



## ENTRE O FÁTICO E O JURÍDICO: AS FAMÍLIAS PLURAIS E O SEU RECONHECIMENTO POR PARTE DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Ilana Alcântara Monteiro da Fonsêca \*

### RESUMO

*O direito das famílias é permeado de conservadorismo. O nosso legislador constituinte ateu-se a positivar apenas três dos inúmeros tipos de entidades familiares existentes. Além da dificuldade do legislador em inovar e conformar a Constituição à realidade social, há a inércia e o retrocesso da maior parte do Poder Judiciário. Com o intuito de modificar a interpretação que é dada ao artigo 226 da Constituição Federal, propor-nos-emos a utilização da mutação constitucional e da observância do artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil.*

**Palavras-chave:** *Direito das famílias. Pluralismo familiar. Mutações constitucionais.*

*“Lutar com palavras é a luta mais vã. Entanto lutamos mal rompe a manhã”.*

(Carlos Drummond de Andrade)

### 1 INTRODUÇÃO

Durante um grande decurso de tempo nós ficamos sujeitos à legislação<sup>1</sup> e aos costumes lusitanos, razão pela qual no ano da nossa independência (1822) ainda vigiam as Ordenações Filipinas. A influência europeia, em especial a de Portugal, fez-nos seguir práticas

\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

<sup>1</sup>Ressalte-se que as Ordenações do Reino que vigoraram em nosso país foram: a) Ordenações Affonsinas (ano 1446); b) Ordenações Manuêlinas (1512); e c) Ordenações Filipinas (1603).

não condizentes com nosso clima, território e povo. Depois de muita luta é que conseguimos nos libertar das amarras da dominação da Europa e engrenar mudanças na nossa ordem jurídica, para assim adaptá-la à sociedade brasileira. No que concerne ao direito das famílias<sup>2</sup>, é clarividente a dificuldade que sempre esteve presente no legislador pátrio ao legislar sobre a família, visto que no Código Civil de 1916 apenas o matrimônio era tido como entidade familiar, este “trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento” (DIAS, 2009, p. 30). A atual codificação privada, assim como a Constituição Federal de 88, avançou em diversos aspectos – assegurou direito à alimentos mesmo ao cônjuge culpado pela separação, não mais é compulsória a exclusão do sobrenome do marido da mulher, dentre outras – mas perdeu uma grande oportunidade de abarcar as inúmeras pluralidades familiares que compõem o nosso meio.

O direito das famílias é personalíssimo, formado, em sua maior parte, por direitos intransmissíveis, irrenunciáveis, indisponíveis e imprescritíveis. Com o fenômeno da constitucionalização do direito civil<sup>3</sup>, faz-se imperativo que todo ordenamento privado seja interpretado de acordo com a Constituição, que dela seja retirado o fundamento de validade do Código Civilista. No que pertine ao ramo do direito destacado neste trabalho, faz-se mister que ressaltemos o artigo 226 da Carta Magna, o qual trouxe à baila uma nova concepção da família e derrubou uma parte do preconceito que estava e ainda está impregnado no direito

---

<sup>2</sup>Aqui iremos utilizar a expressão *direito das famílias*, coadunando com os ensinamentos da Maria Berenice Dias.

<sup>3</sup>Gustavo Tepedino em uma das suas obras diz que “a adjetivação atribuída ao Direito Civil, que se diz constitucionalizado, despatrimonializado, se por um lado quer demonstrar, apenas e tão-somente, a necessidade de sua inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistematicamente considerada, preservando, evidentemente, a sua autonomia dogmática e conceitual, por outro lado poderia parecer desnecessária e até errônea. Se é o próprio direito civil que se altera, para que adjetivá-lo? Por que não apenas ter a coragem de alterar a dogmática, pura e simplesmente? [...] A rigor, a objeção é pertinente, e a tentativa de adjetivar o direito civil tem como meta realçar o trabalho árduo que incube ao intérprete. Há de se advertir, no entanto, desde logo, que os adjetivos não poderão significar a superposição de elementos exógenos do direito público sobre conceito estratificados, mas uma integração do direito público e privado de tal maneira a se reelaborar a dogmática do direito civil. Trata-se em uma palavra de estabelecer novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se, ainda uma vez, o valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, p desenvolvimento de sua personalidade” (TEPEDINO, 2008, p. 22). Para se obter um estudo aprofundado sobre esta temática sugiro a leitura do artigo “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)” de Luis Roberto Barroso (2007). É interessante reescrever as brilhantes palavras de Clóvis Beviláqua, ele que sempre esteve a frente do seu tempo: “é certo que todo o direito de um povo dado se move, necessariamente, dentro do círculo da sua organização política. As Constituições são fontes primárias do direito positivo. Aliás, como todo direito positivo, expressão embora da vontade social preponderante, não encerra todo o complexo jurídico elaborado pela vida em comum. As suas theses se dilatam ou flexionam dentro do seu systema legislativo, para se ajustar às relações humanas, de verdade indefinida. Mas a nossa Constituição vigente, urgida por circunstâncias de momento, não se contentou com traçar a synthese geral das experiências jurídicas, necessárias à existência dos brasileiros. Em muitos passos, admitiu regras que são fontes positivas de uma segunda classe. Prejudicou-se a technica, possivelmente, em proveito da utilidade pratica. Por essa attitude, o Codigo Civil recebeu modificações ou confirmações directas, em lugar de repercussões logicas” (BEVILÁQUA, 1935, p. 32).

brasileiro. Em único artigo foi capaz de estender igual amparo à entidade familiar formada pelo casamento, bem como à união estável, como também à monoparental, além de ter consagrado a igualdade dos filhos, frutos ou não do casamento civil. “Após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família” (DIAS, 2009, p. 31).

No presente trabalho, iremos fazer uma análise geral do direito das famílias. Daremos enfoque ao pluralismo familiar encontrado na nossa sociedade, sempre com ênfase na ideia de justiça e de efetividade das normas. Por fim, falaremos a respeito das entidades familiares albergadas pela Constituição Cidadã, tecendo críticas a respeito da inércia ainda presente no ordenamento brasileiro.

## 2 O DIREITO DAS FAMÍLIAS, AS FAMÍLIAS PLURAIS E A SOCIEDADE

“Há em toda a comunidade, em todos os corpos sociais, certa virtude de organização intrínseca para a qual somente existe uma explicação e um processo: o Direito” (MIRANDA, 1972, p. 75). O Direito está presente em todas as sociedades, mesmo que seja em um agrupamento primitivo de indivíduos, desorganizado e periclitante<sup>4</sup>. E o direito das famílias se destaca e se adapta a cada sociedade, conformando as regras com as peculiaridades dos povos<sup>5</sup>.

A formação das famílias iniciou-se através de um procedimento informal, onde as pessoas uniam-se com o intuito de procriar, mas sua estruturação é que se deu através do

<sup>4</sup> Com relação ao direito e a sociedade, tomemos emprestado as palavras de Pontes Miranda: “não há vida em comum sem ele, como não há vida em comum sem fenômenos econômicos e os outros mais. Se dois homens se deparassem, a sós, em plena mata virgem, cada um traria consigo o sentimento do Direito, que o seu grupo lhe ensinou. Se falam e convivem, duas horas, que sejam, minutos talvez, entre eles, elementos positivos do grupo nascente, - se nenhuma ação vai até eles, nem pode ir, - criam-se inconscientemente, espontâneas, tiradas da resultante dinâmica, imperceptíveis, mas reais e poderosas, as regras de índole jurídica. A resultante não é outra que a diagonal imaginária do paralelogramo das forças; tais forças é que são de várias espécies: física, moral profissional, etc., e daí a preponderância de caracteres de um deles nas recentes relações dos dois desgarrados de sociedades constituídas (Sobre a adição das forças, devemos advertir que tal processo de composição trata as velocidades e forças como extensões: então, somar é juntar a uma força o *quantum* da outra. Não é o que se passa no mundo real, onde a velocidade tem de se ligar a massas: não seria possível dizer  $A = a + b$ , e sim afirmar que se compõem segundo regra menos simples.) A despeito da separação da Igreja e do Estado, continua aquela a alimentar o direito especial, que a rege, e, se não é material a sanção, nem por isso deixa de ser socialmente eficaz. Algumas sociedades secretas conseguem cristalizar as suas regras de caráter jurídico em normas de direito positivo, com as respectivas sanções, de que foi exemplo, no Brasil, a maçonaria.” (MIRANDA, 1972, p. 75).

<sup>5</sup> No que atine à realidade social e o ordenamento jurídico, destaca-se que “o estudo do direito [...] não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social. O direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção” (PERLINGIERI, 2007, p. 1).

direito<sup>6</sup>. “A família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento” (DIAS, 2009, p. 27). Foi com o intervencionismo estatal que se instituiu o casamento e as demais normas que permeiam a entidade familiar.

O conceito de família<sup>7</sup> pode ser visto em três aspectos: a) amplo (são aquelas pessoas ligadas por vínculo sanguíneo, possuem o mesmo ancestral, há afeto e interesses comuns); b) limitado (abarca os parentes consanguíneos e os colaterais até o quarto grau); c) restrito (formado apenas pelos pais e seus filhos). Tal conceito não é rígido e incapaz de mudanças, mas sim fluido, dotado de adaptabilidade, afinal, as relações familiares estão diretamente ligadas às evoluções sociais. O direito das famílias possui natureza híbrida, pois tem assento tanto no direito privado, quanto no direito público, através das inúmeras normas imperativas e inderrogáveis de que é composto tal ramo.

No que pertine à evolução histórica deste microssistema, ressalta-se que no Código Civil de 1916 o casamento era indissolúvel, a mulher era dotada de incapacidade relativa, havia a distinção entre a família legítima e a ilegítima e estava presente a proibição de se reconhecer os filhos frutos do adultério. A grande mudança no direito das famílias ocorreu com a Constituição de 1988, “o divisor de águas se deu com o início da vigência do texto constitucional [...]. A igualdade entre os cônjuges, liberdades e garantias à mulher [...] vieram a ser elevadas à condição de cláusulas pétreas. Daí o dizer de alguns doutrinadores: o Direito de Família é a parte do Direito Civil (direito privado) mais público em nosso contexto

---

<sup>6</sup> No que concerne à evolução do conceito de família, é importante destacar que “em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitava ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. Esse quadro não resistiu à revolução industrial, que fez aumentar a necessidade de mão-de-obra, principalmente nas atividades terciárias. Assim a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família, que se tornou nuclear, restrita ao casal e sua prole. Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou para as cidades e começou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Existe uma nova concepção da família, formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto nas relações familiares não se cinge apenas ao momento da celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa” (DIAS, 2009, p. 28).

<sup>7</sup> Com relação a família como formação social, podemos dizer que “a família como formação social, como 'sociedade natural', é garantida pela Constituição não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, assim, em função da realização das exigências humanas, de lugar onde se desenvolve a pessoa. A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertence” (PERLINGIERI, 2007, p. 243-244).

jurídico” (SIMÕES, 2007, p. da internet). Com a entrada em vigor da nossa Constituição Cidadã, a proteção à família, suas formas de constituição e reconhecimento passaram a ter nela os seus aspectos gerais, obrigando o texto civil a se conformar a tais modificações.

Com relação ao Código Civil de 2002, houve a mudança de rumos do direito das famílias, “são características básicas do moderno direito de família, além da revalorização do aspecto afetivo e da busca da autenticidade nas relações familiares, a preocupação em dar primazia aos interesses das crianças e dos adolescentes” (PEREIRA, 2007, p. 17).

É de se destacar que foi com o artigo 226 da Constituição que se instituiu o pluralismo familiar e se deu devida importância para o afeto, como elemento formador da família. “Antes desse dispositivo constitucional, notável por seu poder de síntese e pela riqueza de seus enunciados, não havia senão o *casamento* como entidade familiar, o que contrastava com a pluralidade já praticamente em vigor na sociedade civil” (REALE, 2003, p. 1). Por isso se dá tanta relevância para tal dispositivo, afinal, ele positivou algo que há muito já estava presente na sociedade, conformou o direito à realidade social. Antes de adentrarmos na seara das famílias plurais, cremos ser pertinente transcrever as lúcidas palavras de Pontes de Miranda, ao dizer que,

A prática está intimamente ligada à teoria, ao conhecimento do dado; não se concebe Lógica, nem estética, nem Moral, sem a parte psicológica, sem a análise do conteúdo da consciência lógica, estética e ética assim como a segura técnica não é possível sem a prévia elaboração da ciência natural. O fim da Moral não é pregar a Moral, mas fundá-la e alterá-la ou estendê-la. Assim acontece à Ciência positiva do Direito: não prega o direito, - explica-o, funda-o, altera-o, estende-o. Desse conhecimento é que se pode tirar a técnica, ou corrigir a anterior, que não assentava em dados tão exatos. Ciência do Direito e Ética ensinam a compreender o fenômeno jurídico e o fenômeno ético no conjunto da evolução humana e mostram o caráter causal de tais fenômenos. Também a regra jurídica, como a regra ética, produz, é motivo, o que lhe empresta caráter final; mas isso não justifica considerá-la somente como fim. Sociologicamente, é produto, e, como tal, susceptível de indagação científica. Demais, o que há de final nas realizações das regras perde toda a importância finalística, quando se examina o causalismo social, mas vasto, envolvente, a que corresponderia fim mais geral e mais profundo, que é o da adaptação do homem à vida social. (MIRANDA, 1972, p. 78)

Para se adequar à sociedade não mais é suficiente pensar em família como um homem com uma mulher unidos pelo casamento e dotados de filhos, diante da nossa nova ordem social e constitucional, faz-se imprescindível ter uma visão pluralista da família, pois o elemento distintivo da família, que a caracteriza como tal e a coloca na proteção do direito é a “presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo” (DIAS, 2009, p. 24). Em vista do que já foi exposto até agora, necessário se faz tecer comentário a alguns dos diversos tipos de entidades familiares existentes.

## 2.1 Famílias plurais

O pluralismo das relações familiares<sup>8</sup> produziu inúmeras alterações na estrutura da sociedade, a família gerada através do casamento não é mais a única, o conceito de igualdade entre homens e mulheres, o reconhecimento de outros tipos de estrutura familiar e o reconhecimento dos filhos adulterinos, mudou o conceito de família. Hoje, prega-se por um alargamento conceitual, coloca-se como elemento identificador da família o afeto<sup>9</sup>, por isso tantas novas organizações familiares surgiram.

A primeira entidade familiar que iremos destacar é a matrimonial. Entrementes, muitos anos foi a única que esteve sob a égide do direito e da igreja. Com a justificativa de manter a paz da sociedade, tanto o Estado quanto a igreja impuseram normas jurídicas e sociais. A igreja consagrou a união entre o homem e a mulher como sendo indissolúvel. Já o Estado instituiu e regulamentou o casamento. Em um primeiro momento, o casamento foi tido como indissolúvel e a mulher era obrigada a adotar o nome do marido, o que mostrava a sociedade da época que era patriarcal, hierarquizada e heterossexual. Quando casava, a mulher perdia sua capacidade e tornava-se relativamente incapaz, não podia trabalhar nem

<sup>8</sup> A família como um conceito legislativo é plurívoco, “não é absolutamente unitário e, alternadamente, o legislador propõe ora uma noção restrita [...] ora uma ampla [...], até um conceito mais amplo que compreende todos aqueles que vivem no âmbito de um núcleo familiar. O problema da unidade da família deveria ser apresentado distintamente com referência a cada uma de suas possíveis noções, e a mesma noção de 'unidade' teria sentido completo em imediata relação com determinadas *fattispecie* concretas de família. A pluralidade de modelos familiares, o fato de que a sua organização não se esgote nas restritas formas de uma família nuclear, o fenômeno das reagregações de parentes [...] não devem ser ignorados na análise jurídica” (PERLINGIERI, 2007, p. 250).

<sup>9</sup> Destaca-se que é “o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e compromettimentos mútuos. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito da família é o afeto. A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas” (DIAS, 2009, p. 43).

administrar seus bens, o regime adotado era o de comunhão universal. “O casamento não podia ser desconstituído, só anulado por erro essencial quanto à identidade ou à personalidade do cônjuge. Era possível ao marido pedir a anulação do casamento alegando o *desvirginamento* da mulher” (DIAS, 2009, p. 45). Só com o passar dos anos é que foi elaborada a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), que trouxe a possibilidade do rompimento do casamento, a mudança do regime legal para o de comunhão parcial e tornou facultativo o uso do sobrenome do marido pela esposa<sup>10</sup>. Foi com a entrada em vigor da Constituição Federal que o casamento perdeu sua posição de única entidade familiar admitida pela ordem jurídica brasileira. Vale destacar que há diversas exigências para a celebração do casamento, que há direitos e deveres impostos, por isso Maria Berenice Dias o chama de “contrato de adesão”.

Não há apenas as entidades familiares surgidas pelo casamento, existem também as famílias informais, como por exemplo a união estável e o concubinato. Ambas por muito tempo foram rejeitadas pela lei, sem respaldo legal, mas como o desenrolar dos anos a sociedade passou a aceitar tais relacionamentos e o Direito viu-se obrigado a albergar tal informalidade, pelo menos no que concerne à união estável<sup>11</sup>, já que o concubinato ainda sofre as consequências da omissão do nosso legislador.

Merece destaque a família homoafetiva, que é aquela formada por pessoas do mesmo sexo. A Constituição deixou claro que tal entidade não está sob seu amparo, visto que disse expressamente que somente há união estável entre homens e mulheres, o que mostra o total preconceito do legislador. A jurisprudência reconhece tal união como *sociedade de fato*, “tratados como sócios, aos parceiros somente é assegurada a divisão dos bens amealhados durante o período de convívio e de forma proporcional à efetiva participação na sua aquisição” (DIAS, 2009, p. 47)<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> No dia 14 de julho de 2010 o Poder Constituinte Derivado Reformador agiu mais uma vez e publicou a Emenda Constitucional 66, que alterou o § 6º do artigo 226 da nossa Constituição Federal, tal alteração suprimiu a necessidade de prévia separação judicial por mais de um ano e separação de fato por mais de dois anos para que se conceda o divórcio; agora apenas há a possibilidade do divórcio direto, não mais existe o instituto da separação.

<sup>11</sup> No que concerne à união estável destacamos que “o Código Civil impõe requisitos para o reconhecimento da união estável, gera deveres e cria direitos aos conviventes. Assegura alimentos, estabelece o regime de bens e garante ao convivente direitos sucessórios. Aqui também pouco resta à vontade do par, cabendo afirmar que a união estável transformou-se em um *casamento por usucapião*, ou seja, o decurso do prazo confere o estado de casado. A exaustiva regulamentação da união estável a faz objeto de um dirigismo não querido pelos conviventes” (DIAS, 2009, p. 47).

<sup>12</sup> Já existem diversos julgados que reconhecem às uniões homoafetivas efeitos semelhantes de união estável, o que pode ser constatado nos seguintes julgados:

“PLANO DE SAÚDE. COMPANHEIRO. ‘A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica’ (REsp nº 238.715, RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 02.10.06). Agravo regimental não provido”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no Ag nº 971.466/SP**. T3. Min. Ari Pargendler. j. 02/09/2008. DJe 05/11/2008).

Com relação à família monoparental, podemos dizer que é aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, como está expresso no § 4º do artigo 226, da Carta brasileira.

A anaparental caracteriza-se quando pessoas convivem durante certo tempo sob o mesmo teto, como por exemplo quando uma afilhada passa a viver com seus padrinhos, irmãs que vivem juntas, entre outras. Destaca-se que os conviventes não precisam ter relação de parentesco.

As famílias pluriparentais, também chamadas de mosaicos, resultam de diversas relações parentais, como por exemplo: uma mulher divorciada casa-se com um homem que já possuía filhos, eles formarão uma nova família, a denominada de pluriparental. Tais relações

---

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA. 1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, ‘O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.’ *In casu*, ocorre reivindicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez. 2 - No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez admitida a intervenção ministerial, quadra assinalar que o acórdão embargado não possui vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração; os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabendo, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexpressar, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes. 3 - A pensão por morte é : ‘o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não ( neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes.’ (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251). 4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo ‘Da Família’. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise. 5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. 6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: ‘Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º.’ 7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento 9 - Recurso Especial não provido.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 395.904/RS**. T6. Min. Hélio Quaglia Barbosa. j. 13/12/2005. DJ 06/02/2006, p. 365).

familiares “são caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência” (DIAS, 2009, p. 50).

Com relação às famílias paralelas<sup>13</sup>, são aquelas frutos de pessoas que possuem impedimento para casar, chamado de "concubinato", “amantes”, ou outro termo pejorativo. Mais uma vez o legislador não atentou para a realidade, a sociedade forma tais famílias, mas um alto grau de preconceito incide sobre elas. Alguns dizem que elas foram deixadas à margem devido ao *princípio da monogamia*<sup>14</sup>.

Com vistas a terminar, mas não exaurir, a abordagem realizada sobre as famílias plurais ressaltaremos a eudemonista. Tal entidade é aquela formada quando seus membros buscam a felicidade individual convivendo com os outros, é a busca incessante da felicidade, a supremacia do amor, da solidariedade, companheirismo e dedicação, é a família que tem como núcleo central o afeto.

### 3 O PLURALISMO FAMILIAR E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

É notável a grande diversidade existente de *tipos* de famílias, algumas delas já foram elencadas em tópico anterior. Mas mesmo com tanta variedade encontrada em uma sociedade plural como a brasileira, o legislador constituinte continuou preso às amarras do conservadorismo e do preconceito e só *admitiu* como entidade familiar o casamento, a união

<sup>13</sup> Com relação ao reconhecimento de tais uniões destacaremos duas jurisprudências do STJ:

“Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido. A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou pelo menos, que esteja o companheiro separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência do interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do direito de família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino. Não há, portanto, como ser conferido status de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido. Recurso especial provido.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 931.155/RS**. T3. Min. Nancy Andrighi. j. 07.08.2007).

“Concubinato. Relação extraconjugal mantida durante anos. Vida em comum configurada ainda que não exclusivamente. Indenização por serviços domésticos. Pacífica é a orientação das Turmas da 2ª Seção do STJ no sentido de indenizar os serviços domésticos prestados pela concubina ao companheiro durante o período da relação, direito que não é esvaziado pela circunstância de ser o concubino casado, se possível, como no caso, identificar a existência de dupla vida em comum, com a esposa e a companheira, por período superior a trinta anos. Pensão devida durante o período do concubinato até o óbito do concubino”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 303.604/SP**. 4T. Min. Aldir Passarinho Junior. DJ 23/06/2003).

<sup>14</sup> Pertine destacar que “a monogamia não é princípio do direito estatal da família, mas uma regra estrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela prévia do Estado” (DIAS, 2009, p. 51).

estável e a família monoparental<sup>15</sup>. Todavia, nós nos filiamos a Paulo Luiz Netto Lôbo e acreditamos que o artigo 226 da Constituição não é *numerus clausus*, não se trata de um rol taxativo, mas exemplificativo, embora essa corrente de pensamento não seja a predominante<sup>16</sup>.

Tal omissão legislativa é uma clara ofensa à igualdade, a justiça e a dignidade da pessoa humana visto que as inúmeras famílias existentes não possuem tratamento igual e quando vão pedir a proteção do judiciário recebem apenas sentenças retrógradas, o que pode ser visualizado em uma sentença que não reconhece a concomitância de uniões estáveis, mesmo estando presente todos os pressupostos<sup>17</sup>. Todavia, ainda há vozes que se insurgem e tentam modificar esse quadro estático e conservador que ronda o nosso ordenamento<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> O que está expresso no seguinte artigo da Constituição Federal: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - 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. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

<sup>16</sup> A interpretação majoritária do artigo 226 da nossa Carta “é no sentido de tutelar apenas os três tipos de entidades familiares, explicitamente previstos, configurando *numerus clausus*. Esse entendimento é encontrado tanto entre os “antigos” civilistas quanto entre os “novos” civilistas, ainda que estes deplorem a norma de clausura que teria deixado de fora os demais tipos reais, o que tem gerado soluções jurídicas inadequadas ou de total desconsideração deles. Os que entendem que a Constituição não admite outros tipos além dos previstos controvertem acerca da hierarquização entre eles, resultando duas teses antagônicas: I – Há primazia do casamento, concebido como o modelo de família, o que afasta a igualdade entre os tipos, devendo os demais (união estável e entidade monoparental) receberem tutela jurídica limitada; II – Há igualdade entre os três tipos, não havendo primazia do casamento, pois a Constituição assegura liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas que previu, com idêntica dignidade” (LÔBO, 2002, p. 3).

<sup>17</sup> No que toca à ideia de justiça, pensamos por bem transcrever as elucidativas palavras de Sobral Pinto quando diz que: “a missão da Justiça, numa sociedade cristãmente organizada, consiste em decidir e resolver todos estes esforços divergentes, afim de que possa surgir, dentro de um ambiente de absoluta estabilidade, o bem *commum*, que aproveite e beneficie, quer de um modo geral, quer de um modo particular, a cada um dos membros dessa sociedade. A Justiça tem, assim, por fim imediato unificar, desinteressada e imparcialmente, as relações que os homens não podem deixar de estabelecer entre si no seio da sociedade em que actua” (PINTO, 2003, p. da internet).

<sup>18</sup> Isso pode ser comprovado na seguinte notícia retirada do site do TRF5: O Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), em sessão plenária desta quarta-feira (26), concedeu pensão a uma dona de casa de 58 anos, companheira de um auditor do trabalho, morto em 1999, no Recife. A União Federal foi contrária à concessão do benefício, sob a alegação de que não havia possibilidade de reconhecer união estável entre duas pessoas quando uma delas era casada. A relação extraconjugal teria durado 32 anos. O casal deu início ao relacionamento extraconjugal em meados de 1967, na cidade de Vitória de Santo Antão (PE). Em 1968, ela se mudou com o companheiro para o bairro de Tejipió, em Recife. O auditor, que já tinha três filhos, foi pai de uma filha com a dona de casa, em 1969, e nunca deixou de conviver com as duas famílias. Apenas quando ficava doente, deixava de visitar a concubina. Após o falecimento do servidor, a dona de casa ajuizou ação para receber pensão alimentícia, pois tinha como esteio financeiro o companheiro, desde o início do relacionamento. A requerente demonstrou nos autos sua condição de companheira com o registro de nascimento da filha, constando sobrenome do pai, contas de luz em nome do companheiro e notas fiscais de eletrodomésticos com seu endereço para entrega. O relator, desembargador federal Marcelo Navarro, reconheceu que o entendimento do STF era no sentido de não reconhecer direito à requerente, em virtude do companheiro ser casado. O magistrado lembrou, entretanto, que as Turmas desta Corte estavam formando jurisprudência em sentido contrário. O julgamento foi pela maioria dos votos. Disponível em: <[http://www.trf5.jus.br/noticias/1555/pleno\\_cria\\_jurisprudencia\\_em\\_matacria\\_de\\_concubinato.html](http://www.trf5.jus.br/noticias/1555/pleno_cria_jurisprudencia_em_matacria_de_concubinato.html)> Acesso em: 06 jun. 2010.

Diante de tal omissão legislativa, propor-nos-emos a utilização da mutação constitucional e do artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil<sup>19</sup>. A mutação constitucional<sup>20</sup> dá-se através de alterações semânticas dos preceitos contidos na Constituição, em virtude de alterações histórico-sociais ou fático-axiológico no ambiente em que se põe em concreto a aplicação da Carta. Esta é possível, visto que os “textos constitucionais são necessariamente mais *abertos* do que aqueles que veiculam os demais comandos jurídicos” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 152). Ou seja, em virtude de mudanças na sociedade, com o passar dos anos, faz-se mister a alteração da interpretação que se faz do texto constitucional, para que ele esteja sempre atualizado e dotado de efetividade no seio de uma dada sociedade. As mutações constitucionais são originadas da “conjugação da *peculiaridade* da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores *externos*, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia –, intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 152). É importante destacar que incide na mutação constitucional os mesmos limites existentes à interpretação constitucional. Destacamos também o artigo 5º da LICC, afinal, este permite que o juiz não siga apenas os ditames do direito positivo, mas

<sup>19</sup> É importante destacar os critérios de interpretação constitucional aplicáveis que Paulo Lôbo faz referência: “Carlos Maximiliano aponta-nos três critérios hermenêuticos compatíveis à hipótese em exame, da interpretação ampla: a) Cada disposição estende-se a todos os casos que, por paridade de motivos, se devem considerar enquadrados no conceito; b) Quando a norma estatui sobre um assunto como princípio ou origem, suas disposições aplicam-se a tudo o que do mesmo assunto deriva lógica e necessariamente; c) Interpretam-se amplamente as normas feitas para 'abolir ou remediar males, dificuldades, injustiças, ônus, gravames' [...] Gomes Canotilho refere o "princípio da máxima efetividade" ou "princípio da interpretação efetiva", que pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Ou seja, na dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia à norma constitucional. Aplicando ao tema: se dois forem os sentidos que possam ser extraídos dos preceitos do art. 226 da Constituição brasileira, deve ser preferido o que lhes atribui o alcance de inclusão de todas as entidades familiares, pois confere maior eficácia aos princípios de 'especial proteção do Estado' (caput) e de realização da dignidade pessoal 'de cada um dos que a integram' (§ 8º). Konrad Hesse diz que a interpretação constitucional é concretização. Precisamente "o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da 'realidade' de cuja ordenação se trata". Consequentemente, o intérprete encontra-se obrigado à inclusão em seu âmbito normativo dos elementos de concretização que permitam a solução do problema” (LÔBO, 2002, p. 7-8).

<sup>20</sup> Com relação à mutação constitucional, podemos destacar que “leis há, sem dúvida, que durante todo o período de sua vigência, sofrem pequenas alterações semânticas, mantendo quase intocável a sua conotação originária. Isso ocorre quando não se verifica mudança de relvo na *tábua de valores* sociais, nem inovações de monta no concernente aos *suportes fáticos*. Muitas e muitas vezes, porém, as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude da interferência de fatores diversos que vêm amoldar a letra da lei e um *novo espírito*, a uma imprevista *ratio juris*. Tais alterações na semântica normativa podem resultar: a) do impacto de valorações novas, ou se mutações imprevistas na hierarquia dos valores dominantes; b) da superveniência de fatos que venham modificar para mais ou para menos os dados da incidência normativa; c) da intercorrência de outras normas, que não revogam propriamente uma regra em vigor, mas interferem no seu campo ou linha de interpretação; d) da conjugação de dois ou até dos três fatores acima discriminados” (REALE, 2003, 563).

também os fins sociais a que a lei se destina e as exigências do bem comum, isso está diretamente ligado ao respaldo que deve ser dado aos mais diversos *tipos* de famílias existentes.

Por fim, ressaltamos que para o nosso direito das famílias ser dotado da verdadeira eficácia ele não deve ficar preso ao preconceito e conservadorismo, tem que se adequar, adaptar-se à sociedade e para que isso ocorra propor-nos-emos a utilização da mutação constitucional e do artigo 5º da LICC, dessa forma acreditamos que todas os inúmeros tipos de entidades familiares poderão ser albergados e protegidos pelo nosso ordenamento jurídico.

#### 4 CONCLUSÃO

É assente que o direito das famílias tem natureza híbrida, visto que possui tanto normas de caráter publicista quanto privado, tem respaldo constitucional em diversos artigos, mas destacam-se o art. 226 e o 227. O afeto possui grande relevância para tal ramo, ele é considerado por parte da doutrina como o elemento caracterizador de uma entidade familiar.

Tendo em vista o pluralismo social<sup>21</sup>, infere-se a existência de não apenas três tipos de relações familiares, mas sim inúmeras. Há famílias monoparentais, eudemonistas, anaparentais, informais, paralelas, enfim enquanto houver afeto e o *animus* de conviverem, de dividir experiências haverá novos tipos de famílias sendo formados. Por isso, urge que o nosso ordenamento jurídico adapte-se às transformações sociais e coloque sob sua chancela tais entidades.

Com o escopo de igualar o tratamento dado a todas as relações familiares, de respeitar a dignidade da pessoa humana, de banir o preconceito e o conservadorismo calcado no nosso Direito viemos propor a utilização da mutação constitucional e do artigo 5º da LICC. Com o uso das mutações constitucionais não precisamos alterar o texto da lei para proteger as famílias, através da mudança da interpretação das normas constitucionais podemos obter o

<sup>21</sup> Para finalizar, ressalte-se que “os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram. A Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, adotando um conceito aberto, abrangente e de inclusão. Viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana as interpretações que (a) excluem as demais entidades familiares da tutela constitucional ou (b) asseguram tutela dos efeitos jurídicos no âmbito do direito das obrigações, como se os integrantes dessas entidades fossem sócios de sociedade de fato mercantil ou civil” (LÔBO, 2002, p. 13).

resultado almejado. Tal modificação interpretativa deve ocorrer em virtude das alterações sociais, históricas e fáticas, para que o texto da lei se adeque ao novo cenário social, e isso só é possível em virtude da linguagem aberta de que é dotada a Constituição Federal. Já o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil propõe ao jurista interpretar utilizando-se das exigências do bem comum.

Com o escopo de concluir, asseveramos que se faz mister que o Direito, adeque-se à nova ordem social, adapte-se aos anseios sociais, afaste-se de todo preconceito, para que assim possa exalar igualdade e justiça para todas as entidades familiares.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **RERE** (Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado), Salvador, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. **A Constituição e o Código Civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 34, set. 1935, p. 31-38.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 9 jun. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. Naturalidade do fenômeno jurídico. In: \_\_\_\_\_. **Sistema de ciência positiva do direito: introdução à ciência do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. I, p. 75-100.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de Família:** aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, H. Sobral. A missão da Justiça. **Revista Jurídica Virtual**, v. 4, n. 47, abr. 2003, [Panteão dos Clássicos]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_47/panteao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_47/panteao.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2010.

REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito.** São Paulo: Saraiva, 2003.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A família afetiva:** o afeto como formador de família. Site IBDFAM, 24 out. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336>>. Acesso em: 05 jun. 2010.

## **BETWEEN LEGAL AND FACT: PLURAL FAMILIES AND THEIR RECOGNITION BY THE BRAZIL LAW SYSTEM**

### **ABSTRACT**

The right of families suffers with a big influence of conservative ideas. Brazil's law brings up only three of the many types of family entities existing nowadays. Besides the difficulties faced by the legislative power to innovate and to conform the Constitution to the social reality, there is also the inertia and the setback of most of the Judiciary. In order to change the interpretation given to the Article 226 of the Main Chart, the present study proposes the use of the constitutional mutation and compliance with the Article 5 of the Introductory Law of the Civil Code.

**Keywords:** Right of families, Pluralism family, Constitutional mutation.