

# FAMÍLIA: CUIDADO, VULNERABILIDADE E SUSTENTABILIDADE

*Antônio Carlos Mathias Coltro\**

“A lei escrita pode ser obra de uma ilusão, de um capricho, de um momento de pressa, ou qualquer outra causa menos ponderável; o uso, por isso mesmo que tem o consenso diuturno de todos, exprime a alma universal dos homens e das cousas.” (Machado de Assis)

SUMÁRIO: Nota Inicial. O Ordenamento e a Jurisprudência. O Cuidado. Vulnerabilidade. Sustentabilidade. Conclusão.

## NOTA INICIAL

“Os juristas que prestam atenção ao cuidado e à vulnerabilidade acrescentam tijolos indispensáveis nas paredes-mestres de uma construção infinita.” (Guilherme de Oliveira – Prof. da Universidade de Coimbra)

“Podemos escapar de tudo, menos de nossa infância.” (Beryl Bainbridge)

1) Após aludir, como preâmbulo, ao asseguramento do exercício dos direitos sociais e individuais, à liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, como claro índice dos objetivos pretendidos com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou o constituinte a enunciar os princípios que não poderiam deixar de ser considerados na elaboração de um documento destinado à defesa da cidadania.

Assim, e desde logo, indicou como *Fundamentos da República* a própria cidadania e a dignidade da pessoa humana, mencionando, ademais e no rol dos direitos fundamentais, serem homens e mulheres iguais em direitos e obrigações, não sendo ninguém obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, ratificando,

---

\* Desembargador do TJSP; Diretor-Presidente do IBDFAM-SP (2010/2011) e do IBDC (2011/2012); Mestre em Direito das Relações Sociais (PUC-SP); Membro da Academia Paulista de Direito e Academia Paulista de Magistrados; Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito de Família no LFG, em São Paulo.

adiante e no âmbito familiar, a equivalência quanto ao exercício de direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal, pelo homem e pela mulher, sem olvidar o reconhecimento à necessidade de ampliar a moldura do ente familiar e esclarecer que ele alcança também a união estável entre homem e mulher e os próprios casais integrados por pessoas do mesmo sexo, segundo interpretação do STF (ADPF 132/RJ – Rio de Janeiro<sup>1</sup>), como guardião da Constituição e a entidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes<sup>2</sup>.

1 Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREIA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da *kel-seniana* “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito à autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal *locus* institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autônoma família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTE-

Não bastasse, e em implícita consideração ao princípio do superior interesse da criança e do adolescente e à doutrina da proteção integral, está expresso no art. 227, ser “(...) dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, dispondo, em seguida: “§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I – aplicação de

ÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu § 3º. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de famílias constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como famílias. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADPF 132, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 05.05.2011, DJe-198 divulg. 13.10.2011 public. 14.10.2011 ement. vol. 02607-01 p. 00001).

2 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação”.

Outrossim, e no § 3º, referiu: “O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos”:

“I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III – garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010*); IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010*). § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.”

Seguindo, e nos arts. 229 e 230, estabelece o quanto segue: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”.

Evidente, assim, o relevo constitucional da família, sistematizada, sem qualquer dúvida, em um novo e mais elevado cenário, no que tange aos princípios a serem considerados pela legislação infraconstitucional e pelos usuários e aplicadores do sistema legal.

2) Conforme Paulo Lôbo, “Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e *implícitos*, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava”<sup>3</sup>.

Em outro momento de sua obra, salienta o doutrinador: “Os princípios constitucionais são expressos ou implícitos. Estes últimos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo, o princípio da afetividade)”<sup>4</sup>.

Como decorrência, anota: “Em virtude das transformações ocorridas e que estão a ocorrer no direito de família, alguns princípios emergem do sistema jurídico brasileiro e que poderiam desfrutar de autonomia, como o princípio do pluralismo de entidades familiares, adotado pela Constituição de 1988, pois elas são titulares de mesma proteção legal”<sup>5</sup>.

Entretanto, e ainda que não previsto de forma expressa e independente e como se verá, tal princípio vem sendo considerado pela jurisprudência, inclusive do STF, e com força tal que a interpretação dada à CF pode ser tida como reconhecendo efeito consoante o referido, servindo como exemplo, desde já, a asserção feita em decisão outra, além da já mencionada e que resultou no reconhecimento de efeitos à união estável homossexual, relatado agora pelo constitucionalista e Ministro Celso de Mello, cuja ementa sem formatação assinala, em dado momento: “O Supremo Tribunal Federal – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares”. “A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação

3 Famílias, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 34, n. 3.1. O sublinhado não é do original.

4 Idem, p. 36

5 Mma. op., p. cit.

das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas” (RE 477.554 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 16.08.2011, DJe-164 divulg 25.08.2011 public. 26.08.2011 ement. vol. 02574-02 p. 00287).

## O ORDENAMENTO E A JURISPRUDÊNCIA

“O direito tem fórmulas e métodos de julgamento apropriados à conservação e fórmulas e métodos apropriados à mudança.” (Benjamin Nathan Cardozo)

3) Afora o que deriva de forma direta da CF e no exercício da missão interpretativa e sob certo aspecto de criação e complementação legislativa que lhes cabe, conscientes (da mesma forma que ocorre em relação ao direito consuetudinário), ainda, de que os princípios legais “(...) nunca foram tratados como verdades finais, mas como hipóteses de trabalho, continuamente reexaminadas nesses grandes laboratórios do direito que são os tribunais de justiça”, na referência de Monroe Smith, conforme a citação feita por Benjamin Nathan Cardozo<sup>6</sup> e ante o fato de que, “(...) se as regras derivadas de um princípio não estiverem dando bons resultados, ele próprio deverá, em última análise, ser revisto”, passaram os julgadores a ter um novo olhar para as situações a si submetidas, tendo em conta tanto as inovações constitucionais, quanto a antiga, mas sempre atual regra da Lei de Introdução ao Código Civil, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dirigida a que, *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum* (art. 5º).

Como corolário disso, assumiu a socioafetividade apropriado local para cogitação no universo jurídico nacional, desde sua consideração para o fim de adoção *post mortem*<sup>7</sup>, como para o reconhecimento do interesse que o padrasto tem na adoção do enteado<sup>8</sup>, quanto para a manutenção do reconhecimento de maternidade realizado por

6 A natureza do processo e a evolução do direito. Porto Alegre: Ajuris, 1978. trad. Leda Boechat Rodrigues, p. 59/60.

7 ADOÇÃO PÓSTUMA. Prova inequívoca. O reconhecimento da filiação na certidão de batismo, a que se conjugam outros elementos de prova, demonstra a inequívoca intenção de adotar, o que pode ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção. Procedência da ação proposta pela mulher para que fosse decretada em nome dela e do marido pré-morto a adoção de menino criado pelo casal desde os primeiros dias de vida. Interpretação extensiva do art. 42, § 5º, do ECA. Recurso conhecido e provido (REsp 457.635/PB, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 19.11.02, DJ 17.03.03, p. 238).

8 Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança.

– O procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de legítimo interesse, que se caracteriza por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança.

aquela que não tinha vínculo biológico com a criança e a importância da regra final do art. 1.593 do atual CC<sup>9</sup>, o mesmo se dando quanto ao genitor reconhecente<sup>10</sup> e aquele com quem a mãe da criança convive, se estrangeiro e para o fim de beneficiar-se em *habeas corpus* destinado a impedir sua expulsão do Brasil, em virtude do envolvimento

---

– O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 735).

– O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados.

– Sob essa perspectiva, o cuidado, na lição de Leonardo Boff, “representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, define, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que compreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana” (apud Pereira, Tânia da Silva. Op. cit. p. 58).

– Com fundamento na paternidade responsável, “o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores” e com base nessa premissa deve ser analisada sua permanência ou destituição. Citando Laurent, “o poder do pai e da mãe não é outra coisa senão proteção e direção” (Principes de Droit Civil Français, 4/350), segundo as balizas do direito de cuidado a envolver a criança e o adolescente.

– Sob a tônica do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança. Entretanto, todas as circunstâncias deverão ser analisadas detidamente no curso do processo, com a necessária instrução probatória e amplo contraditório, determinando-se, outrossim, a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional, segundo estabelece o art. 162, § 1º, do Estatuto protetivo, sem descuidar que as hipóteses autorizadoras da destituição do poder familiar – que devem estar sobejamente comprovadas – são aquelas contempladas no art. 1.638 do CC/02 c/c art. 24 do ECA, em *numerus clausus*. Isto é, tão somente diante da inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, em que efetivamente seja demonstrado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, é que o genitor poderá ter extirpado o poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual tem a capacidade de cortar quaisquer vínculos existentes entre a criança e a família paterna.

– O direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla, para que o menor alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. Atento a isso é que o Juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança.

– Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.

– Por tudo isso – consideradas as peculiaridades do processo –, é que deve ser concedido ao padrasto – legitimado ativamente e detentor de interesse de agir – o direito de postular em juízo a destituição do poder

em atividade penal ilícita<sup>11</sup>, além de assim se entender relativamente à possibilidade do que foi criado como filho requerer o reconhecimento de tal condição por meio de ação investigatória, sem interferir a inexistência do liame biológico com os que o

familiar – pressuposto lógico da medida principal de adoção por ele requerida – em face do pai biológico, em procedimento contraditório, consonante o que prevê o art. 169 do ECA.

– Nada há para reformar no acórdão recorrido, porquanto a regra inserta no art. 155 do ECA foi devidamente observada, ao contemplar o padrasto como detentor de legítimo interesse para o pleito destitutivo, em procedimento contraditório.

Recurso especial não provido. (REsp 1.106.637/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 01.06.2010, DJe 01.07.2010)

- 9 Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento.

Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar.

– A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido – considerada a sua imutabilidade nesta via recursal –, registrou filha recém-nascida de outrem como sua.

– A par de eventual sofisma na interpretação conferida pelo TJ/SP acerca do disposto no art. 348 do CC/1916, em que tanto a falsidade quanto o erro do registro são suficientes para permitir ao investigante vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, subjaz, do cenário fático descrito no acórdão impugnado, a ausência de qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe que, mesmo ciente de que a menor não era a ela ligada por vínculo de sangue, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram. Com o foco nessa premissa – a da existência da socioafetividade –, é que a lide deve ser solucionada.

– Vê-se no acórdão recorrido que houve o reconhecimento espontâneo da maternidade, cuja anulação do assento de nascimento da criança somente poderia ocorrer com a presença de prova robusta – de que a mãe teria sido induzida a erro, no sentido de desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.

– O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha.

– Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto.

– Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.

– Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.

– Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.

criaram<sup>12</sup>, reconhecendo-se, outrossim, a própria supremacia do laço afetivo sobre o biológico<sup>13</sup> e o patrimonial<sup>14</sup>, bem como o relevo que tal circunstância assumiu para o

Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.

– Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ/SP, em que se identificou a configuração de verdadeira “adoção à brasileira”, a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por tratamento materno-filial, deve ser assegurada judicialmente a perenidade da relação vivida entre mãe e filha. Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na doutrina de proteção integral à criança.

– Conquanto a “adoção à brasileira” não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 usque 52-D e 165 usque 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a julgada – consideradas as especificidades de cada caso – a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercida. A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade.

– Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em desconformidade com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar.

Recurso especial não provido. (REsp 1.000.356/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 25.05.2010, DJe 07.06.2010)

10 REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO. RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO *DE CUJUS*. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA FILIAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL.

1. Estabelecendo o art. 1.604 do Código Civil que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro”, a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder o registro da criança.

2. Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretense pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza.

3. “O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil” (REsp nº 878.941-DF, Terceira Turma, Relª Minª Nancy Andrighi, DJ de 17.09.07).

direito<sup>15</sup>, constituindo situação de relevo à própria adoção por casal integrado por pessoas do mesmo sexo<sup>16</sup>, sem olvidar a união estável homossexual e, que, inevitavelmente resulta da socioafetividade e comunhão de interesses que enlaça o par a ela concernente.

- 
4. O termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral – portanto, jurídica –, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil.
5. Recurso especial provido (REsp 709.608/MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 05.11.09, DJe 23.11.09)
- 11 ADMINISTRATIVO. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO NACIONAL. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NO INTERROGATÓRIO. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULA VINCULANTE Nº 5/STF. FILHO NASCIDO NO BRASIL APÓS A CONDENAÇÃO PENAL. CONVIVÊNCIA SOCIOAFETIVA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS. REQUISITO DE NÃO EXPULSÃO. ART. 75, II, *b*, DA LEI Nº 6.815/80. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.
1. O *habeas corpus*, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, é marcado por cognição sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento.
2. O ato administrativo de expulsão, manifestação da soberania do país, é de competência privativa do Poder Executivo, competindo ao Judiciário apenas a verificação da higidez do procedimento por meio da observância das formalidades legais.
3. Não há falar em prejuízo ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, em face da ausência de defensor no interrogatório do paciente, o que foi suprido nos demais atos, por ser dispensável a presença de advogado no processo administrativo (Súmula Vinculante nº 5/STF).
4. Na hipótese em exame, extrai-se que o paciente possui união estável com brasileira desde 2005, bem como filho brasileiro nascido em 21.11.07, atualmente com 3 anos de idade, sob sua guarda e dependência.
5. “A jurisprudência desta Corte firmou-se quanto à impossibilidade de expulsão de estrangeiro que possua filho brasileiro, desde que comprovada a dependência econômica ou afetiva” (HC nº 104.849/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 23.10.08).
6. Preenchidos os requisitos legais para a não expulsão contidos no Estatuto do Estrangeiro, deve ser afastado o constrangimento ilegal imposto ao paciente pela autoridade coatora, que decretou sua expulsão do território nacional.
7. Ordem concedida para invalidar a Portaria/MJ nº 3.152, de 11.10.2010, que decretou a expulsão do paciente do território nacional (HC nº 197.570/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, j. 14.09.2011, DJe 22.09.2011)
- 12 CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO.
1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica.
2. A norma princípio estabelecida no art. 27, *in fine*, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão.
3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, *a priori*, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico.

Ademais e por conta de alteração legislativa imposta ao ECA, sobreveio a figura da família extensa, não demorando a merecer a necessária consideração da jurisprudência<sup>17</sup>.

4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão.

5. Recurso não provido. (REsp 1.189.663/RS, Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 06.09.2011, DJe 15.09.2011)

13 PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativas à filiação.

2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.

3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.

4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.

5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados.

6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.

7. Recurso especial provido. (REsp 1.087.163/RJ, Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 18.08.2011, DJe 31.08.2011)

14 DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR PLEITEADA POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA ABSOLUTA DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OBSERVADA.

1. É sólido o entendimento segundo qual mesmo para fins de prequestionamento, a oposição de embargos de declaração não prescinde de demonstração da existência de uma das causas listadas no art. 535 do CPC, inócurrentes, no caso.

2. No caso em exame, não se trata de pedido de guarda unicamente para fins previdenciários, que é repudiada pela jurisprudência. Ao reverso, o pedido de guarda visa à regularização de situação de fato consolidada desde o nascimento do infante (16.01.91), situação essa qualificada pela assistência material e afetiva prestada pelos avós, como se pais fossem. Nesse passo, conforme delineado no acórdão recorrido, verifica-se uma convivência entre os autores e o menor perfeitamente apta a assegurar o seu bem-estar físico e espiritual, não havendo, por outro lado, nenhum fato que sirva de empecilho ao seu pleno desenvolvimento psicológico e social.

3. Em casos como o dos autos, em que os avós pleiteiam a regularização de uma situação de fato, não se tratando de “guarda previdenciária”, o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado tendo em vista mais os princípios protetivos dos interesses da criança. Notadamente porque o art. 33 está localizado em seção intitulada “Da Família Substituta”, e, diante da expansão conceitual que hoje se opera sobre o termo “família”, não se pode afirmar que, no caso dos autos, há, verdadeiramente, uma substituição familiar.

4. O que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade, que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”. (REsp 945.283/RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 15.09.09, DJe 28.09.09)

Não bastando o exposto e graças à importância dada ao instituto do bem de família, editou-se súmula pelo STJ, sob número 364 e cujo enunciado é o seguinte:

15 RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. CANCELAMENTO PELO PRÓPRIO DECLARANTE. FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE. ASSUNÇÃO DA DEMANDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DEFESA DA ORDEM JURÍDICA OBJETIVA. ATUAÇÃO QUE, *IN CASU*, NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR LEGITIMIDADE À PRETENSÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Salvo nas hipóteses de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, a pretensão de anulação do ato, havido por ideologicamente falso, deve ser conferida a terceiros interessados, dada a impossibilidade de revogação do reconhecimento pelo próprio declarante, na medida em que descabido seria lhe conferir, de forma absolutamente potestativa, a possibilidade de desconstituição da relação jurídica que ele próprio, voluntariamente, antes declarara existente; ressalte-se, ademais, que a ninguém é dado beneficiar-se da invalidez a que deu causa.

2. No caso em exame, o recurso especial foi interposto pelo Ministério Público, que, agindo na qualidade de *custos legis*, acolheu a tese de falsidade ideológica do ato de reconhecimento, arguindo sua anulabilidade, sob o pálio da defesa do próprio ordenamento jurídico; essa atuação do *Parquet*, contudo, não tem o condão de conferir legitimidade à pretensão originariamente deduzida, visto que, em assim sendo, seria o mesmo que admitir, ainda que por via indireta, aquela execrada potestade, que seria conferida ao declarante, de desconstituir a relação jurídica de filiação, como fruto da atuação exclusiva de sua vontade.

3. Se o reconhecimento da paternidade não constitui o verdadeiro *status familiae*, na medida em que, o declarante, ao fazê-lo, simplesmente lhe reconhece a existência, não se poderia admitir sua desconstituição por declaração singular do pai registral. Ao assumir o Ministério Público sua função precípua de guardião da legalidade, essa atuação não poderia vir a beneficiar, ao fim e ao cabo, justamente aquele a quem essa mesma ordem jurídica proíbe romper, de forma unilateral, o vínculo afetivo construído ao longo de vários anos de convivência, máxime por se tratar de mera “questão de conveniência” do pai registral, como anotado na sentença primeva.

4. “O estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica e pode, portanto, assumir feições originadas de qualquer outra relação que não exclusivamente genética. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica (...). Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos” (Mauro Nicolau Júnior. In: *Paternidade e Coisa Julgada*. Limites e Possibilidade à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais. Curitiba: Jurua, 2006).

5. Recurso não conhecido (REsp 234.833/MG, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, j. 25.09.07, DJ 22.10.07, p. 276)

16 DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTS. 1º DA LEI Nº 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

3. O art. 1º da Lei nº 12.010/09 prevê a “garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes”. Por sua vez, o art. 43 do ECA estabelece que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

*O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas, porquanto e para o fim de tal figura jurídica, “A impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 1º da Lei nº 8.009/90, visa resguardar não somente o casal, mas a própria entidade familiar”.*

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), “não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores”.

7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se sabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o art. 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido. (REsp 889.852/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 27.04.2010, DJe 10.08.2010)

17 2ª Turma Cível – Processo N. Agravo de Instrumento 2009002135845AGI – Relª Desª Carmelita Brasil – Acórdão 412.030

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADOÇÃO. GUARDA PROVISÓRIA. RECÉM NASCIDO. GUARDA DE FATO EXERCIDA DESDE O NASCIMENTO DO INFANTE. ESTUDO PSICOSSOCIAL PRÉVIO COM A FAMÍLIA EXTENSA. DESNECESSIDADE. No conceito insculpido na Lei nº 12.010/09, família extensa é “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. Tratando-se de recém nascido que foi entregue voluntariamente pela genitora à adoção logo após o nascimento, e não havendo notícia sobre o genitor ou família nem mesmo no registro de nascimento, dispensa-se a realização prévia de estudo psicossocial da família extensa para o deferimento da guarda provisória.

Assim, “A entidade familiar, deduzida dos arts. 1º da Lei nº 8.009/90 e 226, § 4º, da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. Precedente: (REsp 205.170/SP, DJ 07.02.00)”.

Como consequência, e “(...) no caso de separação dos cônjuges, a entidade familiar, para efeitos de impenhorabilidade de bem, não se extingue, ao revés, surge uma duplicidade da entidade, composta pelos ex-cônjuges varão e virago”, segundo trechos do acórdão relativo ao REsp 859.937/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.12.07, DJ 28.02.08, p. 74.

De se ponderar, ainda, ter o STJ, em julgado recente e relatado pelo Ministro Luiz Felipe Salomão (REsp 1.183.378-RS), admitido o casamento entre pessoas de igual sexo<sup>18</sup>, entendendo inexistir vedação expressa quanto a tal.

---

18 DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOA-FETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPALMENTE CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF Nº 132/RJ E DA ADI Nº 4.277/DF

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da *constitucionalização do direito civil*, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam “de costas” para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar*, entendida esta como sinônimo perfeito de *família*.

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

4. O *pluralismo familiar* engendrado pela Constituição – explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF – impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a “especial proteção do Estado”, e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, *pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família*.

Poder-se-ia argumentar que a postura dos tribunais caracteriza ativismo judicial indevido, além de ser abusivo o uso de cláusulas como as da dignidade, igualdade e intimidade com vistas à extensão de direitos previstos para determinada situação a outra, diversa, conforme entende Marco Túlio de Carvalho Rocha, em aprofundada obra intitulada *O conceito de família e suas implicações jurídicas*<sup>19</sup>.

Entretanto e apesar de a CF ter um capítulo destinado à família, não esgotou e nem chegou o constituinte perto de esgotar a matéria a tanto correspondente, pois embora destinando um capítulo à família, não referiu a Constituição aspectos variados e pertinentes a tal ramo do direito e o fato de o legislador constitucional ter ampliado o conceito da família, mesmo que aquém do que poderia ter feito, pode representar a indicação de que – de qualquer maneira –, adotou a Carta princípio a tanto dirigido, ou seja, de que a família não se restringe ao casamento, como anteriormente entendido e do que se torna possível extrair ampla interpretação, pelos métodos cabíveis e adequados e da qual se reconheça idêntica proteção para circunstâncias diversas daquelas consideradas em 1988.

Se a Carta Constitucional reconheceu que a família não é mais entidade singular, atribuindo-lhe significação plural, não se ocupando, todavia, de permitir, em norma

---

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. *Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença*. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário – e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é “democrático” formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.

aberta, a expressa consideração a situações diversas das que aludiu, também se deve ter em conta que tal não proibiu, não se devendo deixar de lembrar, com Benjamin Nathan Cardozo, que “Os sentimentos de justiça não podem ser banidos da teoria do direito nem de sua administração” e “O juiz, como intérprete do sentimento do direito e da ordem da comunidade, deve suprir as omissões, corrigir as incertezas e harmonizar os resultados com a justiça, por meio do método da livre decisão – *libre recherche scientifique*”, concluindo, pouco à frente: “Os tribunais devem ‘buscar esclarecimentos entre os elementos sociais de toda espécie, as forças vivas atrás dos fatos com que se relacionam’”<sup>20</sup>.

Dessa forma e considerando que, embora avançando, a CF não individualizou o limite cabível quanto ao conceito do em que consiste a família – instituto evidentemente *aberto* –, em especial ante as alterações por que tem passado a sociedade, tiveram os Tribunais, na incessante busca de solução adequada para a resolução das exceções oferecidas de forma constante pela vida, procurando cumprir a tarefa que a constituição atribui ao Judiciário, inclusive advertindo o legislativo para a necessidade de reconhecer o quanto exigido pela sociedade quanto à atualização do sistema legal<sup>21</sup>, ou realizando a interpretação atualizada das normas existentes, conforme o senso de justiça o exija.

---

19 Rio de Janeiro, São Paulo, Elsevier, 2009, p. 91.

20 Ob. ref., p. 55

21 Notícias STF – Quinta-feira, 05 de maio de 2011 – “Presidente do STF conchama Legislativo a colaborar com regulamentação da união estável homoafetiva. Décimo e último ministro a votar, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Cezar Peluso, convocou o Poder Legislativo a assumir a tarefa de regulamentar o reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo. Ele acompanhou o relator, ministro Ayres Britto, no sentido de julgar procedentes a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Com o voto do presidente da Corte, o Plenário do STF reconheceu por unanimidade (10 votos) a estabilidade da união homoafetiva, decisão que tem efeito vinculante e alcança toda a sociedade. Condenação a toda forma de discriminação

De forma breve, ele justificou sua adesão à procedência das ações. Segundo o ministro, o Supremo condenou todas as formas de discriminação, ‘contrárias não apenas ao nosso direito constitucional, mas contrária à própria compreensão da raça humana à qual todos pertencemos com igual dignidade’. Peluso considerou que as normas constitucionais – em particular o art. 226, § 3º, da Constituição Federal – não excluem outras modalidades de entidade familiar. ‘Não se trata de *numerus clausus*, o que permite dizer, tomando em consideração outros princípios da Constituição – dignidade, igualdade, não discriminação e outros – que é possível, além daquelas que estão explicitamente catalogadas na Constituição, outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal como se dá no caso’, afirmou.

Lacuna normativa. O ministro também reconheceu a existência de uma lacuna normativa que precisa ser preenchida. Conforme o presidente do STF, tal lacuna tem de ser preenchida ‘diante, basicamente, da similitude, não da igualdade factual em relação a ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre homem e mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo’. De acordo com ele, ‘estamos diante de um campo hipotético que em relação aos desdobramentos deste importante julgamento da Suprema Corte brasileira, nós não podemos examinar exaustivamente, por diversos motivos’. Conforme o ministro, os pedidos não o comportariam, além de que ‘sequer a nossa imaginação seria capaz de prever todas as consequências, todos os desdobramentos, todas as situações advindas do pronunciamento da Corte’. Ao mencionar voto do ministro Gilmar Mendes, Peluso ressaltou que os ministros não têm o modelo institucional que o Tribunal pudesse reconhecer ‘e definir

Nesse trabalho diário, e ainda com Benjamin Cardozo, no tocante à função judicial, e como não podia deixar de ser, atentaram os julgadores para o fato de que tal função “(...) floresce e persiste em virtude da necessidade humana, à qual responde constantemente” e “As grandes generalidades da constituição têm conteúdo e significação de idade em idade”<sup>22</sup> e, “Nos primórdios do Século XXI, Picardi entrevê ‘a vocação do nosso tempo para a jurisdição e a doutrina jurídica’”, conforme a nota de Humberto Theodoro Jr., prefaciando a já citada obra de Marco Túlio de Carvalho Rocha<sup>23</sup>.

Assinala Theodoro Jr., ainda: “Esse enfoque tem o condão de ressaltar a quem cabe o controle do comando do poder, de sorte que não tão importante é o poder, mas, sim, o controle de seu exercício, cuja efetivação reclama ‘uma adequada organização das instituições’, dentro da qual se atribui modernamente à jurisdição o papel de ‘instituição de garantia por excelência’. Destaca Picardi que, à vista desta constatação, ‘hoje se verifica um estado tendente a valorizar o *momento jurisprudencial* do direito’”<sup>24</sup>.

Para tanto, cumpre não perder de vista a advertência do mesmo prefaciador, para quem, “A atividade do intérprete, no mundo atual, não mais se reduz a uma simples ‘explicitação’, mas é, na verdade, sempre uma contínua ‘reformulação’ da norma. A função do intérprete, cujo ápice é enfeixado pelo juiz, assume as proporções de uma ‘colaboração’ com o legislador na produção do direito, no dizer de Luzzati (*L’interprete il legislatore. Saggio sulla certezza Del diritto*, Milano, 1999, p. 87 e s.)”<sup>25</sup>.

A isso, portanto, limitou-se a atividade desenvolvida pelo STF e pelo STJ, o mesmo se dando quanto às demais Cortes nacionais, nas decisões referidas e outras a tanto atinentes e nas quais manifestado o entendimento possível ao sentido de *família*, segundo os princípios constitucionais e jurídicos aplicáveis e levando em consideração a necessária interdisciplinaridade com outras ciências sociais, a partir do significado plural atribuído pelo constituinte ao ente familiar.

Feitas tais considerações, a tanto adequadas, passa-se à apreciação dos aspectos de importância a este texto e à exposição que lhes concerne, respeitantes ao *cuidado*, à *vulnerabilidade* e à *sustentabilidade* das relações familiares.

---

de uma maneira clara e com a capacidade de responder a todas as exigências de aplicações à hipóteses ainda não concebíveis’. ‘Da decisão da Corte folga um espaço para o qual, penso eu, que tem que intervir o Poder Legislativo’, disse o ministro. Ele afirmou que o Legislativo deve se expor e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional”. EC/CG

22 A natureza (...), cit., p. 56

23 O conceito (...), ref., p. XIV

24 Ob. e p. citadas na nota anterior

25 Op. ref., p. XV

## O CUIDADO

“O cuidado impedirá que as virtudes se transformem em farisaísmo, as leis em legalismo e as instituições em prisões.” (Leonardo Boff)

4) Se, conforme Leonardo Boff, o cuidado “(...) sempre tem a ver com relações humanas e com a proteção da vida, seja sanando as chagas passadas, seja prevenindo as chagas futuras”<sup>26</sup>, integrando a noção do cuidado, na conjugalidade, segundo Tânia da Silva Pereira, “(...) o *respeito*, a *atenção*, o *apoio*, a *compreensão*, o *afeto*, a *solidariedade* e a *proteção*, enfim, atitudes marcadas pela reciprocidade”<sup>27</sup>, aspectos que, expressa ou implicitamente foram inseridas na CF de 1988, não há como deixar de reconhecer que o constituinte, ainda que não se referindo de forma expressa a tanto, acabou por ter em conta tal princípio (*cuidado*) na redação de normas integrantes da Constituição Federal, principalmente no que se refere ao direito de família, embora não exclusivamente a ele.

Por isso mesmo, e como escrito por Roberta Tupinambá, “(...) no âmbito das crianças e adolescentes, a criação e incorporação da doutrina da *proteção integral* e do *melhor interesse da criança* pelo sistema brasileiro através da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto-Lei nº 99.710/90) e através da própria Constituição Federal (art. 227), foram, sem dúvidas, fomentadas pelo valor jurídico do cuidado”<sup>28</sup>, o qual, por sua importância e efeitos que produz, sem qualquer dúvida assumiu a condição de verdadeiro *princípio jurídico*.

Efetivamente, e não excluídos da CF a consideração a direitos e garantias outros nela não especificamente referidos, ao contrário e de forma clara admitida sua consideração (art. 5º, § 2º<sup>29</sup>) naquele diploma maior, no qual, dentre outros, estão contidas as cláusulas da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do superior interesse e da doutrina da proteção integral, já citados os dois últimos, a que se acresce, ainda, a da proteção do idoso, por óbvio que o próprio constituinte teve o *cuidado* de erigir tal circunstância a condição a ser tida em conta e dela resultar linha orientadora da conduta dos cidadãos e dos direitos e deveres a eles concernente.

---

26 Justiça e cuidado: opostos ou complementares?, em O Cuidado como valor jurídico, Rio de Janeiro, 2008, Forense, coord. Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, p. 1 e SS.

27 O cuidado como valor jurídico, 08.03.06, Bol. Eletrônico IBDFAM.

28 O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares, em O cuidado como valor jurídico (...), cit., p. 357 e SS.

29 Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Cf., a respeito, Roberta Tupinambá, O cuidado (...), cit., p. 372, n. 6.

Não fosse assim e não teria incorporado ao texto constitucional, outrossim, dando-lhes conformação familiar, as figuras da *união estável* e da *família monoparental*, da mesma forma como não teria atentado para a necessidade de proteger o *idoso*, deixando de lado a ultrapassada ideia de que apenas do casamento derivava a família, e afirmando expressamente que o Estado deve protegê-la, *sem especificar* esta ou aquela forma como constituída.

Isso, para que sejam referidos alguns dos aspectos tidos como de proteção necessária e inclusive a indicação de medidas a serem tomadas pelo Estado, pela comunidade e pela família, com vistas à proteção do quanto já referido, além de acentuar o dever estatal de não interferir no planejamento familiar, ressaltando ser ele de livre decisão do casal e caber ao Estado garantir o exercício desse direito, proibindo a intervenção coercitiva oficial ou privada em relação a tanto.

Afora o mencionado, enunciou ser *dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*, como anteriormente citado.

Disso e como exemplo, pode-se inferir o nível de preocupação do constituinte quanto a tais aspectos, indicativos do *cuidado* que teve quanto às circunstâncias a eles respeitantes, independente do fato de em nenhum instante se haver mencionado, na CF, tal princípio, que, entretanto e consoante Roberta Tupinambá, se acha inserido na significativa moldura da *dignidade da pessoa humana*, inscrita na CF como um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III), ao lado da própria cidadania.

Uma e outra têm íntima ligação entre si, já que não é admitido pretender-se o exercício da cidadania, sem o respeito à dignidade de todos os cidadãos, inserindo-se a prática de uma e outra de tais cláusulas no conceito que se pode intuir do em que consista o *cuidado*.

À evidência que a consideração dada a cada uma de tais circunstâncias está nitidamente envolvida com a ética em que se deve alicerçar a vida, de tudo se esperando o surgimento do respeito e consideração a todos devidos e que de todos se espera sejam praticados.

A própria luta pelo reconhecimento de direitos antes não previstos pode ser afirmada como também decorrente do *cuidado* daqueles que se aperceberam de sua necessidade e defenderam sua explícita declaração constitucional, legal e jurisprudencial.

Não fosse a defesa do concubinato na doutrina e nos tribunais e não se teria chegado à união estável e a admissão dos efeitos que produz, o mesmo se dando quanto à união estável entre pessoas do mesmo sexo, como caracterizadora de família, com

as inevitáveis consequências disto possíveis, afora circunstâncias outras submetidas às cortes e por elas tidas como produtoras de direitos inerentes aos nelas envolvidos.

Indubitavelmente e além de em tais casos asseverar presente o *cuidado*, ainda que de forma implícita ou até explícita e decorrente da menção à dignidade da pessoa, tiveram os juízes que os apreciaram atenção para o valor jurídico que tal princípio possui, agindo eles próprios com o *cuidado* que se impõe na prática da função jurisdicional.

Assim e como reconhecido pelo TJSP:

“EMENTA: Agravo de Instrumento. Pedido de Alimentos Provisionais na pendência de ação de reconhecimento de união estável. Concessão de liminar fixando-se os alimentos em 1/3 dos proventos líquidos do requerido, com base em documento público onde reconhecida a sociedade de fato pelos litigantes. Observância dos requisitos do art. 273 do CPC, concedida, assim, verdadeira antecipação de tutela. O atual Código Civil, em seu art. 1.694, como não poderia deixar de ser e em face do reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º), admite o pleito alimentar entre companheiros, cumprindo ao Judiciário, conforme o caso concreto e segundo princípios tanto legais, quanto éticos, reconhecer ou não a caracterização do dever alimentar de um para outro dos afirmados conviventes. Agravo parcialmente provido, para reduzir o valor da pensão Agravo de Instrumento nº 427.658.4/0-00. Voto nº 11.591.”

“EMENTA: Agravo de instrumento. Busca e apreensão de menor. Pedido de liminar. Impossibilidade, sempre em atenção ao princípio do melhor interesse da criança e considerando-se o *cuidado* que a situação comporta, além da doutrina da proteção integral que a ela deve ser conferida. Inversão da guarda que ocorreu de modo não violento, tendo a própria recorrente passado a infante à avó, com quem ela está, juntamente com o genitor, não se vislumbrando, de momento, razão eficiente a alterar-se tal circunstância, pois ainda que a guarda de direito tenha anteriormente sido conferida à agravante, tal condição foi alterada, de fato, por iniciativa da própria e por não ter condição para manter a filha. Agravo improvido, inclusive pela atenção com que o juízo de primeiro grau tem tratado o assunto, ressalvada a ele a eventual modificação da guarda, se e quando for o caso.” (Agravo de Instrumento nº 990.10.131459-2)

“EMENTA: Separação de corpos. Pedido de justiça gratuita deferido para possibilitar o processamento do agravo, apenas. Alegação de conduta agressiva. Lavratura de boletim de ocorrência. Presença dos requisitos para o deferimento da cautela, máxime diante do cuidado que deve orientar a atividade do julgador. Filha adolescente que está com o pai, sendo de melhor alvitre a manutenção da guarda com ele. Agravo parcialmente provido.” (Agravo de Instrumento nº 0101350-51.2011.8.26.0000)

## VULNERABILIDADE

“No momento em que se procura ampliar a efetivação da cláusula geral de tutela da pessoa humana que emerge do texto constitucional, impõe-se o aprofundamento da reflexão jurídica sobre a vulnerabilidade e sobre o cuidado. Os conceitos se imbricam, e sua melhor compressão possibilitará a edição de novas medidas jurídicas, bem como a interpretação das já existentes, de modo a tornar efetiva a proteção conferida pela Constituição Federal à pessoa humana, em especial àquelas já vulneradas.” (Heloisa Helena Barboza)

5) A partir da CF, e passando por leis de ordem variada, tem-se a clara percepção do quanto se preocupou o legislador com o aspecto da vulnerabilidade em relação ao ente familiar e todos os que o integram.

Na Constituição desde logo se afere a ocupação do constituinte com o ente familiar, segundo o neste trabalho já aludido, destinando à família um capítulo próprio e no qual desde logo ressaltou a necessidade da proteção estatal às várias figuras que possam integrar o conceito plural que ela passou a ter e que acabou por orientar os julgadores e o legislativo a ampliar a compreensão da moldura que contorna o grupo familiar, nos termos já enunciados.

Assim, e para citar como exemplos, já referidos, pode-se invocar o considerado quanto à união estável entre pessoas do mesmo sexo e a adoção de criança que venham a fazer e a referência do ECA à família extensa, dentre circunstâncias outras.

Se a cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana interferiu para que tanto ocorresse, também não se pode olvidar que a solidariedade, igualmente citada na CF, acabou por servir como razão a que juízes e parlamentares não descurassem da missão a uns e outros atribuída, disto advindo decisões e deliberações legislativas consoante as antes indicadas e que também servem a mostrar o cuidado dos seus autores relativamente à vulnerabilidade dos destinatários dos atos decorrentes da atividade judicante e legiferante.

No âmbito da última, pode-se invocar, como exemplo, o disposto no art. 1.704, no qual, após afirmar que, “Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, *caso não tenha sido declarado culpado* na ação de separação judicial”, acaba o parágrafo único do dispositivo por ressaltar, em clara indicação sobre estar a regra motivada na solidariedade: “Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência”.

Quanto à outra, serve de indicação ao que se menciona, a adoção por casal homossexual, já citada.

Nas manifestações de uma ou outra de tais atividades, fica evidente o exato atendimento, por aqueles que delas se ocupam, quanto ao aspecto da *vulnerabilidade* existente em relação aos envolvidos nas situações a cada uma das hipóteses referente e com o fim de resguardá-los dos danos que pudessem resultar, caso não houvesse o atendimento judicial ou legislativo apto a tanto.

Sempre atentando para o superior interesse da criança e do adolescente, como também cuidando do tratamento destinado àqueles que resolvessem viver em união estável, mas sem distinção de sexo quanto aos integrantes do casal, souberam os tribunais tratar do assunto de forma ponderada e atenta aos fins sociais a que a lei se destina e proteção do bem comum, da mesma forma que, em análise à guarda compartilhada, pode-se concluir conforme o que se transcreve:

“CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PTERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa coabitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada.

II. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 1.147.138/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 11.05.2010, DJe 27.05.2010)

Sem descurar e em interpretação ampla ao conceito de *família*, também não deixaram os julgadores de protegê-la sob o aspecto patrimonial e social, inclusive no que tange à moradia, atentando para valorar a socioafetividade e permitir-lhe efeitos jurídicos adequados à proteção dos envolvidos por circunstâncias em que ela bem se insere e que permitiram que fosse vista como verdadeiro princípio jurídico-social.

Ao adotar como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e referir como princípio fundamental o da igualdade, afirmando, ademais, que a *família*, pouco importando decorra ela do casamento, da união estável, da entidade monoparental, de vínculos biológicos, socioafetivos ou extensos, e surja da união de pessoas de sexos diversos ou não, merece a especial proteção do Estado, evidenciou a CF o viés a ser considerado pelo intérprete e pelo aplicador da lei, além de pelo próprio

legislador, em atitude na qual resplandece de maneira evidente e a não deixar dúvida, o *cuidado* com a *vulnerabilidade* daqueles que estejam inseridos nas relações familiares e com o próprio *ente família*.

Se “A família é um fato natural; não a cria o homem, mas a natureza (...)”, como há muito afirmara Sá Pereira, indagando: “Que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo tento, em torno de um pequenino ser, que é o fruto do seu amor? Vereis uma família. Passou por o juiz com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural”, isto foi reconhecido de forma a não deixar dúvida pelo constituinte, pela maneira ampla como indicou ser o conceito de família e, conforme o *trilho constitucionalmente* delineado, não se esquivaram o Judiciário e o Legislativo à necessidade de novas e necessárias interpretações e alterações, em relação ao que era e ainda é preciso fazer por cada um de tais Poderes Republicanos.

O primeiro, atentando-o à advertência de Benjamim Nathan Cardozo e dirigida a que “O juiz não deve construir seus julgamentos sobre seus gostos e desgostos pessoais, ‘mas sobre uma cultural liberal informada (como diria Arnold) com o melhor do pensado e dito no mundo, desde que guarde relação com o problema social a ser resolvido”<sup>30</sup>, inclusive porque, “(...) interpreta a consciência social e lhe dá efeito jurídico, mas, ao fazê-lo, auxilia a formação e modificação da consciência que interpreta”<sup>31</sup>.

O segundo, não deixando se seguir o traçado constitucionalmente fixado e ciente à advertência de Jean Jacques Rousseau, de que, “(...) das luzes públicas resulta a união do entendimento e da vontade do corpo social, daí o perfeito concurso das partes e, enfim, a maior força de todos”, disto advindo “(...) a necessidade de um legislador” e o respeito devido à cidadania, que tem como necessária a existência de uma e outra de tais instituições e em ambas, apesar das críticas que possam ser feitas, ainda confia.

## SUSTENTABILIDADE

“A coisa mais importante que os pais podem ensinar ao filho é como ele pode prosseguir na vida sem precisar deles.” (Frank A. Clarck)

6) Conforme publicado na *Revista da ESPM*, vol. 17, n. 1 (2010), “Sustentabilidade significa sobrevivência, entendida como a perenidade dos empreendimentos humanos e do planeta. Por isso, o desenvolvimento sustentável implica planejar e executar ações – sejam elas de governos ou de empresas, sejam elas locais, nacionais

30 A natureza do processo e a evolução do direito. Porto Alegre: Ajuris, 3. ed., 1978. p. 24, trad. Leda Boechat Rodrigues.

31 A Natureza (...), cit., p. 18

ou globais – levando em conta, simultaneamente, as dimensões econômica, ambiental e social”.

Embora se cuide de conceito no qual se aluda à sobrevivência, meio ambiente e a circunstância social, inexistente nela, de forma expressa, a referência à família ou ao ente familiar, como aspecto no tocante ao qual também se imponha a consideração da *sustentabilidade*.

A consulta aos textos jurídicos concernentes ao ramo do *direito de família*, outrossim e ao menos no âmbito a que se referiu o exame feito pelo autor das presentes notas, não indica haver já uma preocupação – ao menos expressa – quanto ao exame do assunto sob tal aspecto, o mesmo se dando quanto à jurisprudência.

De se ponderar, todavia, que, ainda que “Governos, universidades, agências multilaterais e empresas de consultoria técnica” tenham introduzido, conforme Henrique Rattner (Professor Titular Aposentado da FEA/USP e coordenador do programa Profides da Associação Brasileira para o Desenvolvimento de Lideranças), “(...) em escala e extensão crescentes, considerações e propostas que refletem a preocupação do ‘esverdeamento’ de projetos de desenvolvimento e a ‘democratização’ dos processos de tomada de decisão”, também é certo, que, “Muitas ONGs, adotando um posicionamento crítico em relação à definição oficial de desenvolvimento dos governos e agências internacionais, entendem sustentabilidade como o princípio estruturador de *um processo de desenvolvimento centrado nas pessoas e que poderia se tornar o fator mobilizador e motivador nos esforços da sociedade para transformar as instituições sociais, os padrões de comportamento e os valores dominantes*.”

Contudo – como prossegue o autor mencionado –, a falta de precisão do conceito de sustentabilidade evidencia a ausência de um quadro de referência teórico capaz de relacionar sistematicamente as diferentes contribuições dos discursos e campos de conhecimentos específicos. Por outro lado, esta situação reflete a indecisão prevalecente das elites em definir um plano e programa de ação coerentes que aceitem e incorporem as crescentes críticas dirigidas ao modelo de desenvolvimento convencional e ainda dominante<sup>32</sup>.

No entanto e ainda que inexistente ou ao menos não se tenha encontrado estudo jurídico atinente à *família e sustentabilidade* ou à *sustentabilidade da família*, pode-se, pela oportunidade e pedindo licença para transcrever o escrito por Amadeu Epifânio, em

---

32 *Sustentabilidade: uma visão humanística*. Ambiente & sociedade, *print version*. ISSN 1414-753X, Ambient. Soc. n. 5. Campinas: July/Dec. 1999, p. 233. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1414-753X1999000200020>>. O grifado não é do original.

artigo intitulado *Sustentabilidade – consequências de uma continuidade interrompida*<sup>33</sup>, entender quanto à compreensão do sentido que tenha a sustentabilidade, o que segue:

“(…) a primeira palavra que vem à cabeça é continuidade; sustentar algo, alguma coisa ou alguém sugere continuidade e de longo prazo. Sustentabilidade não está voltado apenas para questões ambientais, pois há outras coisas que precisam e necessitam ser sustentados, *como a família, o casamento e o bem-estar dos filhos*. (o grifo não é do original)

Outra coisa que vem à cabeça, ainda em sustentabilidade, é propósito, que em outras palavras significa ‘pano de fundo’, isto é, se o que tiver que ser sustentado não tiver um propósito que dignifique a ação, tenderá a perder motivação e regredir progressivamente à estaca zero.

Relacionamentos são como os pilares de uma família, que ao menor sinal de desarmonia, começam a ruir e enfraquecer toda estrutura sobre os quais está alicerçada. É de conhecimento de todos que mesmo as melhores construções, se não sofrerem manutenção, tenderão a ficar comprometidas. Quero dizer que, se as relações no lar não tiverem continuidade assídua e frequente, nem mesmo os laços filiais e paternos serão suficientes para a *sustentabilidade da família*. (o grifo não é do original)

Filhos crescem dependentes desses laços, por puro instinto e se frustram severamente quando não têm, modificando depreciativamente seu conceito sobre a própria família. Estes conceitos se formam pela média aritmética do convívio familiar e compromete seriamente as relações entre pais e filhos.”

Um pouco à frente, assinala o mesmo autor:

“Vale lembrar que, nestes casos, não bastam apenas promessas, mas principalmente atitudes, e contínuas.”

Ou seja, a *sustentabilidade* familiar, como tal considerada, dá a *continuidade* dos laços entre os integrantes do grupo familiar e, neste espaço, o que de bom nele possa ser produzido, em termos de educação e orientação, principalmente no que diz respeito aos filhos e seu amadurecimento, depende da firme consciência e boa intenção dos pais, quanto à missão que têm e os objetivos a ela correspondentes.

Conforme ainda Amadeu Epifânio, “Manter o equilíbrio entre os cônjuges às vezes não é tarefa fácil, mas devem lembrar que há toda uma estrutura apoiada e dependente da relação (...), onde no topo está o elo mais fraco dessa corrente: Os filhos”.

Com base em tais circunstâncias, afirma:

---

33 Disponível em: <amadeuepifanio.blogspot.com/.../sustentabilidade-consequencias-de-...>. O grifado não é do original.

“Sustentabilidade familiar envolve responsabilidade e cumplicidade, com bem-estar, felicidade e harmonia do grupo, através do diálogo, afeto e respeito mútuo. Viver bem é possível.”

Resulta claro do quanto mencionado nos trechos transcritos, extraídos do texto já aludido, que a *sustentabilidade* depende do *cuidado* que os pais empreguem na educação e formação dos filhos (CC, arts. 1.566, IV, e 1.631 a 1.634) e a maneira como os próprios genitores a sua relação afetiva, em um exercício de consideração e respeito mútuos (CC, arts. 1.511, 1.565 e 1.566, III e V, e art. 1.724, pertinentes a ambas as situações, ou seja, a dos cônjuges e a destes quanto aos filhos), de sorte a ser possível que estes façam o mesmo em relação aos seus pares e prole, se vierem a se unir a outrem.

Afinal e conforme o Talmude, “Quando educamos nosso filhos, estamos educando o filho do nosso filho”.

Ao invocar a *solidariedade* e a *fraternidade* preambularmente, sem olvidar a *pluralidade* e a *ausência de preconceito*, adotando, ademais, a *dignidade da pessoa humana* e a *cidadania* como fundamentos da república, atribuindo à *igualdade a condição de direito e garantia fundamental* e acabando por dedicar à *família a especial proteção do Estado*, pode-se ter como implícita e claramente adotado o *cuidado* pelo constituinte, como princípio que norteou sua atuação e dirigido a orientar os legisladores e aplicadores da CF e das leis.

Com efeito e muito embora se saiba que em relação ao direito positivo se dá sua imediata aplicação aos casos concretos e para a solução dos eventuais descumprimentos do quanto na lei se contém, acabou-se por dar atenção e consideração aos princípios jurídicos, expressos ou implícitos no sistema legal, em especial naquelas hipóteses em que se constatava a não subsunção do fato à norma, com relevo para o direito de família, “(...) em virtude do reiterado desenvolvimento das relações humanas e familiares (...)”, aspecto no tocante a que, “(...) o estudo dos princípios ganhou maior atenção”, na bem lançada assertiva de Roberta Tupinambá<sup>34</sup>.

Efetivamente e segundo essa jurista,

“(...) constatou-se que a aplicação dos princípios seria absolutamente necessária para a resolução de casos mais complexos, notadamente aqueles que envolvessem o Direito Constitucional, pois, por sua fluidez, e afastada a possibilidade de se realizar a subsunção de um princípio a um caso concreto, dada a insuficiência do seu grau de concretização, os princípios permitem o delineamento das indicações sobre as consequências jurídicas de um caso. E vão além. Considerando-se que a

34 *O cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares*, em *O Cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 357/379.

realidade sempre antecede ao direito, a *juridicização de atos e fatos acontece a partir da vida concreta do sujeito*”.

Como decorrência, assumem os princípios, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, “(...) função de otimização do Direito”<sup>35</sup> e constituem, conforme Daniel Sarmento, nos “(...) mandamentos nucleares do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e a integração de todo o setor do ordenamento em que radicam”<sup>36</sup>.

A partir da abertura trazida pela CF de 1988, com as cláusulas liberais nela inseridas e a necessidade de interpretar-se cada uma, frente a princípios outros nela própria inseridos, passaram a doutrina e os pretórios a elaborar trabalho exegético produtor e no qual foi possível aferir os limites exegéticos admissíveis, inclusive tendo-se em conta a principiologia própria ao Direito, segundo o que a vida oferece na realidade cotidiana, de tudo advindo, como lógica consequência, a imperiosidade de soluções não previstas de forma expressa mas passíveis de serem intuídas e concluídas mediante a consideração dos princípios jurídicos gerais e aqueles enunciados no desenho que a arquitetura constitucional apresentou a partir de 1988 e dependia apenas de apreciação tendente a verificar o possível a nessa moldura ter-se como incluído.

Principalmente em aspectos ligados à família e na esteira do quanto asseverado por Rodrigo da Cunha Pereira,

“Atualmente, o Direito gira em torno da pessoa humana concreta e das situações jurídicas, tendo em vista, principalmente, o processo de Constitucionalização do Direito Civil. Em outras palavras, interessa na relação jurídica muito mais o sujeito do que o seu objeto. Este é um imperativo ético que se impõe especialmente com a introdução do discurso psicanalítico da valorização do sujeito (...) Por isso, o sistema de regras tornou-se insuficiente, em face da revolução hermenêutica havida com o *status* que a pessoa humana alcançou, de fundamento da República federativa do Brasil, por força do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988”<sup>37</sup>.

Da insuficiência do sistema regrado, adveio a forte necessidade de serem considerados os princípios aplicáveis, oriundos tanto da ciência jurídica, quanto de outros ramos, com expressivo valor para o da psicologia, em interdisciplinar e indispensável análise das situações imprevistas.

---

35 *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 36.

36 *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*, Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 51. organ. Ricardo Lobo Torres.

37 Princípios (...), cit., p. 24.

## CONCLUSÃO

“Para estar na memória de seus filhos amanhã, você precisa estar na vida deles hoje.” (Ed Jones Smith)

“O futuro da civilização depende da continuidade da existência da família, apesar dos perigos que espreitam e procuram solapar as bases familiares de nossa organização.” (Isaac Mielnik)

7) O que se expôs destina-se a indicar a importância que o *cuidado* assumiu na apreciação da CF e em relação à pessoa e tudo o quanto a ela diga respeito no âmbito familiar, servindo o trato dado aos mandamentos maiores e aos ordinários, bem como aos princípios jurídicos gerais e ao exame da psicologia, como indicação de que tanto doutrina, quanto jurisprudência vêm, de forma implícita ou explícita, dando ao tema o relevo que comporta, em efetivo reconhecimento à *vulnerabilidade* própria aos cidadãos e à família e à preocupação de criar condição de *sustentabilidade mínima* às atuais e próximas gerações.

Disso se torna evidente a ligação que tais circunstâncias apresentam entre si e a importância que assume a consideração que a cada uma se der, com o fito do objetivo maior que é o do respeito à dignidade da pessoa humana, adotada como fundamento da própria república e ao que a ela diga respeito e seja do interesse social e da cidadania.