

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**SAMILLE RODRIGUES SERGIO**

**DEMOCRATIZAÇÃO DA FAMÍLIA: o reconhecimento de modelos  
familiares abertos e sua legitimação pelo contrato**

**Juiz de Fora  
2016**

**SAMILLE RODRIGUES SERGIO**

**DEMOCRATIZAÇÃO DA FAMÍLIA: o reconhecimento de modelos  
familiares abertos e sua legitimação pelo contrato**

Artigo apresentado à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal de  
Juiz de Fora, como requisito  
parcial para obtenção do grau de  
Bacharel. Na área de concentração  
Direito sob orientação da Prof.<sup>a</sup>  
Dr.<sup>a</sup> Kelly Cristine Baião Sampaio.

**Juiz de Fora  
2016**

# **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**SAMILLE RODRIGUES SERGIO**

## **DEMOCRATIZAÇÃO DA FAMÍLIA: o reconhecimento de modelos familiares abertos e sua legitimação pelo contrato**

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Kelly Cristine Baião Sampaio  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof.<sup>a</sup> Ma. Tônia Aparecida Tostes do Prado  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Me. Cláudio Roberto Santos  
Centro Universitário Estácio Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

( ) APROVADO

( ) REPROVADO

Juiz de Fora, 02 de dezembro de 2016

# Democratização da família: o reconhecimento de modelos familiares abertos e sua legitimação pelo contrato

Samille Rodrigues Sergio\*

## Sumário

Introdução. – 1. Breve evolução histórica do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro. – 1.1. A família contemporânea: visão pluralista e democrática. – 2. Reflexões sobre a violação da família democrática promovida pelo código civil brasileiro e pelos tribunais. – 2.1. A discriminação da união estável, em relação ao casamento, oriunda da legislação infraconstitucional. – 2.2. O reconhecimento da família homoafetiva no sistema jurídico brasileiro. – 2.3. A marginalização das famílias paralelas e poliafetivas. – 3. A legitimação de modelos familiares abertos através do contrato. – Conclusão. – Referências.

## Resumo

Os valores da Constituição Federal estabelecem que a família, por ser a base da sociedade, deve ser reconhecida e tutelada pelo Estado de forma a garantir a dignidade da pessoa humana, igualdade, democracia, solidariedade, liberdade e autonomia individual entre seus integrantes, o que possibilitam a busca pela felicidade em uma relação de afeto. Todas as entidades familiares existentes devem então ser protegidas pelo ordenamento jurídico, garantindo-lhes os direitos e deveres necessários à sua consolidação. Porém, percebe-se que a legislação infraconstitucional apresenta omissões e discriminações entre entidades familiares. No atual Código Civil o companheiro possui menos direitos que o cônjuge. Além disso, existem diversas famílias que ainda não são reconhecidas e tuteladas devidamente pela codificação civil, tais como as famílias paralelas e poliafetivas. Assim, esse artigo se propõe a realizar reflexões sobre o tema a fim de reconhecer um conceito de família que possibilite a legitimação de modelos familiares abertos. Ademais, objetiva ressaltar a liberdade e autonomia privada de cada indivíduo para formar e conduzir sua relação familiar através do contrato, numa ordem democrática.

**Palavras-chave:** Família Democrática. Igualdade. Pluralismo. Liberdade. Autonomia Privada. Dignidade da Pessoa Humana.

## Abstract

*The values of the Constitution provide that the family, as the basis of society, must be recognized and protected by the State to ensure the*

---

\*Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Agradeço a Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Kelly Cristine Baião Sampaio (UFJF), pela orientação e incentivo, e a Prof.<sup>a</sup> Ma. Tônia Aparecida Tostes do Prado (UFJF) e Prof. Me. Cláudio Roberto Santos (UNESA), por comporem a banca de apresentação deste artigo, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, no dia 02 de dezembro de 2016, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

*dignity of the human person, equality, democracy, solidarity, freedom and individual autonomy among its members, which allow the pursuit of happiness in a relationship of affection. All existing family entities should, therefore, be protected by the legal system, guaranteeing them rights and duties necessary for their consolidation. However, it is known that the existing legislation contains omissions and discriminates between different familiar entities. In the current Civil Code the partner has fewer rights than the spouse. In addition, there are several forms of families that still are not recognized and properly protected by civil encoding, such as parallel and families formed by more than a couple. So, this article proposes to carry out reflections on the subject in order to recognize a concept of family that allows the legitimation of open family models. Furthermore, it aims to highlight the freedom and autonomy of each individual to form and lead their family relationship through the contract, in a democratic order.*

**Keywords:** *Democratic Family. Equality. Pluralism. Freedom. Private Autonomy. Human Dignity.*

## **Introdução**

Esse artigo irá abordar algumas das discriminações existentes na codificação civil brasileira referente aos modelos familiares. Ainda que alçada a espécie de entidade familiar, a união estável bem como outras relações afetivas socialmente conhecidas, como as famílias simultâneas e poliafetivas, tem direitos restritos ou não reconhecidos em face do casamento. Objetiva-se, portanto, uma análise entre os institutos do casamento e união estável, abordando ainda os relacionamentos paralelos e poligâmicos, com o intuito de averiguar as semelhanças e possíveis diferenças relevantes, a fim de determinar um conceito único de família passível de ser utilizado nos diversos modelos familiares e os consequentes direitos-deveres delas advindas.

Como marcos históricos serão utilizados um estudo legislativo, especificamente a codificação civil de 1916 até os dias de hoje e a Constituição Federal de 1988 e doutrinário sociológico, com a intenção de melhor delimitar o tema. A metodologia utilizada na pesquisa será a teleológica e sistemática recorrendo-se a doutrina, legislação e jurisprudência aplicada, tendo em vista a formulação de hipóteses para a situação problema que se apresenta como a necessária uniformização dos modelos familiares no contexto do direito privado. Em relação ao marco teórico, será utilizado especificamente o conceito de família democrática, numa ótica civil constitucional, desenvolvido por Maria Celina Bodin de Moraes (2005). As famílias democráticas se definem como relações de afeto, solidariedade, igualdade, liberdade

e democracia, com a dignidade de seus indivíduos sendo tutelada, respeitada e incentivada. Segundo a autora, a democracia na relação familiar garante a igualdade social e civil, a liberdade de tomar decisões, o pluralismo, diversidade cultural, solidariedade e rejeição a qualquer tipo de discriminação e preconceito. Tal definição é necessária para entender a essência e consequências das entidades familiares.

O primeiro capítulo desse artigo irá realizar um breve histórico da evolução do conceito de família no Brasil. No segundo capítulo haverá a exposição de algumas das discriminações existentes na codificação civil brasileira referentes a união estável em relação ao casamento, bem como a omissão das famílias simultâneas e poliafetivas, visando refletir sobre a incoerência destas diferenciações. O terceiro capítulo apresenta como proposta traçar uma definição de família em que as relações afetivas possam ou não vir a se enquadrar em uma situação jurídica familiar, através de um contrato.

## **1. Breve evolução histórica do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro**

O conceito de família passou por diversas transformações ao longo dos anos devido a mudanças em aspectos históricos na sociedade, relacionados à política, religião, economia e cultura. A religião católica foi responsável por aplicar diretamente no Brasil o conceito de família, através das ordenações portuguesas, em que o vínculo familiar era determinado pelo casamento na igreja entre um homem e uma mulher, prevendo ainda um relacionamento indissolúvel.<sup>1</sup> Os casamentos eram predominantemente arranjados pelas famílias dos noivos, que muitas vezes nem mesmo se conheciam.<sup>2</sup> Tais arranjos estavam diretamente ligados aos poderes econômicos familiares. Mesmo após a proclamação da República, em 1890, com a separação entre Igreja e Estado, e a instituição do casamento civil, a religião continuou interferindo nas relações familiares brasileiras. Até mesmo vários requisitos do casamento religioso foram mantidos no Código civil de 1916.

O modelo familiar exemplar era composto pelo pai, mãe e filhos advindos na constância do matrimônio. A família na primeira metade do século XX, era caracterizada como matrimonial, tradicionalista, preocupada com a honra e reputação frente à comunidade, patrimonialista e patriarcal, em que as mulheres e os filhos deveriam ser submissos ao homem. Havia uma divisão de papéis, com o marido sendo responsável por prover o sustento da casa, enquanto a mulher cuidava dos filhos e realizava as tarefas domésticas. As outras

---

<sup>1</sup> As ordenações portuguesas utilizaram o conceito religioso do casamento, que apresentava caráter sacramental, em conformidade com o Concílio de Trento do século XVI.

<sup>2</sup> Os familiares ou responsáveis estabeleciam promessa de casamento, instituto dos sponsais, entre os noivos.

relações que não advinham do casamento eram marginalizadas, consideradas ilegítimas e amorais. O Código Civil de 1916 legitimava como família somente aquela advinda de justas núpcias, impedindo sua dissolução e traçando uma hierarquia entre seus membros. A mulher casada era qualificada no artigo 6º, inciso II como relativamente incapaz, sendo submetida ao poder do cônjuge. O vínculo conjugal era indissolúvel, a única forma de o casal não permanecer unido era o desquite, amigável ou judicial, que estabelecia a separação de corpos colocando termo ao regime de bens. À época a dissolução pelo desquite era vinculado ao sistema de culpa de um dos cônjuges no rompimento da relação, cujas situações enumeradas eram similares àquelas que possibilitavam a anulação do sacramento do matrimônio (SAMPAIO, 2001).

Os vínculos extramatrimoniais e os filhos ilegítimos eram punidos, tendo seus direitos excluídos pelo ordenamento, numa tentativa de preservar o casamento. Mesmo as uniões não conjugais de pessoas solteiras ou separadas eram consideradas concubinárias, sendo ignoradas pela legislação. O entendimento era de que o concubinato não poderia gerar nenhum efeito, a concubina não tinha direito sequer a subsídios de caráter alimentar. Essa discriminação familiar era fundamentada na época através do “espírito patrimonialista” do Estado Liberal. Porém, o concubinato, com o passar dos anos, foi se tornando crescente no país, e responsável por modificar os entendimentos jurisprudenciais, que a partir dos anos 30 começaram a reconhecer a partilha dos bens adquiridos na constância do concubinato, desde que demonstrado o esforço direto ou indireto, reconhecendo-se ao longo do tempo a indenização a título de serviços prestados. Tais questões até o momento eram analisadas pelo direito obrigacional, não sendo reconhecidas no direito da família (SAMPAIO, 2001).

Com a crescente urbanização e industrialização houve a necessidade de a mulher ingressar no mercado de trabalho ocasionando alterações no papel de cada indivíduo da relação familiar, inclusive permitindo-se o ingresso da mulher no mercado de trabalho. Esse fato exaltou a contribuição da mulher no patrimônio da família, incentivando sua autoestima e proporcionando um longo caminho para a queda do patriarcalismo, em que casamento passa a se basear não mais na submissão, mas na igualdade. A década de 60 apresentou relevantes evoluções nos âmbitos familiares, que se refletiram no ordenamento jurídico, tais como o surgimento do Estatuto da Mulher Casada pela Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, que previa a capacidade plena da mulher casada, o livre exercício de uma profissão, sem necessitar de autorização do marido, e a propriedade exclusiva dos bens adquiridos através de seu trabalho, dentre outros. Na década de 70 houve o grande avanço em relação ao vínculo matrimonial, pois, através da Lei nº 6.515 de 1977 foi instituída a possibilidade do divórcio e

de novo casamento às pessoas separadas, ainda que inicialmente restrita a só uma nova vez (SAMPAIO, 2001).

Reconheceu-se e atribuiu validade jurídica às modificações dos costumes da sociedade. Homens e mulheres passaram a enxergar o casamento não mais como um instituto que envolve o Estado, a religião, dinheiro e o patrimônio, mas sim como uma relação amorosa de solidariedade. O divórcio possibilitou que as pessoas enxergassem o casamento como uma mera formalidade jurídica, por não garantir mais a duração e intensidade da união. Ademais, conforme explica TEPEDINO (1998) o concubinato não adúlterino passou a ser uma prática reiterada e aceita na sociedade como um vínculo familiar não formal, com reflexos no âmbito jurídico, sendo reconhecido pelo Direito da Família, agora como união estável.

A Constituição Federal de 1988 foi responsável por um enorme avanço no Direito da Família, pois ampliou o conceito de família e a tutela protetiva a todos os seus membros, instaurando ainda a igualdade entre os indivíduos. O reconhecimento de família foi estendido para o casamento, a união estável entre o homem e a mulher e a família monoparental (artigo 226 da Constituição Federal). Além disso, foi consagrada a igualdade entre os filhos, independente de terem sido ou não concebidos no casamento, ou de terem sido adotados. A separação e a perquirição da culpa foram eliminadas posteriormente, através da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, que instituiu o divórcio direto (DIAS, 2013).

O Código Civil de 1916 foi derogado no âmbito do Direito da Família após a Constituição Federal de 1988, e em 2003 entrou em vigor o atual Código Civil, que excluiu algumas expressões e conceitos preconceituosos e discriminatórios, porém não foram incorporadas todas as inovações necessárias referente à família. Alguns avanços ocorreram, tais como assegurar alimentos para os cônjuges, companheiros e parentes, com as mesmas diretrizes, a exclusão da culpa pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010 e a igualdade, estabelecida pela Constituição Federal, entre todos os filhos. Porém, há ainda falhas no ordenamento. A união homoafetiva, por exemplo, só é tutelada pelo CNJ, não estando devidamente disciplinada no ordenamento jurídico. Além disso, a união estável é discriminada em relação ao casamento, e outros modelos familiares que emergem na sociedade, como as famílias paralelas e poliafetivas, permanecem marginalizados pelo Direito. Foram cometidas inconstitucionalidades no atual código, pois a Constituição Federal não estabelece hierarquia entre as entidades familiares, assim não pode haver discriminações entre elas na legislação infraconstitucional, como se deu até este ano quanto a sucessão diferenciada do cônjuge e do companheiro (DIAS, 2013).

Percebe-se então que historicamente ocorreram diversas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro relacionadas ao conceito de família. A Constituição Federal de 1988 incorporou diversos avanços no âmbito do Direito da Família, mas verifica-se que ainda existem dificuldades no âmbito infraconstitucional quanto ao reconhecimento jurídico de novos modelos familiares retirados do seio da sociedade. Por isso é preciso haver reflexões sobre as famílias contemporâneas e seus princípios norteadores, objetivando a tutela adequada do Direito para consolidar a democracia nas relações familiares.

### **1.1- A família contemporânea: visão pluralista e democrática**

A visão da família hoje não pode ser mais delimitada por modelos juridicamente tutelados, posto serem as relações humanas dinâmicas. O desenvolvimento da personalidade e dignidade da pessoa humana passa a ser fundamental, com a valorização de uma união solidária e afetiva. O conceito de família atual é amplo, de forma a possibilitar que todas as relações familiares sejam tuteladas. Como as relações familiares sempre se transformam com o passar dos anos, esse novo conceito objetiva proteger cada uma delas, as que existem ou as que possam vir a existir. A família é um espaço privado cuja intervenção do Estado só é legítima para tutelar os arranjos familiares e a dignidade daqueles que não tem plena capacidade civil.

É preciso ter uma visão pluralista da família, abrigando os diversos arranjos familiares que têm um elo de afetividade advindo da vontade do indivíduo de estabelecer o envolvimento emocional e solidário. O direito da família atualmente visa a resguardar o indivíduo, não mais o patrimônio, servindo como uma forma de desenvolver a personalidade dos seus integrantes, para a formação da sociedade, justificando assim sua proteção pelo Estado (DIAS, 2013).

O Direito da Família anteriormente era pautado nos preceitos patrimoniais: contrato, família e propriedade, pilares do Direito Civil; porém a essência do instituto agora visa tutelar os princípios da personalidade humana, tais como a liberdade, dignidade e igualdade. Assim, é dever do Estado respeitar esses princípios, garantindo a autonomia da vontade de cada indivíduo em sua escolha. A Constituição Federal de 1988 tratou das entidades familiares que existiam na época, criando um rol que não é taxativo, mas sim um elenco de possibilidades. Logo, é possível a tutela do Estado para as relações familiares que surjam em decorrência das

transformações sociais. A Constituição reconhece ainda os mesmos direitos para cada uma delas, baseada no princípio da igualdade (SAMPAIO, 2001).

Infelizmente, muitas vezes certas convenções estabelecidas pela moral interferem no Direito e na legislação, ocasionando graves injustiças para as pessoas. A moralidade sempre foi um reflexo da tradição, cultura, educação e cotidiano da sociedade, e está relacionada aos valores da comunidade e ao julgamento pelos indivíduos do que seria considerado certo ou errado. A determinação do conceito de família pela moral foi por muitos anos um fator que discriminou entidades familiares que sempre existiram, mas não eram reconhecidas como tal.

Os diversos movimentos sociais ocorridos na história brasileira, que lutavam pela liberdade, democracia, igualdade de gênero, pelo fim do preconceito e discriminação, possibilitaram a igualdade entre os sexos e a mudança da mentalidade de grande parte das pessoas, aumentando o respeito às diferenças. Atualmente vários desses grupos familiares são reconhecidos pelas normas brasileiras, porém alguns ainda não tem todos os direitos garantidos e outros nem mesmo estão sendo tutelados. Por isso, é importante que a legislação e jurisprudência relativa ao Direito da Família modifique o conceito de família de forma a garantir relações familiares democráticas a todos os brasileiros.

É preciso haver uma reflexão sobre a amplitude dos tipos de famílias que existem no século XXI. Como se pode observar, atualmente no Brasil há muita diversidade entre as relações amorosas: existem casamentos e uniões estáveis entre heterossexuais, homossexuais, famílias simultâneas, poligâmias, famílias monoparentais e recompostas, filiação, que pode ser de origem genética, adotiva e até mesmo socioafetiva, entre outras, cada uma com suas peculiaridades. O tempo sempre trará transformações familiares nas comunidades, e é dever do Direito acompanhar essas mudanças.

A Constituição de 1988 trouxe novos valores ao Direito da Família, cabendo ao sistema jurídico regular a tutela da família de maneira justa e igualitária. A legislação incorporou em seu texto as mudanças sociais, e esse fato traduz a ideia da Constituição de sempre acompanhar o desenvolvimento da sociedade com o passar do tempo, adequando suas normas com a realidade brasileira, de forma a respeitar a democracia, justiça e os princípios da liberdade, igualdade, solidariedade e dignidade da pessoa humana. Deste modo, é lógico deduzir que a Constituição Federal está apta a recepcionar a família atual e também a do futuro.

A família é a base da sociedade democrática, pois constituída sobre um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, caput, Constituição Federal). Logo, se a democracia estiver presente na família haverá também o fortalecimento do espaço público democrático.

Democracia significa igualdade social e civil, abrangendo a liberdade de tomar decisões, o pluralismo, diversidade cultural, solidariedade e rejeição a qualquer tipo de discriminação e preconceito. Com a inserção da igualdade e liberdade no espaço familiar de solidariedade, afeto recíproco e realização pessoal, o novo modelo familiar vem sendo chamado de democrático por especialistas em sociologia e doutrinadores do Direito. Esse modelo de família democrática é menos organizado e hierarquizado, independe de laços consanguíneos, sendo baseado em sentimentos e valores compartilhados, em que não há direito sem responsabilidade, nem autoridade sem democracia, buscando a igualdade, liberdade e solidariedade. Os indivíduos passam a ser valorizados e protegidos dentro do grupo familiar, com o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, proporcionando sua autonomia, crescimento individual e autoafirmação. Percebe-se que a família passa a ter um conceito mais flexível e instrumental, com origem em um ambiente solidário, que preza pelo desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros. A família atual é então democrática e dignificada (BODIN DE MORAES, 2005).

A autonomia, igualdade e liberdade permite a escolha da estrutura familiar conveniente para cada indivíduo. O rol familiar da Constituição, por não ser taxativo, possibilita a configuração de diversas estruturas familiares, que são desejáveis em prol da família democrática. O princípio da dignidade da pessoa humana, prevista no inciso III, artigo 1º, da Constituição Federal, garante a todos os cidadãos o direito a família. Logo, a família deve ser tutelada juridicamente pelo simples fato de existir. A relação familiar é protegida devido a sua substância, não em razão de sua estrutura formal. A convivência afetiva, pautada em assistência moral, material, auxílio mútuo e companheirismo, independente do sexo, é que deve ser considerada no âmbito familiar. O artigo 3º, incisos I e IV da Constituição Federal prevê a igualdade, não discriminação e construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, deve-se tutelar outras formas de vínculo afetivo, mesmo não previstos expressamente pelo ordenamento jurídico, que contenham os mesmos fundamentos, qualidades e funções da família democrática, a fim de não discriminar os cidadãos (BODIN DE MORAES, 2005).

Após o exposto nesse capítulo, é possível perceber que o conceito de família sofreu muitas transformações ao longo dos anos, que representaram grandes avanços no âmbito do Direito da Família, pois diversos preconceitos e discriminações foram atenuados ou excluídos e os direitos à personalidade humana passaram a ser protegidos. Todavia, ainda há certas limitações acerca da família, existentes na legislação e jurisprudência. Uma dessas limitações é a diferenciação legislativa entre a união estável e o casamento, dois institutos que apresentam a mesma realidade fática, a mesma *ratio*, uma relação familiar afetiva,

democrática e solidária. Ademais, é preciso haver na legislação o devido reconhecimento e tutela das famílias paralelas e poliafetivas. Nenhuma estrutura familiar tem legitimidade superior, todas estão no mesmo patamar de igualdade. Portanto, não existem razões que fundamentem a discriminação das entidades familiares no âmbito da codificação civil.

## **2. Reflexões sobre a violação da família democrática promovida pelo código civil brasileiro e pelos tribunais**

### **2.1- A discriminação da união estável, em relação ao casamento, oriunda da legislação infraconstitucional**

Ao analisar o Código Civil atual, que data de 2002, é possível observar que o livro IV, referente ao Direito da Família, não absorveu adequadamente o conceito de família com ideais democráticos, protegida pela Constituição Federal. Percebe-se na codificação uma preocupação predominante em legislar o casamento com mais de cem artigos, enquanto a união estável, no título III desse livro, apresenta apenas cinco artigos. Em pleno século XXI o legislador cometeu graves erros ao não traçar características comuns para os tipos familiares.

Quanto ao casamento, poucas mudanças se percebem na estrutura dos capítulos do código em face do código anterior, ou seja, ainda se visualiza uma preocupação com a estrutura do ato (requisitos para sua celebração), quanto a função (direitos e deveres dos cônjuges) e no tocante as relações patrimoniais e a dissolução do vínculo. Claramente é um resquício histórico e religioso da antiga sociedade patriarcal, em que a família era reconhecida somente após essas formalidades. Porém, atualmente o casamento é somente uma das espécies de diversas entidades familiares. A família não surge necessariamente de um contrato, posto que ele a regulamenta, aspecto formal, mas sim de uma relação de afeto, ajuda mútua e convivência, que se traduz em seu aspecto funcional. Assim, não é dever do Estado determinar limites para sua formação, mas sim reconhecer e tutelar as relações familiares existentes.

O casamento em sua natureza jurídica é um negócio que tem como finalidade o envolvimento afetivo e o desejo de constituir família, integralizando sentimentos, valores e ajuda mútua, além de possibilitar a realização do projeto pessoal de felicidade de cada indivíduo (DIAS, 2013). Logo, em sua natureza jurídica o casamento apresenta a mesma essência de família das outras entidades familiares. A diferença principal entre o casamento e outras famílias está relacionada ao seu momento de constituição. Enquanto a relação conjugal

só é reconhecida após um procedimento formal, que respeite todos os requisitos legais estabelecidos na codificação, a união estável se difere por simplesmente existir, independente de formalidades, cabendo ao Estado apenas reconhecê-la e tutelar seus direitos e deveres.

A união estável, é um ato-fato jurídico, pois não é necessário qualquer manifestação ou declaração de vontade para que produza seus efeitos jurídicos. É um fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, devido a incidência de direitos provenientes das normas constitucionais e legais. Converte-se assim a relação fática em jurídica (LÔBO, 2008). A configuração da união estável ocorre com convivência e estabilidade de uma relação de afeto que visa constituir família, tendo como base a solidariedade, igualdade e dignidade. Os indivíduos têm a opção de constituir família livremente, sem a interferência do Estado na sua formação, não necessitando obrigatoriamente de formalismos. A interferência desse deve ser somente para reconhecer a união e garantir seus direitos e deveres, tutelando-a de forma a proteger os interesses dos familiares. A vertente de reconhecimento da união estável é compatível com o conceito de família democrática no sentido de reconhecer as entidades familiares devido a sua essência, possibilitando ainda que os próprios membros regulem sua relação familiar com base na autonomia individual e liberdade.

A união estável foi reconhecida expressamente pela Constituição Federal, porém, a codificação civil continuou com retrógado caráter discriminatório, trazendo diferenciações entre a união estável e o casamento, tais como em relação a sucessões, direito real de habitação e o conceito de esforço comum, sempre garantindo mais direitos ao cônjuge do que ao companheiro. No direito sucessório os artigos previstos no Código Civil propiciam um tratamento desigual entre o cônjuge e companheiro, com aquele sendo herdeiro necessário, com direito a metade dos bens da herança (art.1845 e 1.846 CC) e ocupando a terceira ordem na vocação hereditária (art. 1.829 CC), com relação a totalidade dos bens particulares ou comuns, além de receber parcela maior da herança (art. 1.832, 1.837 e 1.838 CC) do que o companheiro, que não é herdeiro necessário e se houver outros herdeiros só participa da sucessão em relação aos bens adquiridos a título oneroso na constância da união (art. 1.790 CC).

Essa discriminação foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 878.694-MG. Em seu voto, o Ministro Roberto Barroso afirma: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. Ademais, expõe que hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição e a discriminação entre elas contrasta com os princípios da

igualdade, dignidade humana e da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

Porém, a codificação civil ainda permanece negligente quanto a outras discriminações. O cônjuge, por exemplo, tem direito real de habitação previsto no artigo 1.831 do Código Civil. Enquanto isso, o Código Civil de 2002 não prevê o direito real de habitação ao companheiro, que anteriormente possuía esse direito garantido no artigo 7º, § único, da Lei nº 9.278 de 1996. Claramente houve inconstitucionalidade por omissão neste caso, já que o código não regulou direito fundamental anteriormente garantido ao companheiro. Assim, a omissão na lei gera insegurança jurídica, pois alguns julgadores entendem que a lei foi revogada e não aplicam o direito real de habitação ao companheiro por não estar expresso no código. Tal fato deu ensejo ao enunciado nº 117 do CEJ/CJF, de 15 de setembro de 2002, reforçado pelo julgamento do Recurso Especial nº 821.660-DF, em 2011, a fim de estender o direito de habitação aos companheiros. Mas, para evitar possíveis discriminações ainda é necessário que o legislador supra a omissão legislativa a respeito do direito real de habitação.

A união estável também recebe tratamento diferenciado pelo Instituto Nacional do Seguro Social, pois ele impõe um processo administrativo para o reconhecimento da união estável, que muitas vezes tem pedido negado, fazendo o companheiro ter que ir ao judiciário para reconhecer sua união, o que provoca insegurança jurídica e contraria o princípio da celeridade. O Decreto nº 3.048/99, artigo 22, § 3º, é utilizado pelo INSS para justificar a exigência de três provas documentais, limitadas ao que está elencado no texto, a fim de reconhecer a união estável, enquanto para reconhecer o vínculo conjugal é somente exigido a certidão de casamento. Tal fato contraria a Lei nº 8.213/91, o Código Civil e a Constituição Federal pois estes aceitam qualquer tipo de prova capaz de reconhecer a união estável.

Ademais, se o falecido for separado de fato e tiver constituído união estável a companheira poderá ter que dividir o valor da pensão com o ex-cônjuge (STJ - REsp: 544803 RJ 2003/0106315-7, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 28/11/2006, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 18/12/2006 p. 464). Se ainda o falecido for casado e tiver outra família paralela, a companheira não tem direito a pensão por morte (STF - RE: 590779 ES, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 10/02/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: 27/03/2009). Assim, percebe-se que o INSS atribui valor jurídico maior ao casamento, comparado a união estável, tratamento contrário aos preceitos constitucionais, pois não há hierarquia entre modelos diversos de família. Ainda mais desamparada está a companheira fruto de famílias simultâneas.

Essas discriminações foram apresentadas nesse capítulo a caráter elucidativo e são apenas algumas das diversas diferenciações sofridas pela união estável em relação ao casamento. Portanto, conclui-se que a legislação infraconstitucional instaurou inconstitucionalidades, em que se destaca a tutela diferenciada entre as entidades familiares.

## **2.2- O reconhecimento da família homoafetiva no sistema jurídico brasileiro**

Alguns dos enormes avanços no âmbito do Direito da Família, provenientes da promulgação da Constituição Federal de 1988, foram: a garantia de igualdade entre homens e mulheres e a equiparação entre as entidades familiares. Atendendo ao influxo da sociedade garantiu-se o reconhecimento da igualdade e liberdade para se buscar a autonomia nas escolhas afetivas, estabelecendo vínculos da maneira que desejarem, conforme sua identidade sexual.

A condição de homossexual, que antes era vista pela legislação de forma depreciativa, intolerante e punitiva, hoje é respeitada e tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo como base os princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF) e o conceito de família democrática.

O artigo 5º, caput e inciso XLI, da Constituição Federal estabelece a igualdade e liberdade entre brasileiros e veda a discriminação atentatória aos direitos e garantias fundamentais. Logo, claramente é proibida a discriminação referente a orientação sexual de um indivíduo e a sua escolha por uma relação familiar homoafetiva, por estes serem direitos fundamentais e personalíssimos, intrínsecos a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade. O artigo 226, § 1º e § 3º, da Constituição Federal, garante o direito ao casamento e a união estável para todas as pessoas. A menção dos termos “homem” e “mulher” no § 3º são apenas termos exemplificativos, não havendo nenhuma vedação para a formação de entidades familiares por pessoas do mesmo sexo. O próprio preâmbulo da Constituição Federal estabelece que o Estado Democrático deve assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...”, reforçando ainda em seu artigo 3º, incisos I e IV, que o objetivo fundamental do Estado é construir uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, sem preconceitos ou outras formas de discriminação.

Infelizmente, diversos julgadores não respeitaram esses valores e por muitos anos, mesmo após a promulgação da constituição, continuaram discriminando os relacionamentos

homossexuais, afirmando que haveria impossibilidade jurídica do pedido, pois a diversidade de sexo seria um requisito fundamental para a celebração do casamento e da união estável, interpretando erroneamente os termos “o homem e a mulher” presentes nos artigos 226, § 3º, da Constituição Federal e 1.723 do Código Civil. Essas divergências deram origem a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 132, que em 05 de maio de 2011 foram declaradas procedentes pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Assim, foi conferida interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 1.723 do Código Civil, declarando a aplicabilidade de regime da união estável à união homoafetiva. Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça, colocou em vigor no dia 16 de maio de 2013, a Resolução nº 175, estabelecendo que os cartórios de todo o Brasil não podem recusar converter em casamento união estável homoafetiva ou celebrar casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Porém, ainda persiste na sociedade resquícios preconceituosos em relação aos homossexuais e ao próprio conceito de família, que se refletem na política, como por exemplo, no Projeto de Lei nº 6.583/2013. Esse projeto objetiva instituir o Estatuto da Família que define como família apenas a entidade monoparental e o casamento ou união estável entre um homem e uma mulher. Obviamente esse estatuto configura um grave retrocesso no âmbito do Direito da Família, desrespeitando diversos princípios e direitos fundamentais intrínsecos ao conceito de família plural democrática. O sistema da ONU no Brasil, se manifestou por meio de nota, em outubro de 2015, a fim de repudiar essa definição, pois ela contraria o princípio da irreversibilidade dos direitos humanos e se configura como uma involução legislativa.

Assim, tendo em vista que ainda existe uma corrente oposta aos princípios do Direito da Família é essencial uma mudança no ordenamento jurídico brasileiro a fim de reforçar o novo conceito de família democrática, plural, que preza pela efetividade dos valores constitucionais, evitando qualquer retrocesso por parte de bancadas religiosas ou conservadoras no poder. Afinal, vivemos em um Estado Democrático de Direito laico, que se propõe a garantir direitos fundamentais a todos, erradicando preconceitos e discriminações. Todos os indivíduos, então, sempre devem ter reconhecidos seus relacionamentos afetivos, podendo escolher formar a entidade familiar que desejarem, sendo titulares de todos os direitos e deveres provenientes desse vínculo, tais como direitos sucessórios e de adoção, deveres de cooperação e solidariedade, entre outros.

### **2.3- A marginalização das famílias paralelas e poliafetivas**

As famílias paralelas e poliafetivas são outros exemplos de modelos familiares marginalizados pelo Direito, não sendo nem mesmo reconhecidos como família pela codificação civil. Essa exclusão da família é completamente contrária ao conceito de família democrática, sendo inconstitucional haver discriminações e preconceitos de modelos familiares somente por eles serem contrário a moral da sociedade, que é um conceito relativo. A união homoafetiva também foi excluído do ordenamento jurídico brasileiro por muitos anos, por contrariar a moral e os bons costumes, argumento frequentemente utilizado para camuflar os preconceito e discriminações da sociedade. Os homossexuais só adquiriram o direito de formar a família homoafetiva após um longo período de conflitos e manifestações. É dever do Direito evitar que conflitos aconteçam, reprimindo discriminações e tutelando todas as relações familiares existentes. Assim, é imprescindível o reconhecimento e a tutela das famílias paralelas e poliafetivas.

Muitos julgados demonstram que as famílias paralelas e poliafetivas não são tuteladas devido a estrutura monogâmica da sociedade e aos deveres de respeito e lealdade (TJ-DF - EIC: 63135020108070003 DF 0006313-50.2010.807.0003, Relator: João Egmont, Data de Julgamento: 07/05/2012, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 15/05/2012, DJ-e Pág. 50). Porém, esses argumentos não são capazes de evitar o reconhecimento de uma família, pois apresentam resquícios discriminatórios. A religião e o patriarcalismo impuseram que as mulheres deveriam permanecer virgens até o casamento e posteriormente fieis para garantir filhos de inquestionável paternidade. Enquanto os homens eram considerados superiores e sua traição era considerada normal pela comunidade. As mulheres tinham sua sexualidade reprimida e eram julgadas por manter relações sexuais fora do casamento, reflexos de uma sociedade machista.

O ordenamento jurídico brasileiro foi influenciado pela religião cristã e pela moral condizente com uma cultura monogâmica, que estabeleciam o casamento somente entre duas pessoas, repudiando o adultério. Essa imposição está também relacionada com razões econômicas, para que somente os filhos legítimos fossem herdeiros do patrimônio. Assim, o Código Civil de 1916 estabeleceu a fidelidade como dever conjugal. Todavia, essa fidelidade perdeu sua função por não ser compatível com a autonomia das escolhas, deixando de possuir consequências jurídicas e sendo destituída de sanção. A fidelidade é manifestação da autonomia privada, oriunda da positivação da liberdade estabelecida pelo Direito, que não deve interferir na vida íntima do indivíduo. Às famílias simultâneas, poliafetivas, recusa-se

sua validade em razão do princípio da monogamia. Ressalta-se que esse é um princípio de caráter moral, costumeiro, implícito no ordenamento posto proibir-se a bigamia, o que não cabe nesses modelos de família, que se regem pela boa-fé, e na não aplicação de dois atos jurídicos efetivados pelo casamento. Além disso, um princípio de natureza cultural, pode ser revisitado sempre que houver mudança social relevante.

As balizas para essa questão estão relacionadas somente a preconceito e intolerância de parcela da sociedade. Não reconhecer como família as relações simultâneas e poliafetivas é ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, pois estaria retirando direitos de uma relação afetiva, anulando a liberdade individual e banalizando a solidariedade familiar (SAMPAIO, no prelo).

Logo, percebe-se que a monogamia advém da construção política e histórica da dominação masculina, referendada pelo direito Canônico e confirmada pelo Código Civil com o objetivo de punir patrimonialmente o cônjuge que descumprir o dever de fidelidade previsto no artigo 1.566, I. O concubinato é um dos exemplos dessa política de exclusão social. A legislação infraconstitucional e os tribunais vêm contrariando o Direito ao tratar como invisíveis diversas pessoas e arranjos familiares. Enquadrar a monogamia como um princípio seria uma clara afronta aos princípios constitucionais da dignidade humana, solidariedade, liberdade e democracia (Silva, 2012, *apud* VERAS, 2013).

Há uma crise proveniente da monogamia que se manifesta com a flexibilização do dever conjugal de fidelidade, expulsão do crime de adultério previsto no artigo 240 do Código Penal, em 2005, e instauração do divórcio direto em 2010, com a Emenda Constitucional nº 66, que colocou fim a discussão sobre a “culpa” pelo fim do casamento. A tolerância e convivência harmônica de valores culturais plurais, que se manifestam cada vez mais na sociedade atual e no Direito das Famílias, marcam a aceitação das famílias plurais que existem além das previsões expressas na Constituição Federal. Não existe nada mais aberrante do que o Estado intervir na esfera íntima do casal, punindo quem mantém relações extraconjugais. A monogamia e o dever de fidelidade são somente valores morais e culturais, que não devem ser elevados à categoria de instituto com efeitos jurídicos. Desse modo, o Estado não deve interferir na escolha individual das relações familiares que cada um deseja manter (VERAS, 2013).

Portanto, é possível deduzir que existem modelos familiares diversos, cada um com suas peculiaridades, mas todos baseados no conceito de família democrática. Alguns desses modelos estão sendo excluídos da tutela estatal por razões morais e culturais discriminatórias, que colocam as pessoas no lugar de não sujeito. O Estado deixar de reconhecer qualquer

modelo de família é completamente inconstitucional. Não é lícito recusar efeitos jurídicos a relações familiares pois há o desrespeito da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Destarte, é preciso haver mudanças no ordenamento jurídico brasileiro a fim de possibilitar o reconhecimento de modelos familiares abertos e garantir sua tutela pelo Direito.

### **3. A legitimação de modelos familiares abertos através do contrato.**

A Constituição Federal garante o mesmo valor jurídico entre qualquer tipo de entidade familiar, inexistindo hierarquia entre modelos familiares diversos. Todos os modelos devem ser tutelados com igualdade, democracia e dignidade. Para que não existam mais discriminações entre as famílias, no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso haver um conceito aberto de família, que abranja todas as relações familiares existentes e as que ainda irão existir, tendo em vista as constantes transformações na sociedade. Entendemos por família a união entre duas ou mais pessoas, independente do sexo, com o objetivo comum de constituir uma relação afetiva contínua e estável, baseada na democracia, solidariedade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Desse modo, todos os modelos de família seriam provenientes da mesma natureza, sendo tutelados pelo sistema jurídico sem discriminações e preconceitos, conforme o pluralismo.

O pluralismo pressupõe uma diversidade de visões de mundo, que permite a cada indivíduo construir seu próprio projeto de vida único, conforme seus desejos, crenças, convicções e singularidades. O pluralismo é ainda inerente à democracia por reconhecer direitos iguais a espaços individuais de se manifestar, respeitando a personalidade. Em um Estado Democrático de Direito é inadmissível a ditadura da maioria. Deve haver o respeito às aspirações individuais e aos direitos e desejos das minorias. O pluralismo e multiculturalismo possibilitam que cada pessoa construa, no âmbito da sua cultura, as aspirações para tutelar sua própria dignidade e ser protagonista de suas escolhas afetivas. O Estado deve promover o livre desenvolvimento da personalidade e dignidade dos indivíduos, permitindo que eles sigam seu projeto de vida (TEIXEIRA, 2010, *apud* PENNA, 2010). Assim, é preciso haver a incorporação dos modelos plurais de família no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira a garantir o direito de personalidade das pessoas, permitido que elas constituam suas famílias conforme suas aspirações individuais, sem sofrer discriminações e preconceitos da maioria.

As configurações familiares atuais são consideradas plurais pois seus próprios membros são responsáveis pela sua construção e promoção. Estes modelos de família são ainda democráticos, já que inserem princípios fundamentais. Os direitos de personalidade dos

membros da relação familiar são protegidos, privilegiando-se a realização pessoal e solidariedade. Coexistem nesse ambiente direitos, responsabilidades e democracia, com a dignidade de cada membro respeitada. A democracia implica a igualdade, liberdade, respeito mútuo, autonomia, tomada da decisão pela comunicação, resguardo da violência, integração social e rejeição a discriminações e preconceitos. O Estado deve respeitar a família democrática e não mais tutelar as relações conjugais através de normas imperativas, garantindo aos adultos a resolução de seus problemas mais por meio de pactos do que por meio de leis (BODIN DE MORAES, 2013).

A fim de legitimar esse conceito deve haver ainda uma mudança legislativa no reconhecimento e regulamentação das famílias, de forma a garantir a liberdade de escolha dos indivíduos nas suas relações privadas. Silvana Carbonera ressalta a ideia de liberdade das pessoas em seus relacionamentos familiares:

[...] O Direito não deve decidir de que forma a família deverá ser constituída ou quais serão suas motivações juridicamente relevantes. Em se tratando de relações familiares, seu campo deve se limitar ao controle da observação dos princípios orientadores, deixando às pessoas a liberdade quanto à formação e modo de condução das relações (CARBONERA, 1998, *apud* SAMPAIO, 2001).

A família contemporânea deve ter seu “espaço privado relacional e individualista” reconhecido pelo Direito para que se respeite as relações constituídas e as escolhas individuais, valorizando as pessoas. Esse espaço privado garante a igualdade, liberdade, autonomia e capacidade de se autorreger aos seus indivíduos. A Constituição Federal legitimou a diversidade e democracia nas relações familiares, reconhecendo modelos plurais, respeitando divergências culturais e rejeitando discriminações e preconceitos. A liberdade do “ser” na família possibilita a existência de diversos modelos familiares, garantindo a dignidade de seus membros e respeito a individualidades. Cada familiar possui a capacidade de exercer suas próprias escolhas e se autodeterminar. A solidariedade se manifesta nesse âmbito familiar ao regular a liberdade de cada membro para a satisfação de interesses comuns (SAMPALIO, no prelo).

O Direito deve verificar os critérios conformadores da união familiar, respeitando a autonomia das escolhas. Os efeitos jurídicos da família independem de prévia normatização, sendo necessário apenas a configuração de um relacionamento solidário afetivo, que respeite a autonomia da vontade. Diante de variados modelos familiares advindos da manifestação da autonomia da vontade não pode haver legitimidade de um modelo em detrimento do outro. A

relação familiar é privada e estabelecida entre adultos, assim deve haver preferência para a sua tutela principalmente por pactos, ao invés de leis (SAMPAIO, no prelo).

A instituição familiar possui axiologia e normatividade própria, independente do que a legislação estatua sobre ela, pois suas relações não são determinadas pelo Legislador, mas sim por sua liberdade e escolhas individuais. As leis criadas pelo Estado somente devem contribuir para tutelar as relações familiares quando estas estiverem gravemente deterioradas. A família não precisa de normas para se reger internamente, pois o que rege essa instituição são as regras com normatividade jurídica culturalmente vigente e a *entia moralia*. O mesmo acontece nos contratos típicos, que possuem a disciplina que necessitam para vigorar, salvo estipulação em contrário. A recepção dos usos e costumes no contrato típico, com modelo regulativo social, e na instituição familiar é baseada no princípio da autonomia privada e na *entia moralia* (DA SILVA *apud* SAMPAIO, no prelo).

O Direito tem compromisso com a moral mínima, traduzida no valor moral da justiça e relacionada a tutela dos direitos humanos. A aspiração de justiça promove valores sociais e garante ainda a autonomia pessoal. O princípio norteador de um costume preceitua que as normas ordinárias sobre a união entre pessoas como família, em seu aspecto funcional, devem ser lidas não como comando, mas como norteadoras de ações interpessoais e privadas com base no direito fundamental a liberdade nas escolhas pessoais (MACCORMICK, 2007, *apud* SAMPAIO, no prelo).

Ser parte de uma família é um direito fundamental relacionado a dignidade da pessoa humana e a liberdade de escolha do indivíduo, proveniente da autonomia privada. A relação familiar é um espaço privado de liberdade. Logo, discriminar modelos familiares promove a violação de princípios constitucionais e da autonomia de grupos minoritários (SAMPAIO, no prelo). A liberdade jurídica está relacionada a autonomia privada do indivíduo, que “é a base para a criação, modificação, extinção de situações jurídicas subjetivas, e atua conforme o ordenamento jurídico”. Seu conteúdo “está na autorregulação de interesses patrimoniais e não patrimoniais, cuja juridicidade se constitui pelo seu reconhecimento pelo sistema jurídico, dotado de valores” (MEIRELES, 2009, *apud* SAMPAIO, 2011).

A liberdade e igualdade entre os modelos familiares são princípios essenciais para o reconhecimento das famílias. Todos os indivíduos possuem o direito de exercer sua autonomia individual e liberdade de escolhas, podendo reger internamente suas relações íntimas, com o poder de criar, modificar e extinguir sua relação familiar, determinando seu conteúdo e efeitos, sob a proteção jurídica. Segundo PERLINGIERI (2008, *apud* SAMPAIO, 2011) a conexão das situações subjetivas possibilita a valoração do comportamento não só na

descrição do efeito no momento estático, mas também no momento dinâmico, regulando interesses e realizando o planejamento predeterminado na disciplina do fato jurídico.

A liberdade individual tem a solidariedade como justa medida, pois uma não existe sem a outra. O conteúdo do direito subjetivo respeita a esfera do outro indivíduo, promovendo os interesses de todos os membros da relação e do ordenamento jurídico, pautando-se na boa-fé, no equilíbrio das relações e na função social. A relação jurídica se fundamenta ainda nos princípios constitucionais de justiça social, igualdade e dignidade da pessoa humana (SAMPAIO, 2011).

A família é uma relação jurídica que se manifesta através de um fato, podendo ter sentido amplo e estrito. A situação jurídica em sentido amplo é a relação da vida social relevante ao Direito, que a disciplina, e, portanto, é hábil a produzir efeitos jurídicos. Já a relação jurídica em sentido estrito ocorre através da manifestação dos indivíduos ao atribuir direitos e deveres em uma relação da vida social disciplinada pelo Direito (MOTA PINTO, 1996, *apud* SAMPAIO, 2011).

Por ser uma relação da vida social importante para o Direito, a família é uma situação jurídica em sentido amplo. Ela pode ainda se configurar em uma relação jurídica em sentido estrito com a manifestação de vontade de seus membros através de um contrato. Porém, como a família é uma relação complexa e peculiar, deve ser disciplinada especificamente pelo Direito das Famílias e não pelo Direito das Obrigações.

Assim, a legitimação das famílias plurais em um Estado Democrático de Direito pode ser feita através do contrato, pois este instrumento permite o acordo de vontades e interesses entre os contratantes, respeitando o ordenamento jurídico. Uma proposta de legitimação dos modelos de família seria então os próprios familiares estabelecerem sua relação em contrato, dispondo sobre o regime de bens e regras de convivência que não sejam proibidas por lei.

A autonomia no direito privado liberal clássico possibilita que os indivíduos estipulem o autorregramento de suas relações e comportamentos, sem sofrer ingerências externas e concretizando seus interesses na maior medida do possível. A celebração contratual da relação familiar permite a autorregulação pelos seus próprios membros, estabelecendo direitos e deveres correlatos baseados na liberdade individual e solidariedade social, respeitando a dignidade da pessoa humana. Esse instrumento ainda propicia a legitimação da família de forma célere e pública. O Estado deve intervir nessas relações somente para garantir os interesses da família, dos vulneráveis e da dignidade da pessoa humana (SILVA, 2006, *apud* PENNA, 2010).

No Estado atual deve haver um equilíbrio entre liberalismo e intervenção estatal, que respeite as particularidades individuais e os direitos de personalidade e dignidade. É necessária a expansão da autonomia privada para que cada pessoa faça suas escolhas de vida. A ingerência externa deve ocorrer apenas quando houver invasão a esfera jurídica de terceiros ou quando houver vulnerabilidade. Os limites dos direitos de personalidade estão na esfera de liberdade de terceiros e na ordem pública, que abrange os princípios gerais fundamentais da sociedade e do Estado. O termo “bons costumes” previsto no Código Civil Brasileiro não deve ser considerado limitador desses direitos pois é impossível estabelecer um conceito universal de bons costumes em uma sociedade plural e democrática, que não deve ser usado para reprimir, mas sim para proteger. O fundamento dos bons costumes deve ser a proteção da dignidade da pessoa humana (PENNA, 2010).

Assim, qualquer regulamentação proveniente do ordenamento jurídico referente a família, deve tutelar igualmente todos os modelos familiares de forma democrática e digna. Em relação ao contrato da família deve-se observar critérios de validade e eficácia de qualquer contrato, respeitando obviamente os impedimentos e restrições necessárias. Quando não houver contrato ou em caso de conflitos familiares cabe ao poder judiciário promover a harmonização dos litígios através de conciliações e mediações com auxílio de uma equipe multidisciplinar, que preze pela liberdade de escolha dos indivíduos na relação familiar. Em casos de impossibilidade de solução do problema pelos próprios familiares será responsabilidade do Estado decidir conforme a Constituição Federal e os princípios do Direito da Família.

Portanto, verifica-se a necessidade de existir uma nova forma de legitimação das famílias, a fim de permitir que todos os modelos abertos de família sejam reconhecidos, como a família simultânea. A legitimação familiar através de um contrato, baseado no conceito de família democrática, é uma proposta de solução para a questão, pois possibilita que os próprios indivíduos regulem suas relações afetivas. É preciso garantir aos familiares autonomia individual em seu espaço privado, cabendo ao Estado intervir minimamente na família, somente em caso de conflitos ou para observar o respeito aos princípios constitucionais.

Garantir o mesmo sistema contratual para todos modelos familiares plurais efetivará a democracia nas relações familiares, pois as famílias serão tuteladas igualmente e seus integrantes poderão exercer sua liberdade e autonomia da vontade ao reger internamente suas relações íntimas, desenvolvendo sua personalidade individual em um ambiente digno e solidário.

## Conclusão

Verifica-se que o conceito de família passou por diversas transformações na sociedade brasileira. O Estado, a religião e o patriarcalismo interviram fortemente nas relações familiares, discriminando famílias que eram diferentes do modelo conjugal. A Constituição Federal de 1988 trouxe diversos avanços no âmbito do Direito da Família, ampliando o rol das entidades familiares existentes e estabelecendo igualdade entre elas. O conceito da família contemporânea está relacionado a democracia e aos ideais de liberdade, igualdade, solidariedade e dignidade da pessoa humana. Porém, a legislação infraconstitucional não incorporou esse avanço e ainda apresenta discriminações entre modelos familiares, tais como entre a união estável comparada ao casamento, e nem mesmo reconhece as famílias paralelas e poliafetivas. Não existe amparo jurídico para discriminar nenhuma família, a Constituição Federal trouxe um rol exemplificativo de entidades familiares e não estabelece hierarquia entre elas. Houve então uma abertura no texto constitucional que possibilita o reconhecimento de novas famílias. A família homoafetiva foi reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça, pela jurisprudência, com base nessa tese, mas ainda é necessário reconhecer outras famílias que são negligenciadas, ainda que elas possam ser discriminadas por parcela da sociedade que, tradicionalmente, entende por imorais modelos diversos do casamento. Deixar de reconhecer direitos a uma família é ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, pois desrespeita a liberdade individual e a solidariedade da relação afetiva.

O Direito deve consolidar a democracia nas relações familiares, e para isso é necessário haver o reconhecimento de todos os modelos familiares que existem e que possam vir a existir na sociedade, acompanhando sua transformação cultural. A existência de discriminações e preconceitos na família é contrária ao ideal de democracia, que preza pela igualdade, solidariedade, liberdade, diversidade cultural e pluralismo. Assim, os modelos de família existente não devem ser expressamente delimitados, mas sim reconhecidos através de um conceito único e amplo de família. Uma proposta desse conceito pluralista de família é: Família é a união entre duas ou mais pessoas, independente do sexo, com o objetivo comum de constituir uma relação afetiva contínua e estável, baseada na democracia, solidariedade, liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Como forma de legitimar esse conceito de família é necessário haver o respeito as escolhas e vontades individuais, de forma a respeitar a autonomia privada e liberdade para cada um estabelecer suas relações privadas. Assim, é garantido o desenvolvimento da personalidade e proteção da dignidade da pessoa humana em um espaço democrático e

solidário. O contrato é um instrumento adequado para legitimar os diversos modelos familiares pois possibilita que os próprios familiares conduzam e regulem suas relações privadas, de acordo com seus interesses. Há assim, a consagração das aspirações individuais em um espaço familiar de mútua assistência. Deve-se aumentar a autonomia dos membros da família e diminuir as normas cogentes. Não se justifica existir uma disciplina formal e minuciosa para o reconhecimento da família, a regulamentação da vida em comum deve ser direito dos próprios indivíduos.

Conclui-se que é preciso haver uma mudança legislativa a fim de incorporar o conceito de família democrática plural e possibilitar a legitimação de qualquer modelo familiar pelo contrato. A responsabilidade do Estado nesse âmbito é o de garantir e tutelar igualmente as famílias e intervir nessas relações somente quando houver conflitos e desrespeito ao ordenamento jurídico brasileiro, observando os princípios do Direito da Família. A família é uma relação privada e íntima do ser humano, que tem direito de exercer sua autonomia da vontade, perseguindo seus objetivos e sua felicidade em um ambiente relacional solidário. Ao Direito só cabe intervir nesse meio quando essencial para a proteção da dignidade da pessoa humana.

## Referências

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A família democrática**. In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A nova família, de novo - Estruturas e função das famílias contemporâneas**. Revista Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, mai./ago. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Família Homoafetiva**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/28\\_-\\_fam%EDlia\\_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/28_-_fam%EDlia_homoafetiva.pdf)>. Acesso em: 22 de set. 2016.

LOBÔ, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (orgs.). **Direito de Família: processo, teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, 2008.

OLIVEIRA, Francisco de Souza; SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. **Natureza jurídica da família contemporânea e sua repercussão no fundamento ético jurídico do direito- dever aos alimentos entre ex-cônjuges no sistema jurídico brasileiro**. Disponível

em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=10c272d06794d3e5>>. Acesso em: 08 de out 2016.

PENNA, Ian Soares de Oliveira. **Dignidade da pessoa humana e direito à identidade na redesignação sexual**. 2010. 119 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2010.

SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. **Direito-Dever aos Alimentos entre Ex-Conjugês**. 2001. 157 f. Tese (Mestrado em Direito Civil) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2001.

SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. Famílias Paralelas. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (orgs.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**, 3ª edição. No prelo.

SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. Relação Jurídica: direitos e obrigações. In: LACERDA, Bruno Amaro; FERREIRA, Flávio Henrique Silva; FERES, Marcos Vinício Chein (orgs.). **Instituições de Direito**. 1ª edição. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2011.

SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. **Reflexões acerca da incidência dos princípios da Liberdade Individual e da Solidariedade Social nas relações familiares**. Revista Ética e Filosofia Política, 2ª ed., Número, XI, Volume II-jun/dez 2009.

SÊCO, Thaís; SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. **A autonomia entre público e o privado**. No prelo.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. **Famílias simultâneas: um diálogo sócio-jurídico**. In: Revista FIDES, Natal, vol. 4, n.2, julho/dezembro 2013.