



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

**MUTAÇÕES NO CONCEITO DE FAMÍLIA PROVOCADAS PELAS RELAÇÕES
SOCIAIS**

ORIENTANDA: JÚLIA PEREIRA SANTOS MOURA
ORIENTADORA PROF^a. MS. LARISSA DE OLIVEIRA COSTA BORGES

Goiânia/GO

2020

JÚLIA PEREIRA SANTOS MOURA

**MUTAÇÕES NO CONCEITO DE FAMÍLIA PROVOCADAS PELAS RELAÇÕES
SOCIAIS**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof^a. Orientadora – Ms. Larissa de Oliveira Costa Borges

Goiânia/GO

2020

JÚLIA PEREIRA SANTOS MOURA

**MUTAÇÕES NO CONCEITO DE FAMÍLIA PROVOCADAS PELAS RELAÇÕES
SOCIAIS**

Data da Defesa: 09 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^a.: Ms. Larissa de Oliveira Costa Borges Nota:

Examinadora Convidada: Prof^a.: Ms. Ana Flávia Borges Nota:

Aos meus pais, por nunca terem medido esforços para me proporcionar um ensino de qualidade durante todo o meu período escolar.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente gostaria de agradecer a minha família, pelo amor, incentivo força a apoio, não só durante a faculdade e sim por toda a minha vida, me proporcionando momentos marcantes e inesquecíveis.

A todos os meus amigos que, direta ou indiretamente, contribuíram para minha formação e que vivenciaram e me deram força e esperança em um período verdadeiramente *sui generis*, finalizando a faculdade em meio a uma pandemia.

À universidade, por ter oferecido um ambiente amigável e cheio de pessoas atenciosas. E um agradecimento especial aos professores que estiveram comigo durante esta jornada e que se empenharam, com zelo e carinho, para sempre proporcionar o melhor ensino possível, mesmo que a distância.

RESUMO

O presente trabalho é um estudo técnico com o intuito de mostrar a importância das relações sociais no âmbito do Direito; como os costumes e acontecimentos diários influenciam na formação de conceitos e princípios jurídicos e como eles estão em constante transformação, não devendo o Direito permanecer estático. Esta monografia, inicialmente, forneceu um panorama conceitual sobre a evolução da família até os dias atuais e também sobre o reconhecimento dos vários conceitos de família, enfatizando nas mudanças ocorridas devido ao amadurecimento social. Apresenta a relação entre a sociedade e o Direito, como este é influenciado por aquela, para transformar-se numa fonte informal do direito. Utilizou-se de pesquisas bibliográficas, pesquisas documentais, artigos científicos, jurisprudências e doutrinas. Destacou a existência do pluralismo no Direito, com influência da sociologia, proporcionando uma visão mais social, o que acarreta na evolução do conceito de família, com a interpretação da Constituição Federal e do Código Civil. O método recorrido foi a jurisprudência em busca de acompanhar as transformações por meio de equiparações e as mutações do conceito de família. Por último, o trabalho foi estruturado de acordo com o novo conceito de família, novos princípios do Direito das Famílias e a concepção constitucional de família, procurando mostrar a nova visão, abordando a relevância jurídica das relações sociais e em como lidamos com elas.

Palavras-chave: famílias; afeto; pluralidade

ABSTRACT

The present work is a technical study in order to show the importance of social relations in the scope of the Law; how customs and daily events influence the formation of legal concepts and principles and how they are constantly changing, and the law should not remain static. This undergraduate thesis, initially, provided a conceptual overview of the evolution of the family to the present day and also of the recognition of the various concepts of family, emphasizing the changes that have occurred due to social maturation. It presents the relationship between society and law, as it is influenced by it, to become an informal source of law. Bibliographic research, documentary research, scientific articles, case law and doctrines were used. Were highlighted the existence of pluralism in law, influenced by sociology, providing a more social view, which leads to the evolution of the concept of family, with the interpretation of the Federal Constitution and the Civil Code. The method used was jurisprudence in search of accompanying transformations through equations and mutations in the concept of family. Finally, the work was structured according to the new concept of family, new principles of Family Law and the constitutional concept of family, seeking to show a new vision, addressing the legal relevance of social relations and how we deal with them.

Keywords: families; affection; plurality

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 09 |
| 1 FAMÍLIA NO AMBITO JURÍDICO | 11 |
| 1.1 Histórico | 11 |
| 1.2 Conceito de família | 13 |
| 1.2.1 Família nos termos da Constituição Federal | 14 |
| 1.2.2 Família conforme o Código Civil | 16 |
| 1.3 Tipos de família | 17 |
| 1.3.1 Casamento | 17 |
| 1.3.2 União estável | 18 |
| 1.3.3 Família monoparental | 19 |
| 1.3.4 Família homoafetiva | 19 |
| 1.3.5 Família paralela ou simultânea | 20 |
| 1.3.6 Família poliafetiva | 21 |
| 1.3.7 Família parental ou anaparental | 22 |
| 1.3.8 Família recomposta, pluriparental ou mosaico | 22 |
| 1.3.9 Família natural, extensa ou ampliada | 23 |
| 1.3.10 Família substituta | 23 |
| 1.3.11 Família eudemonista | 24 |
| 1.3.12 Família ectogenéticas | 24 |
| 2 RELAÇÕES SOCIAIS E FAMÍLIA | 26 |
| 2.1 Direito e o fato social | 26 |
| 2.2 Demandas sociais e decisões jurídicas | 27 |
| 2.2.1 Fato social como mudança na interpretação da lei | 28 |
| 2.2.2 Legislador omissor em relação à fato social novo | 30 |

| | |
|--|-----------|
| 2.2.3 Decisão judicial amparando fato social | 31 |
| 2.3 Mutações na aplicação do Direito | 36 |
| 2.3.1 Conceito de mutação | 37 |
| 2.3.2 Como as relações sociais influenciam o Direito | 38 |
| 3 MUTAÇÕES NO CONCEITO DE FAMÍLIA | 41 |
| 3.1 Famílias legais e culturais | 41 |
| 3.2 Importância do fato social na interpretação da lei | 41 |
| 3.3 Solução jurídica para novos tipos de família | 43 |
| CONCLUSÃO | 46 |
| REFERÊNCIAS | 48 |

INTRODUÇÃO

A família sempre foi muito importante para o desenvolvimento individual humano, e vimos a sua essência se transformar e sofrer mutações em razão do amadurecimento da sociedade, em que concepções familiares 'estranhas' para determinadas décadas se tornaram 'normais' para a atual sociedade.

Atualmente, mesmo com a existência de vários tipos de família, todas tem um ponto em comum, são centradas pelo afeto. Isso se dá pelo fato de vivermos em uma sociedade em que um dos principais fundamentos jurídicos que rege a Constituição Nacional é o princípio da dignidade humana, destacando uma maior proteção dos direitos existenciais já disciplinados de forma mais ampla na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Com isso, dá-se ênfase aos direitos da liberdade, de igualdade e da solidariedade, resultando, então, em uma maior proteção às relações afetivas.

Com as mudanças ocorridas e consolidadas nacionalmente pela Constituição Federal de 1988 (CF) durante o século passado, levaram a aprovação do Código Civil de 2002 que confirmou a ampliação do conceito de família, com a regulamentação da união estável como entidade familiar, por exemplo. As inovações mencionadas dão uma visão panorâmica das profundas modificações introduzidas no direito de família.

Diante disso, o principal questionamento é a forma que essas mudanças sociais são absorvidas pelo Direito e qual sua importância social. A pesquisa busca, como principal objetivo o de identificar e explicar os vários tipos de família e sua previsão legal, além de defini-las conforme o Código Civil e a Constituição Federal. Analisar a influência das relações sociais na aplicação do direito, separando os tipos de família que possuem previsão legal daqueles que não são previstos, mas que são aceitos e reconhecidos devido a jurisprudência criada pelos tribunais ao redor do país.

O método utilizado na pesquisa foi o dedutivo, tomando como base os seguintes recursos: legislações específicas, jurisprudência, além do uso de doutrinadores, que serão de grande importância, trabalhos acadêmicos e artigos

científicos. A produção acadêmica foi fundamentada com uso de artigos, acórdãos de tribunais, manuais jurídicos e textos oriundos da Internet.

No primeiro capítulo do trabalho é feita uma trilha histórica que o conceito de família percorreu ao longo dos anos, com enfoque nas principais mudanças, sociais e jurídicas, mostrando como o conceito unitário da família deixou de existir, transformando-se em algo flexível, não tendo por origem apenas o casamento e valorizando o vínculo existente entre as pessoas, o desenvolvimento de seus membros e a afetividade.

Já no segundo capítulo a pesquisa trouxe um paralelo entre a sociedade e a família, como uma influencia a outra ao ponto de haver necessidade social a ser sanada juridicamente. Tratou da relação entre a sociedade e o direito, como este é influenciada por aquela, se tornando uma fonte informal do direito, mostrando sua importância na formação de conceitos e princípios jurídicos. Sendo que os tipos de famílias evoluíram tanto desde a consolidação da Constituição Federal e do Código Civil, o método recorrido pela jurisprudência, para tentar acompanhar essas transformações, foram as equiparações e as mutações.

Por fim, no último capítulo abordou as transformações sociais, ocorridas no século XX, que ocasionaram em alterações no modo como o Direito vê a família, ampliando o seu conceito, bem como as concepções teóricas como o 'direito da rua' está sendo incorporado no direito positivado, principalmente no campo familiar, com suas relações dinâmicas. Além disso, foi discutido sobre a importância do fato social na interpretação da lei, para que todas as novas formas de famílias, que são aceitas culturalmente, adquiram segurança jurídica.

1 FAMÍLIA NO ÂMBITO JURÍDICO

1.1 Histórico

Manter vínculos é uma prerrogativa dos seres vivos. Como bem explana Maria Berenice Dias (2016), possuímos uma aversão à solidão e sempre sentimos a necessidade de perpetuação da espécie, mesmo que seja um instinto natural, sendo que a própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar, sendo o instituto mais antigo do Estado.

No direito romano, como prescreve Carlos Roberto Gonçalves (2012), a família era uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, sendo organizada pelo princípio do *pater poder*, exercido pelo patriarca sobre os membros da família, perdurando até a morte. Podia impor-lhes castigos físicos e até mesmo, em casos extremos, tirar-lhe a vida, e, além disso, a figura da mulher era de uma pessoa extremamente subordinada ao poder do marido, uma propriedade, que tinha o dever de dar-lhe filhos, podendo ter o casamento anulado no caso de esterilidade.

O pater exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo pater. Somente numa fase mais evoluída do direito romano surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pater (GONÇALVES, 2012, p. 34).

Ainda de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2012), com o passar do tempo essa situação foi mudando e esse sistema familiar severo foi sendo atenuado, sendo popularizado a concepção cristã de família, na qual predominavam a moral, recebendo a mulher e os filhos uma maior autonomia da autoridade do *pater*.

É nesse momento que encontramos pela primeira vez o princípio da afetividade inserido no conceito de família, conforme menciona Gonçalves (2012), visto que os romanos entendiam necessária a existência do afeto não só no momento da celebração do casamento, mas como em toda a sua duração, uma vez

que este não existisse mais seria causa para a sua dissolução, pelo divórcio. Entretanto esse último posicionamento era bastante criticado pelos canonistas, que consideravam o casamento um sacramento, não podendo o homem dissolver uma união feita por Deus (*quod Deus conjunxit homo non separe*).

Diz ainda Gonçalves (2012) que no período da Idade Média a família era extremamente influenciada pelo direito canônico (a religião era o que unia a família), o casamento religioso era uma exigência, mas as normas da família romana ainda influenciavam, no quesito pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, e começa-se a observar uma crescente importância de regras de origem germânica. Mas ainda sofriam grande influência da religião, sendo que a Igreja começou a interferir nos assuntos familiares, e é quando o adultério, divórcio e o concubinato começam a ser repudiados e combatidos pela Igreja, assim como qualquer outra forma que pudesse desagradar o seio familiar.

Durante a Idade Média a principal finalidade da família era a conservação dos bens e a procriação, como bem destaca Phillippe Ariés (1978), não possuía uma função afetiva, não fazia diferença a existência do afeto ou não, nem entre os cônjuges nem entre pai e filho, se existisse bom, mas não era necessário. Diferente do direito romano, aqui o divórcio só era permitido se a iniciativa partisse do homem, em casos de adultério e esterilidade da mulher, visto que era seu dever a procriação.

Diz Flávio Tartuce,

Assim sendo, pode-se utilizar a expressão despatriarcalização do Direito de Família, já que a figura paterna não exerce o poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo ou colaboração, não de hierarquia, desaparecendo a figura do pai de família (pater familias), não podendo ser utilizada a expressão pátrio poder, substituída, na prática, por poder familiar (2006, disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro>>).

Gonçalves (2012) afirma que a família brasileira, como é concebida atualmente, recebeu influência de todos os 03 (três) tipos de família: família romana, canônica e germânica. Pode-se destacar principalmente o direito canônico como influência no Brasil, devido a colonização portuguesa e a implantação das Ordenações Filipinas, dando origem ao Código Civil de 1916.

Recentemente, pelo influxo da globalização, dos movimentos sociais e pelos avanços da tecnologia ocasionado pelo estudo científico, como é mencionado por

Rodrigo da Cunha Pereira (2015), ocorreram constantes alterações de regras, leis e comportamentos, seguindo um direito civil com adaptações à realidade atual, perdendo um pouco o seu caráter canonista e dogmático intocável.

No entanto, ainda existe a tarefa de mudar as regras do direito das famílias, apesar de ser o ramo do direito que mais avançou, por seguir os acontecimentos sociais. Isto ocorre porque é o ramo do direito que mexe com a vida das pessoas e seus sentimentos, e mesmo que tente, é difícil para o legislador acompanhar a realidade social e contemplar as inquietações da família contemporânea devido às constantes alterações.

No Código Civil de 1916 a família era regulada de forma hierarquizada e patriarcal, sendo o casamento a única forma de constituir uma família, já que não havia o reconhecimento de outros institutos compatíveis com a família, como existe hoje.

Atualmente, a família é marcada pela diversidade, justificada pela busca ao afeto dentro das relações, não sendo considerada família apenas aquelas pessoas que possuem laços sanguíneos, mas também leva em consideração o amor e a convivência, como na filiação socioafetiva, frutos das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988.

Justamente diante desses novos modelos de família é que se tem entendido que ela não pode se enquadrar numa moldura rígida, sendo visto como algo imutável pois está em constante transformação, sendo um dos ramos que mais sofreu alterações pelo tempo. Essa constatação faz com que seja inconstitucional qualquer projeto de lei que procure restringir o conceito de família.

1.2 Conceito de família

O Dicionário Houaiss trouxe, em 2016, um novo conceito de família, atualizando-o para acompanhar os anseios sociais, conceituada como um núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária.

Segundo um artigo do IBDFAM, publicado em 2016, esse conceito surgiu após uma campanha realizada pela agência NBS com o Grande Dicionário Houaiss, que receberam várias sugestões para alterar o conceito de família que estava presente no dicionário, com o intuito de abarcar as variadas famílias existentes.

Devido as transformações sofridas no sentido jurídico de entidade familiar prescrito por Gonçalves (2012), esta passou por um grande processo de transformação durante o século passado, ocorrendo a aceitação de valores considerados imorais a alguns anos atrás, e tivemos que mudar e buscar uma nova definição de família que acompanhasse a evolução social.

Com o declínio do patriarcalismo, a família perdeu sua força como instituição e hierarquia rígida, ficou menos patrimonialista, deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do amor e do companheirismo, um centro formador e de desenvolvimento do sujeito, de sua dignidade, de sua humanidade e humanização. (PEREIRA. 2015, p. 287)

Em seu dicionário jurídico, Rodrigo da Cunha Pereira (2015) conceitua a família como um grupo de pessoas unidas pelo afeto e pela solidariedade, para as quais a procriação não é essencial. Menciona também que possui como um dos principais fundamentos da relação familiar a afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos, deixando de tratar apenas da família singular, matrimonializada, e abrangendo o seu conceito para todas as famílias.

1.2.1 Família nos termos da Constituição Federal

Com todas as transformações ocorridas durante o século XX, a Constituição Federal de 1988 (CF) as absorveu e adotou uma nova relação de valores, deixando de proteger apenas a família tradicional, colocando em destaque o princípio da dignidade da pessoa humana. Com a sua promulgação, vários artigos do Código Civil de 1916 foram invalidados, não sendo recepcionados pela Carta Magna.

Nesse mesmo sentido menciona Maria Berenice Dias (2016) que em um único dispositivo, a Constituição Federal combateu séculos de preconceito, instaurando a igualdade entre o homem e a mulher, ampliando o conceito de família,

protegendo todos de forma igualitária. Além disso, estendeu proteção à família constituída pela união estável e a família monoparental; estabeleceu a igualdade entre os filhos, adotivos ou não, havidos dentro ou fora do casamento, sendo-lhes garantidos os mesmos direitos e qualificações.

Tartuce (2017) ainda destaca que doutrinas e jurisprudências majoritárias vêm apontando que o rol com os modelos de família constante na Constituição Federal é exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*). Assim sendo, podem existir outras formatações de família, além daquelas expressas no Texto Maior.

A Constituição também deu bastante enfoque ao planejamento familiar e à assistência direta à família (art. 226, §§ 7º e 8º da CF). O planejamento familiar é um conjunto de ações que auxiliam o casal a planejar a chegada dos filhos, prevenindo a gravidez não planejada, sendo de livre decisão do casal, se tratando de ações preventivas e educativas, para a garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade, como bem determina a Lei nº 9.263 de 1996, em seus artigos 1º, 2º, 3º e 4º, que trata do planejamento familiar. Compete ao Estado fornecer os recursos educacionais e científicos para o efetivo exercício do direito constitucional, que é baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, conforme disposto no artigo 226, § 7º da CF.

No tocante ao planejamento familiar, o constituinte enfrentou o problema da limitação da natalidade e decidiu que cabe aos pais decidirem o modo de agir e quantos filhos terão, não devendo ser considerado o crescimento populacional desordenado, e vedada qualquer forma coercitiva, por parte de instituições oficiais ou particulares, para estabelecer critérios interferindo na família (art. 226, § 7º, CF).

Além disso, 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 (art. 226, § 8º, CF). Nesse sentido, aponta Carlos Roberto Gonçalves (2012) que incumbe a todos os órgãos, instituições e categorias sociais envidar esforços e empenhar recursos na efetivação da norma constitucional, na tentativa de afastar o fantasma da miséria absoluta que ronda considerável parte da população nacional.

Diante das mudanças sociais que ocorreram durante o século passado e que foram exteriorizados pela Carta Magna, junto com as inovações mencionadas, sob tais influências, foi construído o texto do Código Civil de 2002.

1.2.2 Família nos termos do Código Civil de 2002

O Código Civil divide em títulos o direito patrimonial (Título II, do art. 1639 ao art. 1722) e o direito pessoal (Título I, do art. 1511 ao art. 1638) pertinente à família, além de confirmar os direitos que foram assegurados pela Constituição, como a igualdade entre o homem e a mulher, igualdade de filhos, proibição da interferência de pessoas jurídicas na família, etc.

O novo diploma amplia, ainda, o conceito de família, com a regulamentação da união estável como entidade familiar; revê os preceitos pertinentes à contestação, pelo marido, da legitimidade do filho nascido de sua mulher, ajustando-se à jurisprudência dominante; reafirma a igualdade entre os filhos em direitos e qualificações, como consignado na Constituição Federal; atenua o princípio da imutabilidade do regime de bens no casamento; limita o parentesco, na linha colateral, até o quarto grau, por ser este o limite estabelecido para o direito sucessório; introduz novo regime de bens, em substituição ao regime dotal, denominado regime de participação final nos aquestos; confere nova disciplina à matéria de invalidade do casamento, que corresponde melhor à natureza das coisas; introduz nova disciplina do instituto da adoção, compreendendo tanto a de crianças e adolescentes como a de maiores, exigindo procedimento judicial em ambos os casos; regula a dissolução da sociedade conjugal, revogando tacitamente as normas de caráter material da Lei do Divórcio, mantidas, porém, as procedimentais; disciplina a prestação de alimentos segundo nova visão, abandonando o rígido critério da mera garantia dos meios de subsistência; mantém a instituição do bem de família e procede a uma revisão nas normas concernentes à tutela e à curatela, acrescentando a hipótese de curatela do enfermo ou portador de deficiência física, dentre outras alterações (GONÇALVES, 2012, p. 36).

Essas inovações mostram o quando o direito das famílias sofreu influência da mudança conceitual que a sociedade sofreu durante o último século e as alterações ocorridas para tentar acompanhar essas modificações.

É importante ressaltar que as modificações legislativas trazidas pelas novas normas ressaltaram a família como uma função social, que visa o princípio da afetividade, dos laços criados entre as pessoas, valorizando isso ao valor patrimonial antes levado em consideração, como deixa claro Maria Berenice Dias (2016, p. 207):

O novo modelo de família funda-se sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família (...) A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

Portanto, o rol, presente em legislações, que apresenta os novos modelos de famílias são meramente exemplificativos, conforme entendimento da doutrina majoritária, e inconstitucional qualquer lei que venha a impedir novos modelos.

1.3 Tipos de família

Mesmo que o conceito de família tenha sido ampliado pela Constituição e pelo Código Civil de 2002, as pessoas se relacionam de forma dinâmica, trazendo novos direitos, novos modelos de família que ainda não são protegidas por norma. Dito isto, cabe a jurisprudência e a doutrina falar sobre eles.

São elas: família 'tradicional'; união estável; família homoafetiva; família paralela ou simultânea; família poliafetiva; família monoparental; família parental ou anaparental; família composta, pluriparental ou mosaico; família natural, extensa ou ampliada; família substituta; família eudemonista.

1.3.1 Casamento 'Tradicional'

O casamento é uma das instituições sociais mais antigas do mundo, sofrendo influências e mudanças no decorrer do tempo.

No início do século passado, devido à grande influência que a igreja exercia sobre a sociedade, o legislador reconheceu a juridicidade apenas da união matrimonial. Esta se caracterizava pela união entre um homem e uma mulher, sendo que o primeiro exercia a chefia da relação familiar e a finalidade desta relação era a procriação e a conservação do patrimônio (TIEZZI; GESSE, 2016, p. 18).

Conforme o Código Civil de 2002, em seu artigo 1513, proibiu-se a intervenção de entidades nas relações familiares, como o casamento.

De acordo com Maria Helena Diniz (2010), o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, que visa o auxílio mútuo, de modo que haja intenção de constituir família por livre e espontânea vontade, possuindo efeito civil.

Desse conceito pode-se entender que o matrimônio não é apenas a legalização da relação sexual entre as pessoas, mas a conjunção espiritual de duas pessoas, atingindo a plenitude do desenvolvimento pessoal, influenciado pelo afeto e companheirismo, como bem destaca Maria Helena (2010) em sua obra.

Nas relações afetivas atuais não temos mais a figura do pater poder, do homem como líder da família, devendo todos ser submissos a ele. Com a evolução do pensamento da sociedade, influenciado pelos movimentos feministas, ocorreu independência da mulher e ela tomou seu próprio lugar nas relações sociais e afetivas. Prova disso é a garantia constitucional de direito iguais entre os cônjuges. Ademais, as relações familiares são baseadas no afeto entre as pessoas, deixando de possuir um cunho patrimonialista e reprodutivo, que era a realidade na Antiguidade.

1.3.2 União estável 'Informal'

O Código Civil, em seu artigo 1723, reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, sendo que os impedimentos matrimoniais também impedem a instituição da união estável, salvo o inciso VI (pessoas casadas podem ter união estável, desde que esteja separado de fato).

Maria Berenice (2015) defende que, apesar de estar exposto na lei que é uma união entre homem e mulher, devido a aceitação da sociedade forçaram o sistema jurídico a aceitar união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Antes da união estável ser regularizada juridicamente, ela já existia socialmente, mas era marginalizada e nomeada de relações concubinárias, visto que

os filhos nascidos de relações assim eram discriminadas e sofriam bastante com nomes pejorativos, considerados ilegítimos, não possuindo nenhum direito, como expõe Dias (2016).

Hoje em dia, com o seu apoio jurídico, influenciada pela aceitação social da relação, a união estável passou a ser igualada ao casamento quanto aos direitos dos companheiros, ao passo que os filhos possuem os mesmos direitos, não existindo nenhum tipo de distinção entre eles sendo vedado qualquer tipo de designações discriminatórias relativas à filiação, o que causa uma maior segurança jurídica, como prevê o artigo 227, § 6º da Constituição Federal.

1.3.3 Família monoparental

É aquela composta por qualquer um dos pais e seus descendentes, como, por exemplo, uma mãe e seus filhos, uma avó/ô com os netos, o pai com os filhos, etc, estando regulada no artigo 226, § 4º, CF.

O enlaçamento dos vínculos familiares constituídos por um dos genitores com seus filhos, no âmbito da especial proteção do Estado, subtrai a conotação de natureza sexual do conceito de família. Tais entidades familiares receberam em sede doutrinária o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar (DIAS, 2016, p. 215).

É importante ressaltar que família é o exemplo perfeito da importância do princípio da afetividade, e que não existe conotação sexual entre os componentes como bem aponta Maria Berenice (2016), apenas pessoas que possuem afinidade e buscam a felicidade.

1.3.4 Família homoafetiva

É aquela formada por duas pessoas do mesmo sexo, homem ou mulher. Maria Berenice Dias (2016) afirma que nenhuma espécie de vínculo, que tenha por base o afeto, pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção

do Estado, pois a Constituição (art. 1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Apesar de não ser uma forma de família normatizada e ainda ser muito discriminada (pois são vistas como pecaminosas pelos religiosos, como dispõe Diniz (2016)), a família homoafetiva é tratada e tutelada pelos tribunais em todo o território nacional, deixando de lado o preconceito. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui reconhecimento consolidado da união homoafetiva como entidade familiar pela jurisprudência, conforme se extrai do julgamento abaixo que admitiu o casamento homoafetivo:

[...] Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado 'família', recebendo todos eles a 'especial proteção do Estado'. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados – deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade [...]. (STJ, 2011)

As inúmeras decisões judiciais, atribuindo conseqüências jurídicas a essas relações, levou o Supremo Tribunal Federal (STF) a reconhecê-las como união estável, com iguais direitos e deveres, passando a admitir a conversão da união estável homoafetiva em casamento, como bem menciona Maria Berenice Dias (2016).

1.3.5 Família paralela ou simultânea

As famílias simultâneas são conceituadas como famílias existentes ao mesmo tempo, ou seja, um homem, ou mulher, possui duas, ou mais, famílias simultaneamente, sendo um casamento e uma união afetiva, duas uniões afetivas ou mais, etc.

Dias (2016) fala que a expressão 'simultânea' é preferível a paralelas, visto que paralelas dá a impressão de que nunca se encontrarão, não existe ponto de divergência, quando na verdade, na maioria dos casos, uma sempre sabe da existência da outra, e as vezes a aceita, sendo então 'simultânea' mais apropriada.

A mesma autora ainda critica bastante o fato da existência desse instituto, uma vez que é um quebra do dever da fidelidade e um adultério, apesar de não ser considerado um crime, ela rebate defendendo o seu ponto de vista, afirmando que não devemos ser coniventes com esse tipo de comportamento.

Apesar desse ponto de vista, é um instituto presente socialmente, devendo ser levado em consideração e falado a respeito da forma mais imparcial possível, ainda que não tenha sido recepcionada pelo legislador e nem mesmo pelo judiciário já que não há posicionamento judicial sobre a regularidade desse modelo familiar.

1.3.6 Família poliafetiva

O conceito que Maria Berenice Dias (2016, p. 215) trás sobre essa entidade é:

A união poliafetiva é quando forma-se uma única entidade familiar. Todos moram sob o mesmo teto. Tem-se um verdadeiro casamento, com uma única diferença: o número de integrantes. Isto significa que o tratamento jurídico à poliafetividade deve ser idêntico ao estabelecido às demais entidades familiares reconhecidas pelo direito.

Para Claudia Mara Viegas (2017, p. 151), a definição se dá:

Em outras palavras, pode ser compreendido com uma relação não monogâmica na qual três ou mais pessoas se envolvem entre si, de modo simultâneo e com o consentimento de todos os envolvidos, sendo possível verificar espécies, tendo por base a lealdade, a honestidade, o amor e a ética (a boa-fé objetiva).

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 463):

O poliamorismo ou teoria do poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem-se e aceitam-se uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta.

Nota-se que difere da família simultânea, uma vez que todos os componentes moram juntos, sendo que aquela a pessoa forma duas famílias, em espaços/casas diferentes, e nem sempre uma sabia da existência da outra.

Aqui merece o registro de que esse modelo de família também não foi absorvido pela legislação brasileira e tampouco reconhecida pelo Judiciário por meio de julgados sobre o tema.

1.3.7 Família parental ou anaparental

Do grego ‘ana’ tem o sentido de privação, então anaparental seria uma família sem os pais, formada entre irmãos, primos ou pessoas que tem uma relação de parentesco entre si, como bem menciona Rodrigo da Cunha Pereira (2015) em seu dicionário de Direito de Famílias e Sucessões.

O conceito apresentado por Maria Berenice (2016, p. 216) é um pouco mais amplo dizendo tratar-se da “convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento de uma entidade familiar, que tem o nome de família parental ou anaparental”.

Sendo assim, se duas irmãs dividem o mesmo teto durante vários anos, adquirindo um patrimônio de ambas, formam uma família. Decidiu nesse sentido o STJ, na Súmula 364, ao considerar o imóvel onde moram dois irmãos como bem de família, pois ambas constituem uma entidade familiar.

1.3.8 Família recomposta, pluriparental ou mosaico

A família mosaica é aquela “constituída depois do desfazimento de relações afetivas pretéritas: reconstruídas, recompostas” (DIAS, 2016, p. 145), sendo caracterizada por múltiplos vínculos e deve-se dar mais importância a ela, devido ao

reconhecimento da multiparentalidade e sua influência em nossa sociedade atual, existindo muitos julgados nesse sentido.

Conquanto não esteja expressamente amparada pelo ordenamento jurídico, em função do disposto no art. 1.579 do Código Civil de 2002, que regulamenta o vínculo da monoparentalidade entre um cônjuge e seu filho biológico advindo de uma união anterior, certo é que o princípio da pluralidade familiar legitima a sua existência (TIEZZI; GESSE, 2016, p. 21).

Devido a forte presença da multiparentalidade na sociedade, não podemos ignorar a existência e importância da família mosaico, essa que regulamenta o vínculo entre duas pessoas, ou mais, que possuíam uma união/relação anterior a essa, tendo ela grande repercussão social e jurídica.

1.3.9 Família natural, extensa ou ampliada

Foi inserida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no art. 25, como sendo aquela família que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Aqui leva-se em consideração o vínculo e a convivência entre as pessoas, podendo ser formada pela mãe, pai, filho, tio, avó, entre outros, desde que eles convivam diariamente, pois vai além da relação sanguínea entre as pessoas.

1.3.10 Família substituta

É previsto também pelo ECA como uma forma excepcional de constituição de família, quando a criança ou adolescente é colocado em uma nova família por meio de guarda, tutela ou adoção, desde que essa inserção em família substituta seja precedida de sua preparação e acompanhamento realizado por profissionais.

A criança lá permanece até se esgotarem as possibilidades de ser reinserida na família natural ou ser aceita pela família extensa. Só depois de frustradas essas iniciativas é que tem início o exasperante processo de destituição do poder familiar até a inclusão no cadastro à adoção. Um longo caminho a percorrer até serem adotados. Só então terão direito a um nome, a ter a certeza de ter um lar, um pai e uma mãe (DIAS, 2016, p. 221).

Todas essas estipulações estão previstas na Lei nº 8.069/1990, em seções específicas (II e III) e, principalmente, nos artigos 19, § 3º; 28 e 32.

1.3.11 Família eudemonista

Tiezzi e Gesse (2016) abordam o fato de esta não ser uma família, e sim uma característica que deveria estar presente em todas as entidades familiares, sendo ela a busca pela felicidade, que é inerente a todo ser humano. A família deve se identificar pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca, como prescreve Dias (2016, p. 222).

A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. As relações afetivas são elementos constitutivos dos vínculos interpessoais. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira de as pessoas se converterem em seres socialmente úteis.

Para essa nova forma de identificar a família, colocando ênfase em seu envolvimento afetivo, surgiu o termo 'eudemonista', que busca a felicidade individual e a solidariedade entre seus membros.

1.3.12 Família ectogenéticas

Atualmente, para aquelas pessoas inférteis, que possuam dificuldade para engravidar ou que, pela sua natureza, não podem procriar, como os casais homoafetivos, ter filhos não é mais uma realidade tão difícil. Formam-se as famílias ectogenéticas, oriundas das técnicas médicas de reprodução assistida, conforme conceitua Marianna Chaves (2015) em seu artigo.

Assim, com a viabilidade trazida pela Medicina reprodutiva e a Biotecnologia, surgiram as famílias ectogenéticas, que são aqueles modelos familiares com filhos oriundos das técnicas de procriação medicamente assistida. Os tipos podem variar entre processos homólogos ou heterólogos conforme o material genético seja de ambos, apenas de um ou de nenhum dos membros do casal e ainda incluir o recurso à maternidade de

substituição tradicional ou gestacional (conforme o óvulo pertença ou não à mãe portadora).

Com a evolução da medicina, principalmente nos últimos tempos, proporcionou novas possibilidades de procriação, com o intuito de aumentar as possibilidades de constituição familiares, conforme Marianna Chaves (2015).

2 RELAÇÕES SOCIAIS E FAMÍLIA

2.1 Direito e o fato social

O Direito é formado por um tripé, segundo a teoria tridimensional de Miguel Reale (1994): fato social, valor e norma, em que, para que exista uma relação harmônica entre o social e o jurídico, os três devem coexistir, um complementando o outro. O direito como fato social é estudado pela sociologia jurídica, na qual é visto como um fenômeno complexo, não podendo ser analisado somente pela letra expressa da lei, mas deve-se levar em consideração as condutas sociais, a cultura e as concepções da sociedade em que aquelas normas estão inseridas.

No presente capítulo, vamos analisar a importância, e conseqüentemente a influência, que as relações sociais, com foco na família brasileira, exercem sobre o nosso ordenamento jurídico.

Para entender melhor é necessário saber, primeiramente, sobre as fontes do direito e em como se dá a formação de novas normas. De acordo com Alexandre Sanches Cunha (2012), o significado de fonte do direito é o modo como as normas jurídicas se formaram, suas raízes históricas, sendo as principais fontes a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina.

O costume é originado pelo convívio ente as pessoas durante um lapso temporal, e para que seja aplicado como fonte deve ser praticado continuamente, além de ser imposto pela sociedade. Deve ainda ter relevância jurídica para que, caso seja criada lei que o contradiz, aquele não terá eficácia, visto que as práticas cotidianas da sociedade são de forma diversa e não há proporcionalidade à lei.

Infelizmente, no âmbito jurídico não há, ainda, normas expressas que abarquem todos os novos conceitos, devido ao conservadorismo impregnado em nossa sociedade, além da constante transformação que sofrem esses conceitos diariamente. A forma adotada no direito brasileiro como uma medida de solucionar essa 'lacuna', foi a formação de jurisprudência no sentido de adotar uma conceituação mais ampla de família.

Como não se deve dissociar norma, valor e fato social para uma visão jurídica-sociológica, elas devem ser interpretadas sempre levando em consideração, pelo magistrado, a sociedade em que está inserida, principalmente quando não há regras jurídicas escritas sobre o assunto, mas se trata de algo culturalmente aceito e praticado constantemente pelas pessoas, não podendo o legislador se manter omissos em relação a ele.

A partir do momento que o legislador, ou o magistrado, começam a reconhecer a relevância jurídica dos fatos novos, começando a aplicá-los e interpretá-los de forma favorável, ocorre o fenômeno da mutação. Para que ocorra a mudança da lei não é preciso, necessariamente, gerar uma nova norma escrita, pode-se apenas mudar a forma como ela é interpretada, sem nenhuma alteração aparente, ocorrendo a revogação tácita.

Visto isso, percebe-se uma harmonia entre o direito e as relações sociais, pois o direito também regulariza normas de convivência em sociedade, por isso devem ser normas aceitas pelos cidadãos para que tenham eficácia jurídica e social, sem que haja rompimento com os costumes que estão enraizados nas pessoas, caso contrário, não terão aplicabilidade.

2.2 Demandas sociais e decisões jurídicas

O Direito é algo constante em nossa vida social, uma vez que regula nossas atitudes, o que podemos e não podemos fazer, preservando direitos fundamentais que não podem ser suprimidos, nos trazendo a certeza jurídica de que podemos buscar meios judiciais para garantir nossos direitos, caso algo ou alguém queira cerceá-los.

A forma como a sociedade se comporta, seus conceitos, influencia a formação do direito, uma vez que este nasce devido a necessidade em regular a vida em sociedade. Sendo assim, a fonte essencial do direito reside na realidade social, nas relações e conflitos estabelecidos pelos seus componentes, criando formas jurídicas para a solução dos conflitos.

De acordo com Alexandre Sanches Cunha (2012), o significado de fonte do direito é a forma como as normas jurídicas se formaram, suas raízes históricas, sendo as principais fontes: a lei, o costume, a jurisprudência (que se revela no conjunto de orientações e diretrizes seguidas pelos Tribunais no julgamento concreto de situações fáticas, ou seja: da vida real) e a doutrina. Vale lembrar que a lei e costume são fontes diretas de formação do direito; por outro lado, a jurisprudência e a doutrina são fontes indiretas de direito (são modos de revelação do direito).

Como vimos, a lei é produzida racionalmente e imposta pelo Estado. Isso já não ocorre com o Costume. Este ocorre de maneira espontânea e, talvez, segundo alguns autores, de maneira inconsciente na sociedade. Um modo interessante de entender a diferença entre o Costume e a lei segue o seguinte raciocínio ou fórmula: o Costume é a Lei não escrita. A Lei é o Costume escrito (CUNHA, 2012, p. 92).

O que Cunha (2012) quer dizer é que os vínculos formados fora do parâmetro legal ingressam no mundo jurídico por meio da doutrina e jurisprudência, uma vez que são reconhecidos socialmente e forçam sua aceitação pelo ordenamento jurídico, para que a lei não perca a eficácia. Isso mostra a importância dos costumes, como fonte informal do Direito.

2.2.1 Fato social como mudança na interpretação da lei

O direito não deve ser refletido sozinho, deve haver uma interdisciplinaridade com outras ciências, como sociologia; filosofia; etc, para que seja completo e justo, ou seja, a lei deve ser levada em consideração juntamente com princípios importantes, como o da liberdade, solidariedade, dignidade, etc. A sociedade influencia diretamente nas normas, posto que com a Constituição o direito passou a ser visto como um fato social estudado pela sociologia jurídica e fonte do nosso estudo.

Segundo Émile Durkheim (2002, p. 11), fato social é:

Toda maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou, ainda, que é geral na extensão de uma sociedade

dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter.

Esse fenômeno é estudado pela Sociologia Jurídica, que procura estabelecer uma ligação entre a sociedade e o direito, entendendo os processos sociais e quais os efeitos causados nas normas jurídicas, colocando um enfoque sociocultural sobre o Direito.

A Sociologia, como observa Miguel Reale (2001) estuda o fato social na sua estrutura e funcionalidade, para saber como as pessoas se organizam e se desenvolvem, em função dos múltiplos fatores que atuam sobre as formas de convivência. A relação entre o direito e a sociologia deve ser sempre vista e analisada como uma reciprocidade, pois, é difícil discursar sobre o ordenamento jurídico sem correlacioná-la com uma realidade social, como observa Andréa Lucas (1999) em seu artigo sobre a relação do direito e da sociologia.

Dessa forma, não se pode negar a influência que a sociedade tem sobre as questões jurídicas do país, sendo as modificações provocadas pelos costumes sociais, fonte do Direito, caracterizando-se como uma imposição da sociedade sobre as relações jurídicas, dando origem às novas normas.

Pode-se compreender por Sociologia Jurídica, como a ciência compreensiva de experiência jurídica, tendo como objeto de estudo a experiência jurídica, nos mostrando como os homens se comportam efetivamente, em confronto com as regras de direito, enquanto que a ciência jurídica é a ciência compreensivo-normativa dessa mesma experiência, visto como ao jurista interessa saber tanto o que o homem faz como o que o homem deve fazer na sua qualidade de "destinatário das regras de direito", como os homens devem se comportar, em tais ou quais circunstâncias disciplinadas por aquelas regras, como destaca Reale (2001, p.310).

Compreende-se, pois, que a Sociologia Jurídica se desenvolva como estudo da conduta jurídica, enquanto conduta social, ao passo que a Ciência do Direito não pode deixar de ser ciência normativa, com a finalidade prática de aferir e garantir as formas de relacionamento social, sob o prisma de sua licitude ou ilicitude. É claro que os estudos sociológico-jurídicos são da máxima importância para o legislador e o jurista, pois é indispensável saber como os homens estão agindo para se estabelecer como devem agir: a norma jurídica deve surgir embebida de compreensão do fato social, se se quer que ela tenha eficácia.

Contudo, percebe-se que a sociologia não tem a finalidade de criar normas para reger a vida em sociedade, mas que estuda e observa como as pessoas reagem às normas jurídicas, e se necessário age no sentido de que as relações sociais sejam compatíveis com as regras jurídicas, para que não percam a eficácia.

Sendo assim o fato social molda a forma de pensar e agir das pessoas devido a sua influência nos indivíduos. Assim, para que as regras jurídicas sejam aplicadas devem ser compatíveis com aquelas, tenham eficácia, não se tornando uma norma escrita mas que não é utilizada na prática, por ser contrária ao costume social. A norma jurídica deve se renovar para acompanhar o pensamento daquela sociedade, não deve ser algo estático.

2.2.2 Legislador omissor em relação a fato social novo

A Constituição Federal é um documento jurídico dotado de efetividade que cria e regulamenta os poderes estatais em prol dos indivíduos. Assim, suas normas devem ser observadas por todos aqueles que atuam no Estado, sejam particulares ou seus governantes, portanto, deixa de ser uma mera carta de intenções para ser um documento dotado de efetividade para transformar a sociedade, como menciona André Luiz Braga e Bernardo de Seixas (2014) em seu artigo.

Nesse mesmo sentido, expõe Canotilho (2003, p.1223):

A constituição é uma lei vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade. A força normativa da constituição visa exprimir, muito simplesmente, como a lei deve ser aplicada. Afasta-se a tese generalizadamente aceita nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um valor declaratório, uma natureza de simples direção política, um caráter programático despido da força jurídica atual caracterizadora das verdadeiras leis.

Apesar de termos o Código Civil e a Constituição Federal que abarcam sobre a família, o seu texto não condiz com a realidade social atual, visto que ocorreram mudanças conceituais no que se considera família. Como exemplo, o casamento, a união estável e a família monoparental são as formas expressas na Constituição, mas existem outras formas de família que possuem aceitação social e até reconhecimento do próprio Judiciário.

Para se tornar efetiva, e possuir validade jurídica, as normas devem corresponder aos anseios sociais, por isso o legislador não deve se manter omissivo em relação a essas novas formas de família, devendo reconhecê-las a fim de preservar o princípio da afetividade e da dignidade da pessoa humana, garantido constitucionalmente, como norteador da família.

Nesse sentido, o Estado brasileiro adotou a jurisprudência como fonte jurídica e suas equiparações para consolidar as interpretações no sentido de proteger as famílias, qualquer que seja a sua modalidade, por ser um direito fundamental, devendo ser respeitada pela sociedade e pelo Estado.

Movidos por esse pensamento, os membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), perceberam que seria necessário criar uma lei específica para assegurar o direito dessas famílias, surgindo, assim o Projeto de Lei nº 470/2013, de autoria da Senadora Lídice da Mata, que propôs instituir o Estatuto das Famílias, mas que, infelizmente, foi tirado de pauta, em 21 de dezembro de 2018, e arquivado.

2.2.3 Decisão judicial amparando fato social

Para que uma união de pessoas seja considerada família é necessário que exista um vínculo afetivo, além dos outros requisitos. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, o afeto como um dos pilares para a caracterização de uma entidade familiar:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADAQUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO. CAPÍTULO ADI 4.277 / DF DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA

DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental a tributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há

como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF, ADI: 4277 DF, 2011)

Referida ADI, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, teve como finalidade o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, equiparando seus direitos e deveres àqueles da união estável heterossexual. Entretanto, houve também um ajuizamento anterior, pelo governador do Rio de Janeiro, de uma ADPF na qual alegava que o não reconhecimento de uma união homoafetiva seria contrária aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa humana.

O ministro relator Ayres Britto, em seu voto, argumentou que o não reconhecimento de uma união homoafetiva seria uma discriminação em razão de sua orientação sexual que é vedada, expressamente, pela Constituição Federal em seu art. 3º, inciso IV: “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do

Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Por isso, os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, integrantes do STF em 2011, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto para ampliar a interpretação do artigo 1723 do CC e excluir do dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento de uma relação familiar entre pessoas do mesmo sexo.

Isso mostra o avanço jurídico que uma decisão deste teor trás para a sociedade, sempre dinâmica e acompanhando os movimentos sociais, não deixando que o sistema jurídico se molde apenas na letra fria da lei e seja algo ineficaz, mas sim em normas que sejam capazes de atender as necessidades da sociedade em que está sendo aplicada.

Outro avanço jurídico importante para a extensão do conceito de família foi a manifestação do constituinte reconhecendo outras formas de instituir uma família, diversa do casamento, presente no artigo 226, § 4º da CF, em que reconhece como família a união formada por qualquer um dos pais com seus descendentes (monoparental).

Entretanto, o rol das entidades familiares citadas pela CF não é taxativo, visto que não existem somente essas, pois também há aquelas decorrentes das evoluções sociais que levaram a aceitação de outras formas de família, como citado anteriormente, ampliando seu conceito por meio da jurisprudência.

Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a família anaparental como uma entidade familiar, ampliando e adaptando o conceito de família, valendo-se como fundamento da sociologia, observando a relação de afeto existente entre as pessoas para formar vínculos subjetivos que formam a família.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE. Ação anulatória de adoção post mortem, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção post mortem sem a demonstração cabal de que o de cujus desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos. A redação do art. 42, § 5º, da Lei nº 8.069/90 - ECA -, renumerado como § 6º pela Lei nº 12.010/2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no

recurso especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade. A existência de núcleo familiar estável e a conseqüente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas. Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do interprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei. O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares. O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte. Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA. Recurso não provido. (STJ, 2012, REsp 1217415/RS)

Do presente julgado, percebe-se o reconhecimento dos valores sociais no momento da interpretação das normas jurídicas para que dois irmãos, a chamada família anaparental (sem a presença de um ascendente), possam fazer adoção conjunta de uma criança.

Em seu voto, a ministra relatora Nancy Andrighi defende que apesar do artigo 42 do ECA apresentar algumas restrições para a adoção conjuntiva (ser casado ou viver em união estável), deve-se levar em consideração o bem estar do adotado, os vínculos que formou com os adotantes e que o conceito de núcleo familiar estável, e não ficar restrito às formulas clássicas, mas ampliá-las para abarcar a noção plena de família, tendo como fundamento a sociologia jurídica.

Além disso, também foi reconhecida como entidade familiar a família unipessoal, conforme Súmula nº 364 do STJ que diz: “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”, sendo assim não há motivos para negar o pedido.

2.3 Mutações na aplicação do Direito

O direito consiste no estudo de um conjunto de normas que estabelecem o modo de convívio em uma determinada sociedade, ditando o que é permitido e proibido, já a sociologia estuda essas normas com um olhar voltado para o social, sobre como a sociedade reage a essas regras e sobre suas próprias normas culturais, como explica Andréa Lucas Sena de Castro (1999) no seu artigo.

Com efeito, o ordenamento jurídico, além de ser dotado de caráter estático, apresenta, simultaneamente, caráter dinâmico. A realidade social está em constante evolução, e, à medida que isso acontece, as exigências da sociedade, destinatária das normas, vão se modificando, de forma que o direito não permanece alheio a esta situação (OLIVEIRA FILHA; MOTA et al. 2005).

O pluralismo jurídico é composto pela existência de várias normas simultaneamente, e nem sempre todas estão reguladas pelo Estado. Nesse sentido, pode-se perceber que o pluralismo jurídico sempre existiu, surgindo com a finalidade de suprir a falta nas normas jurídicas impostas pelo Estado, combatendo a ineficiência da norma em relação às demandas sociais.

Como uma forma de consequência desse pluralismo jurídico surgiu a concepção do direito achado na rua, que tem por propósito a análise do direito como uma manifestação social, um Direito inspirado nas vivências da população, nascido na rua. Além disso, como uma forma de combater a insuficiência normativa vem também o direito alternativo, que é uma forma nova de interpretação do Direito pelos aplicadores das leis, visando o caso concreto.

Por possuir um caráter dinâmico, adquirido com o pluralismo jurídico, é possível que haja alterações das regras jurídicas, mas nem sempre ocorrendo formalmente, através de revisão ou emenda do texto legal, podendo ser de forma

informal, em que surgem da constante necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais à realidade concreta, não estando adstritos a quaisquer formalidades legais previamente estabelecidas, como aponta Lécio Vasques (2016).

2.3.1 Conceito de mutação

As mutações, alterações das normas, ocorrem de forma gradual, devida a sociedade dinâmica em que vivemos, no qual os conceitos aceitos e adotados socialmente mudam constantemente, por isso não é um fenômeno que acontece da noite para o dia, e sim um processo lento, mas transformador.

Nesse sentido conceitua Pedro Lenza (2013, p.146):

As mutações, por seu turno, não seriam alterações 'físicas', 'palpáveis', materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado.

Já na visão de Bullos (2010, p.118), mutação se define como:

O fenômeno das mutações constitucionais, portanto, é em que o texto legal se altera sem revisão ou emendas, sendo uma constante na vida dos Estados. As constituições, como organismos vivos que são, acompanham o evoluir das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no na substância, no significado, no alcance e nos seus dispositivos.

Sobre o assunto, Oliveira (2011) em seu artigo expõe:

A mutação constitucional surge a partir do Poder Judiciário ao interpretar o texto constitucional na aplicação a um caso concreto. Contudo, como a Constituição brasileira reserva ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, a este cabe, em sua totalidade, avaliar se houve uma mutação constitucional através da interpretação da Constituição segundo a evolução da sociedade.

Hsü Dau-Lin (Apud, Pádua, 2006, p.35) faz uma relação das normas com os fatos sociais, gerando mutações no texto legal:

Para fornecer um conceito que corresponda, do mesmo modo a diferentes casos geralmente designados como "mutação constitucional", quiçá poderia-se dizer que se trata da incongruência que existe entre as normas constitucionais por um lado e a realidade por outro.

De acordo com esse pensamento, as mutações ocorrem devido ao conflito norma e sociedade, ou seja, deve existir compatibilidade entre as duas, caso contrário será necessário que ocorra mudanças, a fim de adequar as regras jurídicas ao social, visto que se isso não ocorrer a lei se tornará ineficaz. Devido a isso as leis não devem ser consideradas rígidas e imutáveis, devem sim se adaptar às transformações ocorridas na sociedade, por que caso contrário a omissão às transformações ocasionará em uma lei morta.

2.3.2 Como as relações sociais influenciam o Direito

A relação entre o social e o direito gerou a ideia de culturalismo jurídico, onde o direito só pode ser adequadamente compreendido se observado a tríplice fato-valor-norma, como observa Miguel Reale (1994) e já exposto anteriormente. As normas jurídicas adquirem real eficácia quando interpretadas de modo a levar em consideração os aspectos sociais sobre a sociedade em que atua, bem como a importância (o valor) que sobre eles possuem, visto a dependência da cultura para que as normas jurídicas sejam aplicáveis.

Reale (1994. P. 121) define o direito como:

O Direito é uma realidade, digamos assim, trivalente ou, por outras palavras, tridimensional. Ele tem três sabores que não podem ser separados um dos outros, sendo eles o axiológico (valor de justiça), o fático (afetividade social e histórica) e o normativo (o ordenamento, o dever-ser).

Seguindo o entendimento de Miguel Reale (1994), o direito deve ser visto como algo trivalente, não podendo ser separado, devendo haver uma interpretação jurídica subjetiva para cada caso concreto e não apenas a aplicação da lei positivada.

A norma regulariza os valores que se concretizam na sociedade ao longo do tempo. Percebe-se que a teoria da tridimensionalidade de Reale (1994) explica que os fatos sociais necessitam de normas jurídicas para regulamenta-los, evitando posteriores conflitos. Sendo assim, o Direito não deve ser visto e aplicado de uma

forma abstrata, apenas a literalidade da lei, pois também está imerso na vida humana, deve ser aplicado observando as particularidades de cada caso concreto, além de regular a vida em sociedade, sofrendo influência desta.

O Direito como realidade histórico-cultural é visto por meio da experiência social, implicando o fato da necessidade do entendimento humano como um ser radicalmente histórico, para o qual os valores somente existem em sua historicidade, o homem necessita de sua carga histórico-social, para que seja possível a efetivação da norma, pois do que vale uma norma proibitiva de algo que, culturalmente, é aceito?

Daí diz Reale (1994, p.78-90) que “qualquer conhecimento do homem, por conseguinte, desprovido da dimensão social, seria um equívoco. O mesmo se diga do conhecimento do direito, que é uma expressão do viver, do conviver do homem”. Em síntese, o que Reale quer dizer é que o homem, assim como o Direito, somente existe quando inserido numa dimensão social.

Apesar do papel do direito positivo ser normatizar fatos sociais e encontrar soluções jurídicas para os problemas ocasionados pela vida em sociedade, em todos os campos possíveis, a vida cotidiana é muito dinâmica causando certa dificuldade para o direito acompanhá-la, dando origem às chamadas omissões legais. Nesses casos, cabe ao magistrado ponderar essas questões na condição de aplicador do direito e, na falta de normas positivadas, com o auxílio da interpretação do direito de forma histórica e aplicar outras fontes, sempre observando o caso concreto e levando em consideração as evoluções sociais.

Exemplo da diversidade cultural e jurídica existente no mundo é o que é considerado um crime grave em Israel pode não ser no Brasil ou vice versa. Por isso, o estudo da sociologia da sociedade como gerador de normas jurídicas causa variedade de pensamentos, em locais diferentes com culturas e modos de vida diferentes, procura analisar as relações entre as pessoas e em como as relações interferem ou influenciam as normas jurídicas atuais.

Pode-se citar ainda, outro exemplo de como o legislador irá impor as vontades, e interesses, do senso comum, através da criação das normas, e pelo magistrado pela aplicação e interpretação das leis, e essas serão cumpridas pelo

povo que irá decidir se terá vigor ou não. Portanto, se a opinião pública não vê aplicabilidade sobre uma norma, mesmo que esta já esteja regulamentada, deverá ocorrer uma revisão para que se atenda às necessidades da população, para, então, se tornar eficaz.

3 MUTAÇÕES NO CONCEITO DE FAMÍLIA

3.1 Famílias legais e famílias culturais

A família passou por várias mudanças no decorrer dos anos, primeiramente como sendo aquela formada por pessoas que possuíam laços sanguíneos e atualmente como sendo um grupo de pessoas unidas pelo afeto e solidariedade, garantida pela Constituição Federal. Sendo assim, com a priorização da afetividade, ocorreu a ampliação do conceito de família, sendo reconhecido até pelos tribunais, formando dois grupos: as famílias legais e as culturais.

As famílias legais são aquelas presentes expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, mencionadas na Constituição Federal e no Código Civil, sendo elas o casamento; união estável e a família monoparental. Já as famílias culturais são aquelas que existem e são aceitas socialmente, mas não há previsão legal específica, são exemplos a família homoafetiva, mosaico, poliafetivas, simultâneas, anaparental, natural, substituta e a eudemonista.

Apesar de nem todas as espécies de família estarem dispostas legalmente não significa que elas não possuem direitos, visto que a ausência de lei não ocasiona falta de direito. Em razão disso, a resposta encontrada foi a ampliação do conceito de família, o reconhecimento do rol constitucional do artigo 226 como não taxativo, possibilitando a existência e aceitação de outras formas de família, fundamentado com a ajuda de outros princípios constitucionais.

3.2 Importância do fato social na interpretação da lei

O ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas que foram criadas para regulamentar a vida do ser humano em sociedade, que é marcada por conflitos. Elas foram criadas com a intenção de solucionar as lides, influenciada pela cultura e costumes da sociedade em que estava inserida, transformando o fato social em fato jurídico, por possuírem relevância jurídica.

Até os dias atuais as normas ainda sofrem bastante influencia dos costumes, como pode ser observado nas relações comerciais como, por exemplo, o cheque “pré-datado”, que é uma espécie do cheque que não é regulamentada no direito econômico brasileiro e outros contratos verbais firmados com o intuito de negociar gados, apesar de não serem regularizados juridicamente são permitidos, por não ser contrário às leis, os bons costumes e aos princípios gerais do direito, como dispõe José Carlos Vieira (1988) em seu trabalho. Percebe-se que eram atos comuns praticados no cotidiano dos comerciantes e o legislador, ao perceber a relevância da matéria, a normatizou.

As leis são feitas para definirem como as pessoas podem ou não se relacionar, e caso desobedeçam serão punidas por suas ações, desde que haja prévia estipulação sobre a conduta, como bem dispõe o princípio da legalidade, artigo 5º, II, CF, que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

De acordo com referido princípio temos que fazer o que a lei manda, e o que ela não proíbe é “livre”, e como não há nenhuma proibição expressa sobre a possibilidade de formar outros tipos de família que não sejam aquelas que a lei dispõe não existe razão para restringir a ideia de família para apenas aquelas que a lei prevê, visto que já acontece uma aceitação social com o reconhecimento dessas entidades como familiares.

Sendo assim, o direito como norma não deve ser interpretado somente por ele mesmo em sua letra, mas juntamente com princípios fundamentais, como por exemplo: a dignidade da pessoa humana; o da afetividade, e também com outras fontes do direito, sejam elas jurisprudências, costumes, etc.

A ciência que interpreta as leis, levando também em consideração conteúdos fora de seu texto, chama-se hermenêutica. Ela tem por finalidade o estudo e a sistematização das leis, definindo o alcance e o sentido do direito, como bem define Pereira (2014). Não é apenas dizer o que o legislador pensou na hora de escrever a norma, mas também como ela poderá ser aplicada naquele caso concreto, levando em consideração as peculiaridades de cada caso.

Para que seja possível atender às necessidades coletivas deve sempre se moldar conforme o entendimento da sociedade em que está inserida, refletindo a

sua realidade em seu espaço e tempo, não podendo ser uma lei atrasada em relação aos indivíduos, pois não terá eficácia.

É essa a importância de uma interpretação ampla das normas jurídicas, serem fenômenos mutáveis para atender os anseios sociais, com o intuito de não perder sua efetividade social, visto que os cidadãos são os destinatários dessas regras, as pessoas sobre as quais elas serão aplicadas devendo, assim, congruência com a realidade popular.

3.3 Posituação para novos tipos de família

A ciência do Direito precisa atender às expectativas sociais, para que as pessoas possam respeitar e cumprir as normas decorrentes da aplicação do Direito, não se tratando apenas da lei nua e crua, mas sim de toda uma contextualização, já que toda norma decorre de um fato social. Nesse sentido, nem sempre o direito positivado com suas as normas escritas vai suprir, na integralidade, os anseios da sociedade, pois o fato social de estar em constante mudança. A sociedade é dinâmica, portanto, o Direito precisa ser dinâmico também.

O conceito de família sofreu tantas alterações, como é possível verificar do Código Civil de 1916 para a Constituição de 1988 e para o Código Civil de 2002, perdendo a sua força patrimonial e focando no lado humano, da afetividade e solidariedade.

Não se explica o direito como uma simples técnica normativa, mas como algo vivo, com força social. Um conhecimento comprometido com as práticas sociais, não se reduzindo ao direito dos códigos, mas sim um direito construído na prática.

A Constituição Federal veio, justamente, para quebrar essa ideia de família ser apenas aquela disposta na lei, trazendo uma gama de princípios que valorizam o ser humano acima de questões patrimoniais, como a família era centrada antes de 1988, e foi apenas confirmada pelo Código Civil de 2002 que fixou a relação família e afetividade, contrariando o Código Civil de 1916.

Diante disso, apesar da jurisprudência ter pacificado alguns temas relacionados às famílias culturais, é importante que seja realizada a inclusão delas no ordenamento jurídico, para maior segurança, visto que enquanto não for normatizado ainda existirá uma dificuldade e possibilidades de negação da existência das mesmas em razão de divergentes interpretações.

Uma promissora solução seria a inserção dessas novas entidades familiares no ordenamento jurídico, por meio de leis. Nesse sentido veio o Projeto de Lei nº 470/2013, que propunha regular os direitos e deveres no âmbito das relações familiares, tratando sobre as novas espécies familiares com o intuito de protegê-las, fundamentadas pelos princípios contidos na CF, contribuindo para atualizar as normas já vigentes.

O Projeto de Lei referido foi influenciado pelo pluralismo jurídico existente, com a multiplicidade de práticas normativas na sociedade, exteriorizando as necessidades sociais que vão além do Estado, e teve como finalidade a modernização de um regulamento que não condiz com a realidade atual brasileira. Infelizmente o projeto não seguiu em frente e foi arquivado.

Outro projeto de lei foi apresentado, de n. 3.369/2015, de autoria do deputado federal Orlando Silva, surgiu como uma resposta ao Estatuto da Família (Projeto de Lei n. 6.583/2013) que defendia a família como sendo apenas a união formada por um homem e uma mulher. Tal projeto se manifestava sobre a estipulação de um Estatuto das Famílias do Século XXI, e ao ser distribuída para às Comissões de Direitos Humanos e Minorias, foi apresentada emenda no sentido de considerar como entidade familiar apenas a união de um homem e de uma mulher por meio do casamento ou união estável, ou pela família monoparental. A referida emenda foi rejeitada por apresentar uma visão que não condiz com a realidade atual, mas o projeto ainda continua em tramitação.

Como é possível perceber, principalmente com os comentários feitos sobre os projetos de lei, que apesar da cultura influenciar diretamente na formação do direito positivado, ainda existe muita resistência no que diz respeito à aceitação de mudanças. Diante disto, necessária a elaboração e promulgação de uma norma que regule o direito das famílias, evitando entendimentos contrários e, por vezes, inconstitucionais, a eles com o intuito de diminuir a interpretação do conceito para apenas relações heteroafetivas.

De acordo com o art. 4º do Decreto-Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro nº 4.657 de 1942, quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, que são considerados fontes deste, dando origem a novas normas. Quanto mais rápido todos perceberem o direito como produto social e que existe para regular essas situações criadas pela coletividade, sendo esta influência direta naquele, mais moderno e eficaz as normas se tornariam.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa científica tratou das mutações no conceito de família provocadas pelas relações sociais, possibilitando o entendimento sobre a influência que o fato social exerce sobre o Direito brasileiro. Com isso, pode-se perceber a necessidade e a importância da análise do direito não só pela lei positivada, mas também com o suporte de princípios fundamentais, questões culturais, jurisprudências, etc.

Preliminarmente, chega-se a conclusão que quando houver ausência de normas expressas sobre o assunto, o magistrado deve valer-se das fontes do direito para a solução do problema, sejam elas jurisprudência e doutrinas, que são fundadas no costume/cultura.

Para um melhor entendimento, foi analisada a influência das relações sociais na aplicação do direito, mostrando como as mudanças nas relações sociais buscam amparo jurídico por meio de jurisprudências. Explorou-se a definição de família a luz da Constituição Federal e do Código Civil, enfatizando as mudanças trazidas por ambas as normas e também sobre as famílias culturalmente aceitas e sua influência normativa.

Após um levantamento histórico sobre a trajetória da concepção familiar, como ela era aceita anteriormente e sobre como ela sofreu alterações ao longo do tempo, constatou-se que a família passou a centrar-se pela existência do afeto entre as pessoas que compõem aquele núcleo familiar, deixando no passado o aspecto patrimonial que foi tão evidente no Código Civil de 1916.

O fato social teve ponte de destaque na pesquisa, pois comprovou que, para se obter eficácia nas normas positivadas visto a dinamicidade da sociedade, a ciência do Direito precisa evoluir para acompanhar as mudanças sociais. Com isso entende-se que, para que exista uma aplicação justa e eficaz do direito é necessário a interdisciplinaridade com outros campos da ciência, como a sociologia e a filosofia, que mostram que as leis positivadas devem atender as urgências da sociedade, sendo ela o destinatário da norma.

Com base nas leituras feitas é possível apontar algumas considerações em relação ao reconhecimento das novas entidades familiares. Apesar de serem aceitos tipos diversos de família, além da matrimonializada, após a Constituição e o Código Civil de 2002, aquelas que não estão presentes de forma explícita nas normas positivadas, apesar de existirem e serem reconhecidas socialmente, sofrem discriminações seja devido a compreensão de que famílias são apenas aquelas dispostas em lei.

Mas aí está exatamente o problema, vivemos em um país laico, e questões religiosas, ligadas ao conservadorismo, não deveriam impedir que o direito à família não seja reconhecido por ser contrária ao que algumas pessoas acreditam. Vemos isso na dificuldade que foi para que a família homoafetiva fosse aceita, precisando uma resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para que os cartórios fossem obrigados a registrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Uma potente solução para o problema da falta de regulação normativa foi apresentado em forma da criação de normas sobre o assunto, com o objetivo de modernizar a legislação referente ao Direito das Famílias além de fornecer uma proteção às entidades familiares presentes na sociedade e rapidez em suas demandas judiciais, visto que seria composto de regras do direito material e processual.

No momento em que as pessoas pararem de repelir tudo aquilo que seja diferente e que fuja de sua 'bolha' de convivência, e passarem a colocar em destaque os laços afetivos e a segurança emocional existente entre as pessoas que compõem determinado grupo familiar, mesmo que não sejam os tradicionais, a sociedade brasileira poderá alcançar uma harmonização entre a diversidade conceitual. Todavia enquanto não se alcança esse grau de maturidade social, a melhor forma de combater os problemas causados é pela criação de normas legais inovadoras sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução Dora Flaskman. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1981.

BARROS, Silas Guilherme Machado. **Os princípios norteadores do direito civil**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/47603/os-principios-norteadores-do-direitocivil#:~:text=Os%20tr%C3%AAs%20princ%C3%ADpios%20fundamentais%20do,a%20Socialidade%20e%20a%20Operabilidade>>. Acesso em: 23 set. 2020.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Campinas: Editora Red, 2001.

BRAGA, André Luiz Albuquerque Gomes da Silva. SEIXAS, Bernardo Silva de. **A omissão do legislador na regulamentação das políticas públicas de incentivo à adoção**. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=673b0a8f69f72574>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Dispõe sobre as leis de introdução às normas do direito brasileiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro – RJ, 04 de setembro de 1942.

BRASIL. Lei n. 9.263, 12 de janeiro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 de janeiro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm>. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm >. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 3.369 de 2015**. Institui o Estatuto das Famílias do Século XXI. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1402854&filename=Tramitacao-PL+3369/2015>. Acesso em: 13 mai. de 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei n.470 de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4590857&ts=1543044938943&disposition=inline>>. Acesso em: 13 mai. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5º ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CASTRO, Andréa Lucas Sena de. **Sociologia e Direito, duas realidades inseparáveis**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39/sociologia-e-direito#:~:text=A%20sociologia%20jur%C3%ADdica%20%C3%A9%20uma,o%20direito%20causa%20na%20sociedade.>>. Acesso em: 07 dez. 2020.

CHAVES, Marianna. **Famílias Ectogenéticas – Os limites jurídicos para a utilização de técnicas de reprodução assistida**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/246.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

CUNHA, Alexandre Sanches. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Saraiva. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **A Estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na União Estável**. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/202.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. **A estatização do afeto**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/58/A+estatiza%C3%A7%C3%A3o+do+afeto>>. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 11º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA. 2016.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 5 Direito de Família**. 25º ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 17º ed. Tradução Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2002.

IBDFAM. **Dicionário reformula conceito de família**. Notícia de 15/5/2016. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/noticias/5990/Dicion%C3%A1rio+reformula+conceito+de+fam%C3%ADlia#:~:text=Segundo%20o%20estatuto%2C%20fam%C3%ADlia%20%C3%A9,dos%20pa%C3%ADs%20e%20seus%20descendentes%E2%80%9D.>>. Acesso em: 20 out. 2020.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 9º ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

LEITÃO, Fernanda de Freitas. **Evolução do direito e do conceito de família**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56343/evolucao-do-direito-e-do-conceito-de-familia>>. Acesso em: 13 set. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2013.

LOPES, Anderson Alves. **O afeto como base necessária para a formação da família**. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/o-afeto-como-base-necessaria-para-a-formacao-da-familia>>. Acesso em: 03 out. 2020.

MOTA, Gabriela Brasileiro Campos; MOTA, Tércio de Sousa; ROCHA, Rafaelle Ferreira. **Família – Considerações gerais e historicidade no âmbito jurídico**. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-84/familia-consideracoes-gerais-e-historicidade-no-ambito-juridico/>>. Acesso em: 23 set. 2020.

OLIVEIRA, Edezio Muniz. **Mutação Constitucional**. 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/mutacao-constitucional/>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

OLIVEIRA FILHA, Manuelita Hermes Rosa; MOTA, Iuri Falcão Xavier et al. **Mutação constitucional**. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7433>>. Acesso em: 09 dez. 2020.

PASSOS, Manuela de Santana. **Mutação constitucional do conceito de família**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10050/Mutacao-constitucional-do-conceito-de-familia>>. Acesso em: 08 set. 2020.

PEREIRA, Valéria Fernandes. **Introdução ao estudo do Direito e da Hermenêutica Jurídica**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-75/introducao-ao-estudo-do-direito-e-da-hermeneutica-juridica/>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

PIRES, Heab. **Os costumes como fonte informal do direito**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71841/os-costumes-como-fonte-informal-do-direito>. Acesso em: 23 set. 2020.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4277/DF. Relator: Ministro AYRES BRITTO. DJ: 05/05/2011. JusBrasil. 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 20 jan. de 2021.

STJ. Recurso Especial: REsp 1217415/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. DJe 28/06/2012. JusBrasil. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22271895/recurso-especial-resp-1217415-rs-2010-0184476-0-stj/inteiro-teor-22271896>>. Acesso em: 18 jan. 2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.183.378/RS 2010/0036663-8. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. DJ: 25.10.2011. JusBrasil, 2012. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/certidao-de-julgamento-21285517?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de família**. 12° ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. v 05.

_____. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro>>. Acesso em: 28 out. 2020.

TIEZZI, Beatriz Ciabatari Simões Silvestrini. GESSE, Eduardo. **Apontamentos do Direito de Família**. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Claiton/Downloads/2071-5667-1-PB.pdf>. Acesso em: 06 nov. de 2020.

VASQUES, Lécio José de Oliveira Moraes. **Mutação Constitucional**. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46355/mutacao-constitucional#_ftnref1>. Acesso em: 09 dez. 2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ViegasCM_1.pdf. Acesso em 06 nov. 2020.

VIEIRA, José Carlos. **O direito como fato social**. 1988. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/8918>. Acesso em: 01 de mar. de 2021.