

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES**

**JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA**

**VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN**

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin; José Sebastião de Oliveira.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-515-

7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.  
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

---

### **Apresentação**

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de São Luís – Maranhão entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, proporcionou visibilidade à produção científica na área jurídica acerca dos mais diversos temas, tendo por objetivo integrar e divulgar as linhas de pesquisa, os trabalhos desenvolvidos nos programas de especialização, mestrado e doutorado, bem como possibilitar a troca de experiências entre os pesquisadores das inúmeras instituições de ensino superior do nosso país.

Foi com grande satisfação que registramos a nossa participação como coordenadores da mesa do grupo de trabalho do Direito das famílias e Sucessões, o qual trouxe à tona a abordagem de inúmeros temas controvertidos, tais como a multiparentalidade e sua aplicação após o divórcio; a alienação parental como um problema que transcende o espaço familiar em razão de sua complexidade; a coparentalidade como uma nova modalidade familiar, que é resultado da própria dinamicidade das relações sociais e afetivas hoje consolidadas; a autocratela; a escolha do regime de bens e sua repercussão no direito sucessório; a ingerência estatal nas relações familiares; a repercussão do abandono afetivo e os danos oriundos deste; a preservação dos direitos da personalidade post-mortem; as consequências oriundas do Estatuto do Deficiente; os métodos alternativos para a solução de conflitos no âmbito familiar que contribuem para que haja um diálogo após a ruptura familiar, dentre outros.

Ante a diversidade de temas, pode-se inferir que a intenção foi estimular a reflexão e a quebra de paradigmas, para que haja a consolidação de uma sociedade mais justa, especialmente a partir do reconhecimento da entidade familiar como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM/UniCesumar

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - UniCesumar

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO, DIRIGISMO, OMISSÕES LEGISLATIVAS E ATUAÇÃO JUDICIAL: AS ANTINOMIAS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA.**

**CONSTITUTIONALIZATION, DIRIGISM, LEGISLATIVE OMISSIONS AND JUDICIAL ACTION: THE ANTINOMIES OF STATE INTERVENTION IN THE DOMAIN OF FAMILIES RELATIONSHIPS.**

**Aldy Mello de Araújo Filho <sup>1</sup>**

**Resumo**

Aborda-se a constitucionalização do Direito das Famílias brasileiro e suas repercussões legislativas, a intervenção estatal na dimensão dos afetos e as omissões juridicamente relevantes no âmbito das constituições dirigentes. Analisa-se a atuação do Poder Judiciário na esfera das relações familiares, sua contribuição e legitimidade. Investiga-se o risco de retrocesso inconstitucional à luz da análise do PL n. 6.583/13 e do PLS n. 470/13.

**Palavras-chave:** Família, Constitucionalização, Dirigismo, Omissões, Judiciário, Retrocesso

**Abstract/Resumen/Résumé**

Discusses the constitutionalization of the Right of the Families of Brazil and its legislative repercussions, the intervention of the state in the dimension of the affections and the legally relevant omissions in the context of the constitutions officers. Analyzes the performance of the Judiciary in the sphere of families relationships, its contribution and legitimacy. Investigates the risk of unconstitutional retrocession in the light of the analysis of PL n. 6.583 /13 and PLS n. 470/13.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Family, Constitutionalization, Dirigism, Omissions, Judiciary, Retrocession

---

<sup>1</sup> Defensor Público do Estado do Maranhão e Mestrando em Direito pela Universidade Portucalense.

## **INTRODUÇÃO**

A ordem constitucional brasileira, inaugurada em 1988, afastou a trava cultural que ignorava modelagens familiares distintas da família matrimonializada, galgando expressivos passos rumo ao reconhecimento moral, social e jurídico de configurações com diferentes matizes.

O catálogo da pluralidade dessacralizou a família formada unicamente pelo casamento, dignificando realidades de origens distintas, mas com a mesma consistência e nitidez de comunidade familiar, atribuindo *status* e identidade à realidade sociológica encarnada em modalidades de estruturação familiar nascidas na informalidade de relações afetivas até então ignoradas pela moral social vigente. Alterou-se o objeto de tutela jurídica para além de uniões familiares restritas ao vínculo conjugal pouco importando a circunstância de sua origem.

Dadas suas múltiplas variações, passa-se a falar do “Direito das Famílias”, abrangendo todas as formatações familiares, quaisquer que sejam elas, expressão que melhor atende à cartilha da diversidade preconizada pela Constituição. Para Dias (2016, p.65), família é um agrupamento informal constituído espontaneamente no meio social e estruturado através do direito, onde cada integrante assume o seu papel (de pai, mãe e filho), por disposição psíquica, independentemente da referência biológica e condicionantes sociais.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana redimensionou a tábua de valores cultivados em âmbito familiar, especialmente com a garantia de isonomia entre o homem e a mulher, com a ampliação e proteção de novas entidades familiares e com a igualdade dos direitos tocantes aos filhos. Cria-se a matriz de um direito desmaterializado, não mais subordinado a relações econômicas de interesse privado, e sim fundado na edificação, proteção e valorização da pessoa humana em sua dimensão individual e comunitária (MADALENO, 2017, p.3).

Lobo (1989 apud MADALENO, 2017, p.4) chama de repersonalização das relações familiares o fenômeno crescente de valorização da pessoa e não do seu patrimônio. O objetivo público não é mais a garantia das relações de produção e sim das condições adequadas à realização íntima e afetiva de cada pessoa no seu conjunto familiar.

## **1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA, DIRIGISMO ESTATAL E GENEALOGIA DAS RELAÇÕES FAMILIARES**

O Código Civil de 1916 limitava a família ao matrimônio, impedia sua dissolução e discriminava uniões sem casamento e a prole dele não originada. Sobreleva-se seu caráter punitivo, negando direitos a relacionamentos extramatrimoniais e considerando ilegítimos filhos havidos de tais relações. A Lei n. 4.121/62, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, assegurou capacidade plena à esposa e a fruição de bens adquiridos com o seu labor (bens reservados). A Emenda Constitucional n. 9/77 e a Lei n. 6.515/77 estabeleceram a possibilidade de dissolução do matrimônio.

Até a Constituição Federal de 1988, contudo, manteve-se praticamente inalterado o sistema jurídico inaugurado pelo Código Civil de 1916, com forte inclinação impessoal, marcada pelo patriarcalismo. O texto constitucional redesenhou o Direito das Famílias, ocupando espaços antes reservados ao Código Civil e a leis esparsas, focados na tutela de interesses patrimoniais.

A legislação brasileira sobre família não seguiu trajetória linear. Quando a sociedade só reconhecia relacionamentos formados pelo matrimônio, a lei limitou-se a regular o casamento, o parentesco e as relações de filiação, sendo posteriormente a união estável integralizada pelo legislador no Livro do Direito da Família do Código Civil por força da jurisprudência. Desse modo, evoluiu-se, lenta e gradualmente, da superação da ideia de família vinculada ao casamento para a proteção da união estável e da família monoparental (constituída por qualquer dos ascendentes e seus filhos), fruto das mudanças constitucionais produzidas em 1988.

Houve avanços, é verdade. Em 2007, através da Lei n. 11.441, rompeu-se o monopólio estatal na dissolução do casamento, admitindo-se a realização do divórcio extrajudicial. Já em 2010, a Emenda Constitucional n. 66 afastou o sistema dualista de dissolução do casamento - permitido, agora, a qualquer tempo -, tomando como norte o vínculo afetivo. Com a feição mais ética e humanizada atribuída à dissolução matrimonial, segundo Farias e Rosenthal (2011, p.349), que não mais admite a exposição desnecessária da intimidade conjugal, o tecnicismo cedeu espaço à dignidade. Referida circunstância fez cessar a ingerência estatal indevida no âmbito privado a ponto de autorizar o magistrado, segundo Dias (2016, p.74), a transformar as ações de separação em divórcio, onde não mais se discute prazo ou as causas que ocasionaram o rompimento.

De toda sorte, a atuação do legislador restringe-se, ainda predominantemente, à padronização de condutas sociais preestabelecidas, em inclinação ora omissa, ora

conservadora, limitando-se a disciplinar normas de comportamento de cunho sancionatório, protegendo apenas configurações familiares de feição tradicional.

Ocorre que a ausência de regulamentação não significa inexistência de direito. Para compreender a lógica das relações familiares constituídas fora do escopo estatal, parte-se do referencial teórico formulado por Foucault e sua genealogia do poder. Segundo ele, o poder constitui prática social historicamente constituída. Estado e poder não se confundem, pois há maneiras de exercício do poder distintas do Estado, em níveis variados e diferentes da rede social, muitas inclusive indispensáveis à sua própria atuação. Assim, poderes periféricos e moleculares não estão necessariamente vinculados a mudanças ocorridas em âmbito estatal. O aparelho de Estado é um mecanismo particular de um conjunto de poderes que o ultrapassa ou complementa e não se encontra nele unicamente localizado. O Estado não é órgão central e único de poder, nem a rede de poderes existente na sociedade é mera extensão do modo de agir estatal. Prática ou relações de poder encontram-se disseminadas por toda a estrutura social (FOUCAULT, 1979, p.X-XVIII).

A ideia central de Foucault era demonstrar que as relações de poder não passam fundamentalmente nem no âmbito do direito, nem da violência, nem são somente contratuais ou repressivas. O poder não seria explicado inteiramente por sua função repressiva, já que o que interessa é gerir e controlar a vida dos homens, aumentando, por um lado, sua utilidade econômica e, por outro, reduzindo sua força política e sua capacidade de resistência. O poder em Foucault tinham um recorte metodológico específico: as relações de poder sobre os indivíduos enclausurados, não exclusiva da prisão, mas também presentes em outras instituições como o hospital, o exército, a escola e a fábrica.

Referidas formulações, aplicadas às relações familiares, conduzem a dois direcionamentos. Primeiro, as relações interpessoais são estabelecidas para além dos códigos de conduta impostos pelo aparelho estatal e se situam muitas vezes fora dos limites legais por ele estabelecidos. Segundo, tais códigos, em dadas circunstâncias, têm um fim em si mesmo: manter o controle estatal sobre as ações dos indivíduos.

Como o direito positivo é baseado no super dimensionamento da norma jurídica e a lei retardatária, já que vem depois dos fatos, nem todas as configurações familiares receberam proteção. Em muitos casos, a omissão legislativa constitui opção deliberada. O Código Civil de 2002, por exemplo, simplesmente ignorou construções familiares existentes, restringindo-se a legitimar o desuso de dispositivos revogados pelas normas constitucionais - a exemplo do regime dotal e da adjetivação da filiação e das referências discriminatórias entre

o homem e a mulher-, reproduzindo a regulamentação da união estável heteroafetiva, já existente desde 1996 com a aprovação da Lei n. 9.278/96. Desse modo, a releitura da legislação familiar, enquanto não operada efetiva e útil sistematização, moldada à vista do horizonte das relações familiares constitucionalizadas, ainda tem sido tarefa mais da jurisprudência do que decisão legislativa consciente.

Exemplo recente da contribuição da jurisprudência no âmbito do Direito das Famílias foi o julgamento do Recurso Extraordinário n. 898.060 e da análise da Repercussão Geral 622, em 22/09/16. No referido *leading case*, o STF reconheceu o instituto da paternidade socioafetiva, mesmo não havendo registro, e que aquela não constitui paternidade de segunda categoria diante da biológica, admitindo a multiparentalidade no sistema jurídico nacional.

A decisão é ainda inconclusiva em inúmeros aspectos. No entanto, embora não seja a primeira na matéria, expressa clara ruptura à ideia de que cada pessoa possui apenas um pai e uma mãe, em sentido oposto ao paradigma da dualidade parental, consolidado na tradição civilista e construído com base na realidade biológica. Referido posicionamento opera consequências também no campo do Direito Previdenciário e do Direito das Sucessões. Isso porque se um filho pode receber herança de múltiplos pais, o mesmo pode ocorrer desses pais em relação ao filho. Ocorre que, segundo o art. 1.836 do Código Civil brasileiro, caso o filho venha a falecer antes dos pais, sem deixar descendentes, “os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra metade aos da linha materna”. Com a decisão, questiona-se, por exemplo, se a mãe recebe metade e cada pai recebe um quarto da herança (ou vice-versa) ou se a herança será partilhada igualmente entre os três.

Há, ainda, o receio de que a posição adotada pelo STF possa gerar demandas baseadas exclusivamente em interesse patrimonial. Argumenta-se que a decisão favoreça filhos que somente se interessam pelos pais biológicos em momento necessidade ou por ocasião da abertura da sucessão, gerando descompasso entre o exercício de uma situação jurídica subjetiva e o conteúdo axiológico da norma pelo abuso do direito e violação à boa-fé objetiva.

Outro ponto a ser analisado é se tal entendimento produzirá efeitos sobre a adoção, vez que aquela rompe o vínculo do menor com a família biológica, nos termos do artigo 41 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Argumenta-se se não haveria uma incoerência do sistema jurídico, especialmente quando em questão as “adoções” realizadas por simples acolhimento no lar (adoção “à brasileira”). Embora adoção e



paternidade socioafetiva sejam institutos jurídicos distintos, ambos se confundem no contexto fático, motivo pelo qual é válido se indagar se a aplicação de disciplinas jurídicas diversas não pode produzir incongruências sobre o dado real.

Problema a ser igualmente investigado é o concernente à doação de material genético para fins de inseminação artificial. Através do Provimento n. 52, de 14/03/16, a Corregedoria Nacional de Justiça passou a exigir, para fins de registro de nascimento de filhos havidos por reprodução assistida, dentre outras, declaração do responsável pela reprodução assistida, indicando o nome do doador ou da doadora, seus dados clínicos e características fenotípicas, e o nome dos seus beneficiários. (art. 2º, II). Embora segundo §4º do mencionado artigo, o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos, a regra viola o direito ao sigilo dos doadores, constituindo desestímulo à própria doação.

Ademais, à luz da decisão no Recurso Extraordinário n. 898.060 e na análise da Repercussão Geral 622, questiona-se se é possível a identificação da ascendência biológica sem efeito de paternidade ou se aquela representa sempre um vínculo de paternidade, com todos os seus efeitos. A resposta a tais indagações impactará de forma relevante a lógica das doações de material genético com a produção de efeitos jurídicos significativos.

Nesse contexto, argumenta-se se a cada nova decisão o STF pode redesenhar o sistema jurídico nacional ou se lhe cabe apenas fixar paradigmas. No caso da decisão referenciada, salvo melhor juízo, a consagração da relevância jurídica da socioafetividade, o reconhecimento da inexistência de hierarquia entre a paternidade socioafetiva e a biológica e o acolhimento da multiparentalidade parecem caminhar para a segunda hipótese.

Assim, se por um lado o mencionado julgamento torna clara atuação do Judiciário na esfera das relações familiares, por outro, inúmeros são exemplos de omissão legislativa. É o caso da família homoafetiva (a despeito das decisões do STF na matéria), da família monoparental, da família parental ou anaparental (formada por dois irmãos ou entre pessoas sem vínculo amoroso ou sexual que concebem e registram um filho), da família composta, pluriparental, binuclear ou mosaico (cujos integrantes possuem filhos oriundos de casamento ou união estável anterior), além da família paralela ou simultânea (formada por relacionamentos concomitantes numa só configuração), essa última expressamente vedada pela jurisprudência do STF, que não a reconhece como entidade familiar (v.g. RE n. 397.762/BA), e STJ (v.g. AGA n. 200802605140), dada sua equiparação ao casamento, dando clara primazia ao preceito monogâmico, produto de nossa tradição judaico-cristã.

## **2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL JURIDICAMENTE RELEVANTE**

O fenômeno social da chamada lei de contínuo estreitamento familiar, resultado do processo migratório do campo para as cidades inaugurado no século XVIII com a Revolução Industrial, foi responsável por uma nova organização de família, caracterizada pela transformação de grandes grupos na família nuclear, que passa a ser constituída por um número reduzido de membros.

Operou-se, segundo Picazo (1984 apud MADALENO, 2017, p.3) sua desproletarização, onde cada vez mais importa a pessoa e não seu patrimônio. Desde a Constituição de 1988, trilha-se um caminho rumo à constitucionalização do Direito Civil, estabelecendo-se uma dialética entre o interesse público e o interesse privado, sendo o primeiro não mais extraído da subordinação do cidadão ao Estado e sim jungido ao primado da dignidade humana. Referido fenômeno, potencializado pelo declínio do modelo patriarcal, afasta progressivamente os antigos dogmas sobre paternidade/ maternidade e sexualidade, permitindo que os desejos de afetividade e realização individual sejam plenamente alcançados.

Tende-se a uma mudança de foco no âmbito do Direito Civil, onde se verifica o trânsito da tutela de proteção de interesses econômicos, próprios do direito privado, para a realização dos direitos fundamentais ao exercício da vida humana digna. Verifica-se clara verticalização do desenvolvimento da personalidade, sob o inafastável viés do princípio da dignidade, de modo que nenhuma norma ou cláusula negocial possa com ele deixar de estabelecer conexão.

A constitucionalização do Direito das Famílias, nesses termos, observa o caráter dinâmico das relações humanas e suas variáveis em cada momento da história. Para Canotilho (1994, p.132), a constituição como norma e tarefa, instrumento de garantia de direitos fundamentais, pressupõe um sujeito histórico.

Historicidade, um dos temas centrais da teoria da constituição é sua localização, entrada ou abertura no tempo. Refere-se ao homem como sujeito e objeto de sua história, sendo a consciência humana colocada no centro da teoria constitucional, o que implica uma série de consequências próprias da existência - a abertura, a diversidade e a transição. O sentido histórico do direito é sua realização na história: “[...] o homem no direito é sempre o homem na história [...]”. Isso significa pensar o direito constitucional como direito na

contingência, já que a realidade humana não vive em unidade. Como direito histórico, o direito constitucional não é um poder atuante fora dos homens, é uma decisão histórica sob a ideia do justo, realizada pontualmente ou a realizar ou, ainda, a ordenação do indivíduo no Estado (CANOTILHO, 1994, p. 131, 132 e 135).

A constituição serve à democratização do Estado e da sociedade, sendo a um só tempo um estatuto jurídico e político - ordem fundamental e programa de ação -, por meio da qual a sociedade se constitui em unidade socioeconômica e política, conforme a teoria formulada por Bäumlin, que não se limita à tutela de relações preestabelecidas, mas também de uma sociedade que indica as configurações e modificações do sistema político, da própria sociedade e da ordem jurídica. Isso porque embora seja ordem fundamental e programa de ação, o direito constitucional não é um sistema fechado e completo. A ordem constitucional é aberta, dinâmica e incompleta de uma e para uma sociedade democrática, sem o caráter de estatuto de prognóstico detalhado, devendo situar-se dentro dos limites por ela mesma estabelecidos (CANOTILHO, 1994, p.79, 104, 117-120).

Segundo Canotilho (1994, p.329 e 330), o pressuposto fundamental de uma omissão legislativa juridicamente relevante é a superioridade formal e material da Constituição em relação à lei ordinária, “a heterovinculação das instâncias legiferantes pelas normas constitucionais” O Estado Democrático de Direito está obrigado a emanar as leis necessárias ao cumprimento das exigências constitucionais. A omissão legiferante constitui uma “agressão negativa” dos direitos do cidadão - à consideração da eficácia direta dos direitos fundamentais-, a eles reconhecendo uma dimensão objetiva e um fundamento de pretensões subjetivas a prestações. Considera-se inconstitucional a atuação do legislador que descumpra as imposições materiais contidas na lei fundamental.

O dever geral de emanção de leis não implicaria numa omissão inconstitucional. Embora constituam deveres de ação legislativa, as ordens constitucionais gerais de legislar, como as normas programáticas e os preceitos enunciadores dos fins do Estado, por não estabelecerem concretamente o que deve ser feito, em caso de silêncio não constituiriam omissões inconstitucionais.

Tal entendimento advém da distinção entre imposições constitucionais abstratas e concretas. Enquanto no caso das imposições constitucionais concretas ou em sentido estrito, sua inobservância revela situação de inconstitucionalidade, no caso das normas constitucionais abstratas, seu descumprimento encontra-se situado no terreno dos

comportamentos ainda constitucionais, mas que poderiam tornar-se inconstitucionais no caso de ausência sistemática de ação legislativa.

Nessa dimensão, desenvolvem-se, em grande medida, as reivindicações político-constitucionais em torno das constituições programáticas. Referida diferenciação, contudo, não visa apurar comportamentos omissivos suscetíveis de controle judicial, mas precisar os casos em que o silêncio do legislador revela uma omissão inconstitucional, existam ou não meios de controle. O que interessa é definir o dever normativo material do legislador, ou seja, será jurídica-constitucionalmente relevante a omissão quando o legislador não realiza, parcial ou totalmente, uma imposição constitucional concreta (CANOTILHO, 1994, p.332, 333 e 335).

Para Canotilho (1994, p.339-342), existe um direito à emanção de normas, ou seja, à proteção jurídica global sem lacunas. A pretensão à legislação e o direito de ação não significam a substituição do juiz ao legislador, mas a possibilidade de pedir ao Judiciário que o legislador exerça sua função típica sobre dado assunto. Cuida-se de direito subjetivo público à atividade normativa. Os interesses juridicamente reconhecidos e protegidos no Estado Democrático de Direito devem ser considerados direitos subjetivos. O ato omissivo consiste no descumprimento das exigências constitucionais criadoras da obrigação de legislar. Sua concretização ocorre por via de ação política e não por via judicial:

**[...] O sentido *dinâmico-programático* do bloco constitucional dirigente é mais o da construção de uma nova ordem do que o da manutenção do *status quo*. Mas isso é tarefa do legislador, das forças políticas, dos cidadãos. É uma tarefa da participação e de responsabilidade político-democrática. (CANOTILHO, 1994, p.90-96) (Grifo e grafia originais).**

Assim, no que toca às constituições dirigentes, as imposições constitucionais normativo-programáticas deslocam-se do terreno das garantias jurídicas para o campo das garantias democráticas.

As formulações propostas por Canotilho (1994) acerca das omissões constitucionais juridicamente relevantes, no cenário brasileiro de proteção das relações familiares, é apenas um dos aspectos de questão bem mais complexa. Isso porque se a omissão é danosa à ordem constitucional, e nesse ponto a atuação judicial encontra limites no sistema de freios e contrapesos (CFB, art. 2º), a ação legislativa inconstitucional poderá resultar em grave retrocesso. Em outras palavras, a pavimentação legal não pode ocorrer contrariamente às disposições constitucionais. É o que o autor denomina de “princípio da evolução reacionária”, segundo o qual serão inconstitucionais quaisquer medidas que anulem

ou aniquilem o núcleo essencial de direitos sociais constitucionalmente garantidos, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios (CANOTILHO, 1994, apud TAVEIRA; MARÇAL, 2017). Trata-se, entre nós, do princípio da proibição ao retrocesso.

### **3 ATUAÇÃO LEGISLATIVA E O RISCO DE RETROCESSO: A ANÁLISE DO PL N. 6.583/13 E DO PLS N. 470/13**

Segundo Venosa (2014, p.25), dadas suas peculiaridades, o Direito das Famílias constituiu um microsistema jurídico, emergindo, daí, a ideia da Ciência da Família destinada a sistematizar, em caráter autônomo à legislação civil, suas variadas dimensões e as respectivas conexões sociais.

No campo da normatização infraconstitucional, é travado atualmente no Congresso Nacional brasileiro sério conflito ideológico a respeito do próprio conceito de família. Isso porque há dois projetos de lei versando sobre o assunto, partindo de premissas diametralmente opostas.

O PL n. 6.583/13, em tramitação na Câmara dos Deputados, cria o Estatuto da Família. Já o PLS 470/2013, em tramitação no Senado Federal, cria o Estatuto das Famílias. Sua utilização no singular e plural é autoexplicativa: atribui dimensão restritiva ou extensiva ao conceito de família.

O PL n. 6.583/13, que dispõe sobre o Estatuto da Família, possui 15 (quinze) artigos e objetivo definido: reconhecer juridicidade apenas à união entre o homem e a mulher, pelo casamento ou união estável, dando clara preferência à família no seu formato tradicional (art. 2º). O mesmo artigo reconhece como família a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Ao analisar o conteúdo do PL n. 6.583/13, segundo Pereira (2017a), a opção legislativa de determinar que uma família só pode ser formada por um homem e uma mulher é o retrato de um Parlamento onde princípios religiosos interferem em questões privadas, a despeito da laicidade do Estado, desconsiderando o fato de que a família não é uma formação natural e sim cultural, bem como a multiplicidade das formatações familiares contemporâneas.

No tocante aos casamentos igualitários, caso aprovado o PL n. 6.583/13, todos estarão sujeitos à anulação, o que representará uma involução sem precedentes diante das mudanças sociais em curso. Vocaliza-se, com isso, um discurso excludente, similar ao

adotado aos contrários à legalização do divórcio em 1977, submetendo as novas famílias a verdadeiro limbo, tal como ocorrera com os filhos nascidos fora do casamento até 1988.

Tartuce (2017) destaca também que o PL n. 6.583/13 não contempla as famílias monoparentais existentes entre avós e netos, as famílias mosaico, reconstituídas ou recompostas (de várias origens, oriundas de novos relacionamentos) e as famílias anaparentais (famílias sem pais), formadas por irmãos ou primos, que vivem juntos com intuito comunitário familiar. Cita como paradigma legal constitucionalizado o disposto no art. 5º, II, da Lei n; 11.340/06 (Lei Maria da Penha), que compreende família “como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”. Para ele, as alterações legislativas contidas no PL n. 6.583/13, dado o perfil conservador do Parlamento brasileiro, têm grandes chances de ser aprovadas. Não havendo vetos presidenciais, dois são os caminhos.

O primeiro é a declaração de sua inconstitucionalidade. Parte-se das premissas interpretativas do STF e do STJ quanto ao reconhecimento da família como categoria sociocultural e princípio espiritual, a partir de interpretação não reducionista do conceito do seu conceito nuclear e do reconhecimento do direito subjetivo à sua formação, pouco importando se formal ou informalmente constituída ou se integrada por parceiros hetero ou homoafetivos. A família é principal espaço constitucional de concretização do direito à intimidade e vida privada (CFB/88, art. 5º, X), o que implica liberdade de exercício da própria sexualidade, sem discriminações ou preconceitos.

Existe identidade constitucional dos conceitos de “entidade familiar” e “família”. A dualidade homem/mulher, estabelecida no §3º do art. 226, advém da necessidade de favorecer relações jurídicas horizontais e sem grau de hierarquia no contexto familiar, em contraponto à renitência patriarcal brasileira. Não se verifica vedação constitucional à formação familiar homoafetiva, isso porque os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados e ratificados por tratados internacionais, à luz do vetor interpretativo do §2º do art. 5º da Carta Federal.

O segundo caminho apontado por Tartuce (2017) é a interpretação do PL n. 6.583 /13 conforme a Constituição Federal, no sentido de que o projeto apenas exemplifica algumas formas de família, sem excluir outras, mas tal entendimento não revelará qualquer sentido prático.

Em sentido oposto, o PLS n. 470/13, na sua exposição de motivos, destaca a necessidade de implementação de normas materiais e processuais específicas às controvérsias familiares, consentâneas às reivindicações sociais. Verifica-se mudança de abordagem já no Título I, que dispõe sobre normas e princípios gerais aplicáveis a todas as famílias e seus integrantes, sem prevalência ao casamento. Logo no art. 3º, estabelece regra de proteção às diversas modalidades de família e a seus membros, cuja dignidade deve ser respeitada pela família, sociedade e Estado (art.4º). Aliás, a dignidade humana, a afetividade e o direito à felicidade são, dentre outros, princípios de interpretação do Estatuto (art. 5º).

Além do casamento, o PLS n. 470/13 regula a união estável, a família parental (mono e pluriparental) e a família recomposta. Assim, reconhece como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, independente de sexo, que passa a constituir o estado civil de companheiro (art. 61), bem como a família parental, seja ela monoparental (formada por um dos ascendentes e seus descendentes, qualquer que seja a natureza da filiação ou do parentesco) ou pluriparental (entre irmãos e demais parentes colaterais) (art. 69), e a família recomposta (estabelecida entre o cônjuge ou companheiro e seus enteados), sem prejuízo da autoridade parental dos pais (art. 70). A proteção à união estável paralela ao casamento ou outra união estável encontra-se prevista no parágrafo único do art. 14, um dos pontos mais polêmicos do projeto por supostamente representar um estímulo à poligamia.

O Estatuto elimina as assimetrias entre a união estável e o casamento, assegurando liberdade na sua manutenção ou conversão em matrimônio. Ao reconhecer a união estável entre duas pessoas, e não mais apenas entre aquela estabelecida entre o homem e a mulher, preenche o vácuo legislativo existente desde o julgamento da ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, ambas do STF, que reconheceram a união homoafetiva, consolidando a decisão contida na Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a celebração do casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Filhos biológicos ou socioafetivos passam a ter os mesmos direitos e qualificações (art. 75). Admite-se o direito ao conhecimento da origem genética sem gerar relação de parentesco (art. 86). Abandona-se a expressão “poder familiar”, eliminando a ideia de prevalência dos pais sobre os filhos, substituindo-a por “autoridade parental”, o mesmo ocorrendo em relação ao “direito de visita”, substituído por “direito e dever de convivência”. Admite-se o compartilhamento da autoridade parental do cônjuge ou companheiro de um dos pais em relação aos enteados, sem prejuízo do exercício da autoridade parental do outro (art.

90, § 3º). A perda da autoridade parental implica a perda do direito a alimentos e sucessórios dos pais em relação ao filho, sem prejuízo da situação inversa (art. 97). A guarda deve ser compartilhada ainda que haja litígio entre os pais (art. 101). Cria-se o juízo universal da família, mesmo não havendo identidade de partes (art. 143).

Dado seu caráter discriminatório e atentatório à dignidade dos cônjuges, foi suprimido o regime matrimonial da separação obrigatória de bens, praticamente convertido em comunhão parcial pela Súmula 377 do STF, sendo possível sua alteração àqueles casados antes do início de vigência do Estatuto (art. 300). Suprimiu-se o regime de participação final nos aquestos.

O PLS n. 470/13 veda expressamente a investigação das causas da separação, dando ampla aplicação à emenda constitucional n. 66/10, evitando a interferência estatal na intimidade do casal, regulamentando, ainda, a alteração extrajudicial do regime de bens por escritura pública.

#### **4 ATUAÇÃO JUDICIAL NO ÂMBITO DE FAMILIAR: CONTRIBUIÇÃO E LEGITIMIDADE**

A nova ordem jurídica estabelecida na constituição foi responsável pela fragmentação e perda da centralidade do Código Civil brasileiro no âmbito das relações familiares, segundo Perlingieri (1999 apud MADALENO, 2017, p.6). A descodificação, produzida a partir do processo de migração da disciplina jurídica estabelecida no estatuto civilista para a constituição, observa-se da análise de dois fenômenos: a dispersão legislativa ocorrida ao longo dos anos e o tratamento dado pela jurisprudência às modificações sociais operadas nas relações familiares.

A evolução conceitual da família na realidade social brasileira modificou o panorama das decisões judiciais sobre a matéria, ocasionando, em alguns casos, significativos reflexos na produção legislativa nacional. Assim ocorreu com a mencionada Lei n. 9.278/96 que, em última análise, restou integrada ao direito positivo após inúmeros e sucessivos julgados reconhecendo como família a união estável entre o homem a mulher.

Conflitos familiares, comuns no ambiente social, sofisticam-se na medida da complexidade das relações humanas. O ingresso de uma demanda no sistema estatal pode não se resumir simplesmente na incapacidade do cidadão no gerenciamento dos próprios problemas. Em inúmeras hipóteses o poder de decisão das pessoas em conflito é impactado pela ausência de parâmetros legais de atuação. Nesses casos, o Judiciário passa a ser a única



alternativa, redundando no que habitualmente se denomina de judicialização da política, que se caracteriza pela mudança do centro de decisão do Legislativo e do Executivo para o âmbito jurisdicional, fenômeno relativamente conhecido no âmbito das políticas públicas, mas ainda pouco explorado na dimensão das relações familiares.

O controle dos atos de poder – assim denominados por Tamer (2005, p.65) os atos políticos ou de governo –, deve ser compreendido no âmbito do sistema de harmonia, independência e contenção entre as funções estatais, sendo tênue a linha entre a possibilidade de intervenção judicial e o princípio da separação de poderes e difícil aferir, aprioristicamente, se o conteúdo do ato, pretensamente haurido da ordem constitucional, admite controle, sobretudo nas hipóteses de atuação política, econômica ou social de determinado Governo. O parâmetro para a intervenção judicial é a demonstração de ofensa à constituição, vez que não pode ser afastado do Judiciário o poder-dever de julgar se o exercício dos atos do Executivo e Legislativo obedece às diretrizes estabelecidas no texto constitucional.

Silva Filho (1993, p.11-23 apud TAMER, 2005, p.72) sustenta que qualquer ato governamental, político ou não, se encontra sujeito aos requisitos formais e materiais estabelecidos pela constituição, de modo que nenhuma violação de direito, preceito ou princípio constitucional, se encontra livre de apreciação jurisdicional.

Quando em questão o viés programático da Constituição Federal de 1988, na órbita das relações familiares, o limite da atuação jurisdicional encontra terreno arenoso. Sabe-se que os esforços dos operadores devem se voltar à realização da ordem axiológica constitucional fundamental. Questiona-se, contudo, se a atuação jurisdicional pode estabelecer regime jurídico diverso daquele ordinariamente previsto, a pretexto de cumprir sua função hermenêutica.

Recentemente, no julgamento do RE n. 878.694 e RE n. 646.721, ocorrido em 10/05/17, argumentou-se se referida decisão, ao equiparar companheiros e cônjuges para efeitos sucessórios, declarando inconstitucional o art. 1.790<sup>1</sup> do Código Civil e aplicando a

---

1 “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”. (CCB, art. 1.790).

regra sucessória do art. 1.829<sup>2</sup> tanto nas hipóteses de união estável quanto nas de casamento, não representaria uma intervenção estatal indevida na vida privada do cidadão. Isso porque com a decisão os companheiros passaram a concorrer com os descendentes e ascendentes, herdando a totalidade da herança na hipótese de inexistência de descendentes e ascendentes, igualmente aplicada às uniões homoafetivas.

Segundo Pereira (2017b), embora não exista hierarquia entre casamento e união estável, os dois institutos representam formas distintas de constituição familiar, vez que, inobstante equiparados em suas consequências, se diferenciavam nos direitos delas decorrentes. Em caso de morte, o cônjuge supérstite é herdeiro necessário do falecido. Na união estável, o companheiro sobrevivente não era necessariamente herdeiro, já que o falecido poderia dispor de seu patrimônio em testamento a outras pessoas. Não havendo testamento, a sucessão do companheiro seguia regras próprias (CCB, art. 1.790).

Ocorre que a decisão do STF igualizou integralmente a união estável ao casamento e, com isso, segundo o autor, deixou de existir a liberdade de não contrair matrimônio. As uniões estáveis transformaram-se em “casamentos forçados”. A regulamentação da união estável, por si só, representa um paradoxo, pois se afasta da ideia original de facultar aos interessados o direito de não se submeter a determinado regramento. Nesse sentido, a partir da referida decisão, exceto quanto às formalidades de sua constituição, quando duas pessoas optarem por viver juntas estarão necessariamente submetidas às mesmas regras do casamento.

## **CONCLUSÃO**

Em virtude da isonomia dos membros da comunidade familiar, a Constituição Federal de 1988 subtraiu a feição autoritária das relações familiares, afastando condicionantes de ordem pública até então expressas em certo modelo de sexualidade, conjugalidade e filiação, com significativas incursões na proteção de vínculos informais, na igualização da prole e na facilitação do divórcio.

A noção de família, em sua configuração atual, é resultado de transformações de ordem cultural, social e econômica, processadas lenta e paulatinamente. A família

---

2 “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente;IV - aos colaterais”. (CCB, art. 1.829).

constitucionalizada, que prioriza vínculos de solidariedade e cooperação, segue o trilho da felicidade individual e comunitária, onde a união familiar é colocada a serviço da realização pessoal dos seus componentes.

A eleição de dado modelo familiar, estratificado em normas de conteúdo imperativo, se por um lado constitui marco importante na superação da ideia de família atrelada à religião, por outro, ao invisibilizar situações da vida real, quase sempre significa a exclusão de direitos.

A incerteza da condição humana, face à dinâmica das relações sociais, implica a necessidade de compreender a lógica de constituição de modelagens familiares resignificadas pelo traço da diversidade. A adoção de visões unilaterais e conservadoras tem constituído, ao longo do processo político de asserção de direitos na história da humanidade, claro entrave ao reconhecimento de novos carecimentos e subjetividades.

No entanto, se por um lado, à luz da teoria da proibição da insuficiência (*unterma verbotsstheorie*) de Claus-Wilhelm Canaris (ROSENBLATT, 2014, p.28), existe para o Estado a obrigação de editar normas capazes de assegurar a sua eficácia mínima, referida atuação, na órbita das relações familiares, deve se mostrar apta a manter preservadas as condições para o exercício individual da liberdade e desenvolvimento da respectiva personalidade.

Tal compreensão destaca, em caráter de absoluta prioridade, a pessoa humana, seu bem-estar e o aprimoramento de seus talentos e potencialidades, sendo de um lado necessário que a relação com a ordem pública fique limitada à regulação jurídica de certos institutos e, de outro, ampliados os espaços de privacidade e intimidade. O controle estatal, no âmbito das constituições familiares, deve ceder espaço à liberdade, favorecendo a configuração de novos espectros de convivência a partir da garantia das condições necessárias à própria constituição.

Por mais que as novas configurações familiares apresentem contornos cada vez menos definidos e previsíveis, o Estado não pode simplesmente fechar os olhos para essas novas realidades. A ingerência estatal, contudo, deve ser apenas suficiente para não excluir direitos, de modo a não deixar em desamparo pessoas que estabelecem vínculos existenciais diversos daqueles impostos em convenções sociais.

Indispensável, nesse cenário, manter equilibrado o sistema de partilhas institucionais, à luz do inafastável reconhecimento da constituição como efetivo instrumento de realização dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.** Contribuição para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1994.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.
- FERREIRA, Anderson. **Projeto de lei que dispõe sobre o estatuto da família e dá outras providências.** Disponível em: <[www.neca.org.br/images/PL%206583-2013-pdf](http://www.neca.org.br/images/PL%206583-2013-pdf)>. Acesso em: 30 jul.2017.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- MADALENO, Rolf. **Direito de família constituição e constatação.** Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=27>>. Acesso em: 2 jun. 2017.
- MATA, Lídice de. **Projeto de Lei do Senado n. 470, de 2013.** Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 30 jul. 2017.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **O estatuto da família é um retrocesso.** Disponível em: <[http://istoe.com.br/439258\\_O+ESTATUTO+DA+FAMILIA+E+UM+RETROCESSO+/<](http://istoe.com.br/439258_O+ESTATUTO+DA+FAMILIA+E+UM+RETROCESSO+/)>. Acesso em: 17 jul. 2017a.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>>. Acesso em: 30 jul. 2017b.
- ROSENBLATT, Ana et al. **Manual de mediação para a defensoria.** Brasília: Cead/Enam, 2014.
- TAMER, Sérgio Victor. **Atos políticos e direitos sociais nas democracias.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 2005.
- TARTUCE, Flávio. **Estatuto da família x estatuto das famílias.** Singular x plural. Exclusão x inclusão. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI229110,41046-Estatuto+da+Familia+x+Estatuto+das+Familias+Singular+x+plural>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Bóia. **O princípio da proibição do retrocesso social é aplicável à jurisprudência?** Disponível em:

<<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/07/28/o-principio-da-proibicao-do-retrocesso-social-e-aplicavel-a-jurisprudencia>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 6.