), além de serem apontadas as ferramentas a serem utilizadas: analogia, costumes e princípios gerais do direito.

Segundo Veloso (2005), o artigo 5º da LINDB indica um rumo para o juiz: deve atender aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum. A interpretação, portanto, deve ser axiológica, progressiva, na busca daqueles valores, para que a prestação jurisdicional seja democrática e justa, adaptando-se às contingências e mutações sociais.

O estatuto da diversidade sexual, em seu artigo 13, deixa claro que, todas as pessoas têm direito à constituição de família e são livres para escolher o modelo de entidade familiar que lhes convier, independentemente de sua

orientação sexual ou identidade de gênero (BRASIL, 2012). Também regulariza a questão da paridade de direitos entre a união homoafetiva e a heteroafetiva, em seu artigo 15:

“A união homoafetiva faz jus a todos os direitos assegurados à união heteroafetiva no âmbito do Direito das Famílias e das Sucessões, entre eles: direito ao casamento, direito à constituição de união estável e sua conversão em casamento, direito à escolha dos regimes de bens, direito ao divórcio, direito à filiação, à adoção, e ao uso das práticas de reprodução assistida, direito à proteção contra a violência doméstica e familiar.” (BRASIL, 2012)

Porém, apesar de tão bem elaborada e embasada, esta lei ainda não está em vigor, pois uma vez que envolvem os direitos da população LGBTI (lesbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersexo), uma minoria, que em função da estrutura de formação social brasileira é muito repudiada, tem seus direitos tolidos. Para Dias (2015), o repúdio social a segmentos marginalizados, acaba intimidando o legislador, que tem enorme resistência em chancelar lei que vise a proteger a quem a sociedade rejeita. Por puro preconceito, não aprova projetos voltados a minorias, alvo de discriminação. Tem medo de desagradar o eleitorado e colocar em risco sua reeleição.

4. DOS AVANÇOS JURISPRIDÊNCIAS DOS DIREITOS HOMOAFETIVOS E AS CONQUISTAS RELATIVAS AO DIREITO DE FAMÍLIA E SUAS INOVAÇÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NAS LEIS EXTRAVAGANTES

O reconhecimento da união estável homoafetiva é um grande avanço, uma vez que o alcance deste direito era considerado apenas em sua ordem patrimonial, na forma da celebração de um contrato, uma sociedade de fato. E, como bem posiciona Maria Berenice Dias (2015), apesar de não se tratar de vínculo empregatício, era deferido pela justiça uma indenização por prestação de serviços, o que gerava desta forma um vínculo negociável e por que não empregatício, e não uma relação afetiva com características de uma família.

Segundo bem expresso no código civil, em seu artigo 981: “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.” Com bem se percebe absurda e ingrata comparação, desvencilhando a união estável homoafetiva dos vínculos afetivos e familiares.

O conceito de família, de forma legal, também foi trazido pela lei nº 11.340/06, mais conhecida com lei Maria da Penha, que acabou por inserir no sistema jurídico, as uniões homoafetivas. Diz no seu artigo 2º: “Toda a mulher, independentemente, da classe, raça, etnia, orientação sexual (...) goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”.

O parágrafo único, do artigo 5º, reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar. O preceito tem enorme repercussão. Como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico isto quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo, são entidades familiares.

E como bem evidencia Alves (2010), a partir deste marco, pela primeira vez foi consagrada, no âmbito infraconstitucional, a ideia de que família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade de seus próprios membros.

Família hoje vai muito mais além da união de um homem e uma mulher, a união entre duas mulheres ou dois homens também é família, para tal basta invocar o princípio da igualdade, um direito que todos têm de serem tratados igualmente, na medida em que se igualem, e desigualem na medida em que se desigualem. O princípio da igualdade está alicerçado em nossa constituição, é um fundamento democrático, onde todos merecem as mesmas oportunidades.

A lei, como bem coloca Dirley da Cunha Júnior (2014), não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Sendo, portanto um conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e pelo texto constitucional a partir do momento que foi juridicizado.

Enquanto ente em constante evolução social, dentre seus inúmeros avanços, não se pode também, deixar de discorrer sobre a dinâmica do novo código de processo civil com seus avanços no âmbito do direito de família, que aparece de forma substancial, quando se observa que no Capítulo X, surge como inovação, o instituto das Ações de Família, como forma de sedimentar, porque não dizer, o processo evolutivo do Direito, fundamentando processualmente as ações relativas ao Direito de Família.

Observa-se no Art. 693 do novo código de processo civil, o reconhecimento e dissolução da união estável, algo que já ocorria, porém, não de forma tão explícita no código de processo civil anterior, como agora. É fato também, seu foco na solução consensual do litígio, através dos institutos da mediação e conciliação, que também possuem um capítulo próprio no código.

Como bem coloca Didier (2016), há no novo código de processo civil, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos, o que por sua vez propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do poder judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido.

Fica claro, mais um grande avanço na evolução social do direito, tendo como base o direito de família: é o distanciamento do julgador e do formalismo típico das audiências judiciais, nas quais as partes apenas assistem ao desenrolar dos acontecimentos, falando apenas quando diretamente questionadas, em um interrogatório.

É impossível compreender como por tanto tempo, essa foi a estrutura majorante do judiciário, e como no direito de família, que abraça questões tão singulares, era possível ocorrer uma audiência nesses moldes: as partes e seus conflitos sendo representados por seus advogados, que de forma nenhuma vivenciaram o cerne dos conflitos.

Agora, como grande avanço, nas audiências de mediação e conciliação, este quadro é substituído pelo debate franco e aberto, com uma figura que pretende facilitar o diálogo: o mediador ou o conciliador.

Desta nova realidade, percebe-se então outro grande avanço no código de processo civil, que atinge diretamente o direito de família em suas ações, no §1º do artigo 695, preconizando que “o mandato de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurando ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.” (BRASIL, 2015).

O que se pretende com esse novo procedimento é primar pelo consenso, uma vez que, não recebendo a contrafé, é possível a solução do conflito de forma amigável. Anteriormente com a contrafé fazendo parte do mandato, essa possibilidade de conciliação era quebrada, pois o que perdurava, era a busca de defesa contra as acusações impressas no documento.

Como avanço social do direito, o novo código de processo civil, cria um sistema integrado de resolução dos requerimentos, ocorrendo assim uma importante mudança de paradigmas, onde o foco deixa de estar apenas no julgamento, passando para a efetiva solução dos conflitos.

Também, não se pode deixar de discorrer sobre a possibilidade difundida pelo próprio texto da lei, do juiz ouvir em audiência um menor, ou incapaz, nos casos de alienação parental ou abuso, desde que estejam acompanhados

por especialistas, conforme preconiza o artigo 699 do novo código de processo civil.

Portanto, como bem apresenta Maria Helena Diniz (2015), o direito de família, é contingente com a vida, e está longe de ser estático, o que traria como resultado a imobilização da sociedade, contrariando sua evolução.

Fica claro, portanto que o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado. (CANOTILHO, 1993), voltamos então à essência de nosso pensamento, quando lançamos do texto constitucional para transcorrermos sobre a dignidade da pessoa humana, o legislador de fato vem buscar desta forma uma representação, não apenas de um limite de atuação do Estado, mas constituir também um caminho para sua ação positiva observa-se essa ótica dentro do direito de família, através dos avanços conseguidos tanto no código civil, quanto na constituição e no código de processo civil.

São esses vários avanços, alterações e atualizações nos códigos, que levam o Estado não apenas a abster-se de praticar atos que atentam contra a dignidade da pessoa humana, mas sim, promover essa mesma dignidade através de condutas ativas como a que discorremos.

O Direito das Famílias está umbilicalmente ligado aos Direitos Humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana. O princípio da dignidade da pessoa humana significa em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de famílias. (...) A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. (DIAS, 2015, p.45)

Portanto, levando em conta que o direito de família, possui características particularíssimas, devemos observá-lo também como um microsistema jurídico, que integra o direito social, e como forma de avanço se faz necessário à criação de um estatuto ou código próprio da família, isto ainda não ocorreu, mas na dinâmica em que atua o direito, podemos futuramente concretizar esta proposta, pois cada vez mais o direito de família separa-se do direito civil, ganhando, assim, autonomia em virtude de sua particularidade normativa.

Como bem coloca Venosa (2015), nenhum outro campo do direito exige mais do jurista, do legislador, do juiz, do ministério público e do advogado uma mentalidade aberta e um perfil próprio, suscetíveis para absorver prontamente as modificações e pulsações sociais que os rodeiam. Quem não acompanha a evolução social certamente se conduzirá em desarmonia com as necessidades de seu tempo.

O direito deve dar pronta e apropriada resposta aos anseios da sociedade, hoje, é exigência fundamental dos operadores do direito, que sejam conhecedores da sociedade, e do meio em que vivem. Não podemos dirimir os conflitos familiares de forma padronizada, eis o fundamento elementar do progresso social da ciência jurídica: sua constante renovação epistemológica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas das inovações relacionadas ao direito de família, como o reconhecimento da união estável homoafetiva e sua interligação com o direito constitucional e as leis extravagantes, podem ser analisadas através de uma ótica de inovações sociais, tendo em vista que o direito é uma ciência em constante mutação.

Na ampliação dos significados e conceitos relacionados ao direito e a família, observa-se que os laços familiares estão cada vez mais se distanciando das questões meramente patrimoniais e hereditárias, que sempre estiveram relacionadas à sociedade patriarcal, para num novo paradigma destacar a afetividade e a felicidade, como sentimentos de suma importância que passaram a sustentar a base familiar.

Família hoje se fundamenta em respeito às diferenças, afetividade, solidariedade, onde o repúdio a qualquer tipo de preconceito também se faz necessário, uma vez que a própria constituição garante liberdade e garante o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, o que garante a todos o direito de escolha sobre com quem compartilhar a vida familiar.

Hoje, não nos referimos mais a família como uma instituição hierarquizada, patrimonializada e como núcleo de reprodução. A família agora passa por uma profunda mudança em sua organização jurídica, onde atualmente, o que importa é o sujeito dentro desta relação, e não o objeto. Como bem esboça PEREIRA 2010, p.29:

fi“Houve uma verdadeira desconstrução de valores jurídicos, sempre em direção á valorização da pessoa humana. Com isso compreendeu-se que não é possível pensar em Direito de Família sem pensar em dignidade, inclusão e cidadania. Consequentemente, não foi mais possível falar em ilegitimidade de filhos, ou de qualquer outro tipo de família. Todos os filhos são legítimos, e todas as famílias deverão ser reconhecidas pelo Estado.”

Os referenciais da família contemporânea são fundamentados em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre seus membros e na preservação de sua dignidade.

O reconhecimento por parte do supremo tribunal federal no que tange as relações homoafetivas como entidade familiar, e a possibilidade de um

estatuto que também evidencie uma maior fundamentação legal, para que a minoria LGBTI (lesbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersexo), possa exercer de forma plena seus direitos, o instituto do divórcio como única forma de garantir a ruptura dos laços matrimoniais, a igualdade entre todos os tipos de filiação encontrados no código civil, e a inovação como o acréscimo do instituto das ações de família dentro do código de processo civil, não apenas demonstram, mas garante que os avanços sociais do direito na esfera da família é uma realidade, o que também demonstra a dinamicidade do direito na vida do cidadão.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Código das Famílias Comentado. Belo Horizonte, Del Rey/IBDFAM, 2010.
- BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Família. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª edição. Coimbra. Livraria Almedina, 1993.
- CUNHA JR, Dirley da. Constituição Federal para Concursos: Doutrina e Jurisprudência. 6ª edição, Salvador: Editora Jus Podium, 2014.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DIDIER JR, Fredie. Novo Código de Processo Civil. 2ª edição. Salvador. Editora Jus Podium, 2016, vol. I.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
- Estatuto da Diversidade Sexual – Anteprojeto. Disponível em: < http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/arquivos/_9470244582ee70f558942dc8978314df.pdf > Acesso em: 20 mar. 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de, & ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. VI.
- MIGALHAS. Disponível em: < - <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI132610,11049-STF+reconhece+uniao+homoafetiva> > Acesso em: 16 mai. de 2016.
- LEI nº 2.013/13 – Resolução do Conselho Federal de Medicina.
- LEI nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha.

- LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. As Novas Estruturas Parentais e Conjugais. Brasília: Revista Consulex, ano XVII, n. 402, out. 2010.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- VELOSO, Zeno. Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil. Belém. UNAMA, 2005.
- VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, vol VI.

LISTAS SIGLAS

- ADI 4277 – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277
- ADPF 132 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132
- CF – Constituição Federal
- CPC – Código de Processo Civil
- CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- LGBTI – Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersexo
- NCPC – Novo Código de Processo Civil
- PGR – Procuradoria Geral da República
- STF _ Supremo Tribunal Federal