

A JURISPRUDÊNCIA NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E O ESTADO MÍNIMO

JAHNS, Alexia Emely¹
DE LIMA, Carla Kelli Schons²

RESUMO

O presente ensaio teórico visa compreender a importância da atuação do Estado, pelo Poder Judiciário, na construção do Direito de Família. Com a modernização social, a família também ganhou diversidade, tendo como base de formação o afeto. Nesta senda, o Poder Judiciário vem atuando para reconhecer e proteger estes núcleos distintos, adquirindo inclusão social e jurídica, inclusive na Constituição. Contudo, há de se atentar à intervenção não invasiva na vida privada, pelo princípio da intervenção mínima. Para tanto, demonstra-se necessária uma limitação na atuação estatal, para que não haja preponderância do interesse social sobre o particular no âmbito familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de família, Diversidade familiar, Jurisprudência, Estado mínimo.

1 INTRODUÇÃO

Quando pensamos em direito de família, especialmente no que tange à formação de núcleos familiares, verificamos que para além da família tradicional, com a modernização, hoje também existem formações em muito distintas. Desses novos relacionamentos, muitos tipos são hoje abrangidos e regulamentados pela legislação. No entanto, para que na atualidade haja um olhar voltado às uniões diversificadas, foi necessário que outrora cada caso específico fosse observado e reconhecido, seja pela doutrina, pela jurisprudência e, finalmente, sedimentada por uma norma.

A jurisprudência tem um papel fundamental na construção, reconhecimento e efetivação de direitos, uma vez que legitima casos concretos por meio de decisões legal, doutrinaria e principiologicamente embasadas. Com relação às diversas situações familiares, isto não é diferente.

Nesse sentido, questiona-se como a jurisprudência pode compreender e proteger juridicamente as novas formações familiares que se modificam ao longo do tempo e, partindo desta premissa, buscar-se-á compreender, pelo estudo da doutrina voltada à atividade jurisdicional, a importância da fundamentação nas decisões e como estas podem e vêm contribuindo com a evolução jurídica para legitimar a diversidade das relações.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

¹ Acadêmica do 10º período do curso de Direito do Centro Universitário FAG, e-mail: alexia.jahns@hotmail.com.

² Docente orientadora do curso de Direito do Centro Universitário FAG, e-mail: carlaschons@fag.edu.br

2.1 A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA DIVERSIDADE FAMILIAR

Multedo (2017, p.70) aduz que quando há a necessidade de se tutelar uma situação não abarcada pelo direito positivado, o poder jurisdicional é buscado para reconhecer e legitimar tal liberdade de escolha. Dessa forma, com a complexidade das relações sociais, pondera que acabou-se por “transferir aos juízes e aos tribunais a competência de definir e valorar, pautados nos valores constitucionais, padrão de moralidade que escapa à previsão do legislador”.

O modelo familiar não é mais o de outrora, sedimentado no casamento, o atual elemento fundamental da constituição e caracterização da família é o afeto. Toda a construção de um ideal de família é relativizada pela modernidade, especialmente com a atuação do Poder Judiciário, reconhecendo estas novidades. Exemplo concreto disso, conforme Multedo (2017), são as decisões de Tribunais, como o do Rio Grande do Sul, reconhecendo a juridicidade das uniões homoafetivas desde o ano de 1999. Já em 2013, o Supremo Tribunal Federal vem a reconhecer a igualdade de proteção aos relacionamentos homoafetivos, na ADIn nº 2477/RJ.

Na sequência, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.183.378/RS, ponderou sobre a inexistência de impedimento legal para o casamento homoafetivo. Nesse sentido, com a Constituição de 1988, considera-se a concepção de “uma nova fase do direito e família”, podendo ser constituída de maneiras múltiplas além da heteroafetividade. Deste modo, essa pluralidade é digna de proteção estatal reconhecendo-se o direito do casal homoafetivo em ver-se casado civilmente, com sedimento na dignidade da pessoa e, especialmente, na existência do afeto, já que possuem os mesmos núcleos axiológicos das relações heteroafetivas (BRASIL, 2011).

Com isso, dada a evolução construída pelos julgamentos de tal teor, foi elaborada a Resolução nº 175, do Conselho Nacional de Justiça, para que não houvessem proibições para casamento civil ou conversão de união estável em casamento homoafetivo, efetivando-se tal entendimento. Conforme Multedo (2017, p. 74), “Eis um excelente exemplo de como decisões fundamentadas nos valores constitucionais têm o condão de alterar efetivamente a realidade social e a percepção das pessoas entre o que é socialmente aceitável ou não”.

Para além do casamento homoafetivo, a atuação tem sido presente também em situações como de multiparentalidade e socioafetividade. Welter (2009) traz uma análise aplicada sobre julgamento que discutia a paternidade socioafetiva: na Apelação Cível nº 70018836130, em 2007, foi levantada,

no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a importância da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica. Conforme suscitado pelo Desembargador Claudir Fidélis Faccenda, a filiação é o parentesco, uma relação de direitos e deveres, ao passo que o estado de filiação é o vínculo formado entre o filho e aquele(a) que exerce papel de pai/mãe. “A posse do estado de filho é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade entre as partes” (BRASIL, 2007, p. 9).

Além disso, o desembargador teceu comentários sobre a dignidade da pessoa humana que envolve o direito de conhecimento da paternidade biológica, que não prevalece quando há a posse do estado de filiação, com a paternidade socioafetiva. Nesse sentido, Welter (2009) comenta que a figura do pai pode se materializar em diversas pessoas ou situações para a criança e, independentemente de quem seja, torna-se uma referência para ela e a permite que se encontre e se descubra enquanto sujeito.

Nesta senda, Multedo (2017) observa que as decisões foram ao longo do tempo, reconhecendo essa nova versão de parentalidade, que sequer possuía previsão legal. Contudo, demonstrados a vontade inequívoca de reconhecimento como pai ou mãe, a presença da posse de estado de filho, os laços existentes com a criança, nasce a possibilidade de registro na certidão de nascimento para oficializar esse vínculo.

Foi em 2016, no Recurso Extraordinário nº 898.060, que o Supremo Tribunal Federal admitiu expressamente a possibilidade de legitimação da multiparentalidade, tendo em vista os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança. “Sob a égide da Constituição, caminhamos em direção ao poliformismo familiar, pois vários arranjos são capazes de constituir a família hoje tutelada pelo constituinte: a família instrumental.” (MULTEDO, 2017, p. 87).

Estudando a formação e o reconhecimento da paternidade, Welter (2009, p. 22) conjectura a respeito da compreensão tridimensional, que compreende: a relação do indivíduo consigo mesmo, o relacionamento com a família e a sociedade e a transmissão do mundo genético por gerações. O conceito atual de família já não se coaduna mais ao que era tempo atrás, pois o “ser humano é um todo tridimensional e, ao mesmo tempo, uma parte genética, afetiva e ontológica, tendo à sua disposição todos os direitos e desejos desses três mundos”.

Por fim, Multedo (2017, p. 88) expõe a importância de uma decisão fundamentada para estes casos, além do cuidado necessário para que não se exponha opiniões pessoais. Para a autora, é significativo que, quando o juiz lida com assuntos de moralidade, “abrace uma moralidade laica, despida de valores pessoais ou religiosos”, atividade de difícil execução, já que determinados valores

provenientes de uma cultura dominante são constituidores de um contexto social, em que juiz também está inserido.

Superado o simples método de subsunção do fato à norma, isso “não significa carta branca para o magistrado decidir de acordo com suas concepções pessoais, invocando genericamente algum princípio constitucional que ele acredite amparar a própria e individual versão de justiça”, tendo na argumentação a forma de explicar tal posicionamento (MULTEDO, 2017, p. 89).

Neste impasse, demonstra-se a importância da justificação nas decisões, para assim se alcançar o devido rigor científico e viabilizar um controle externo para questionamentos das sentenças e posterior revisão pelas instâncias superiores. Não apenas isso, é possível compreender os motivos que ensejaram determinado entendimento e escolha pelo juiz, “especialmente se os elementos extrajudiciais foram absorvidos por elementos normativos e se os valores referidos são sociais e culturais, em vez de pessoais” (MULTEDO, 2017, p. 91).

2.2 O ESTADO MÍNIMO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Vieira e Silmann (2020, p.1) aduzem que “A família sempre foi compreendida como um espaço privado por excelência, como aquele local no qual o Estado não podia intervir”. Assim, a proteção que se dá à família não ocorre apenas por ser ela uma instituição social, mas é o meio de tutelar os direitos dos indivíduos que a compõem, especialmente quanto à sua autonomia privada, garantindo o desenvolvimento e escolhas particulares.

Sob o manto do princípio da autonomia privada, é garantida à entidade familiar a liberdade de escolha; ao Estado, resta o devido respeito às formações familiares e a intervenção mínima, apenas quando estritamente necessário, especialmente quando se trata de garantias e ampliação de direitos. Dessa forma, contribui Barbosa (2014, p. 5):

A intervenção do Estado na autonomia dos entes familiares se manifesta principalmente através da criação de leis protetivas dos direitos dos indivíduos considerados pelo legislador como hipossuficientes. Esta intervenção, contudo, deve se ater aos casos em que se afigura verdadeiramente necessária, sob pena de se burocratizar a vida dos cidadãos, impondo-lhes prejuízos morais e materiais que podem vir a suplantiar os benefícios almejados pelo Estado.

No que tange às garantias do núcleo familiar, como já elucidado, as instituições familiares muito se modificaram ao longo dos anos e foram assim reconhecidas pela doutrina e jurisprudência, adquirindo, por fim, proteção legal, a exemplo da união estável no artigo 226, §3º da Carta Magna. Nesse mesmo sentido, Vieira e Silmann (2020, p. 1) destacam que a Constituição reconhece que a família é detentora de uma proteção especial do Estado, como denota-se do caput do artigo 226, enquanto no §7º do mesmo artigo é concedida ao casal a liberdade para o planejamento familiar, cuja decisão não deve sofrer interferência de instituições públicas ou privadas.

Dessa forma cabe ao Estado apenas propiciar os recursos para o efetivo exercício do direito garantido. Cuida-se aqui para que nessa atuação o Estado não venha a exercer uma arbitrariedade no âmbito particular. Barbosa (2020) afirma que a intervenção do Estado não se materializa apenas pela via legislativa, mas também pelo Poder Judiciário. Cita-se como exemplo o Recurso Especial n. 1.159.242/SP, em que um pai foi condenado a indenizar a filha em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) por danos morais por abandono efetivo. Isso configura uma intervenção do Judiciário em deveres que são essencialmente subjetivos, especialmente quando relacionados ao afeto, em que não é papel do Estado a sua imposição.

Em síntese, a intervenção estatal, conforme Barbosa (2014, p. 11), “se manifesta através de políticas públicas governamentais, decisões judiciais e, principalmente, por meio da promulgação de leis protetivas ou repressivas de comportamentos reputados indevidos pelo Estado”. Ressalta-se, porém, que eventuais tutelas exercidas pelo Estado não podem ocorrer no sentido de preponderância do interesse social sobre o particular no âmbito familiar. Diante das modificações e inovações na formação familiar, é de suma importância o reconhecimento e a proteção estatal de todo tipo de família, respeitando-se, contudo, a autonomia das partes e promovendo uma intervenção mínima.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em apertada síntese, foi abordado o processo de transformação do conceito de família moderna ao longo do tempo, sendo a base para isto a existência do afeto. Outrossim, foi debatida a importância da atuação do Estado na proteção e efetivação dos direitos, tendo em vista a dignidade da pessoa.

Nesse diapasão, o papel do Poder Judiciário tornou-se relevante no reconhecimento e garantia dos distintos núcleos familiares, garantindo proteção legal em todos os sentidos. É com

base na doutrina, princípios constitucionais e na própria jurisprudência que a proteção toma forma e se instaura pela via legislativa, por isso a importância da fundamentação nas decisões.

Há de se observar, contudo, que a intervenção do Estado deve se limitar apenas ao necessário, garantindo o exercício de direitos constituídos, pois a invasão na seara pessoal seria um desrespeito à autonomia dos indivíduos e à própria Constituição Federal. Portanto, cabe ao Poder Judiciário o reconhecimento e garantia do exercício das famílias, respeitando as diretrizes constitucionais, enquanto ao poder estatal, é devida a promoção de um Estado mínimo, buscando garantias individuais sem fazer preponderar os interesses públicos no âmbito familiar.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Pedro Henrique Vianna. **A Constitucionalização do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares**. 2014. Artigo científico apresentado para conclusão de Curso (Pós-Graduação Lato Sensu) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2014. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/PedroHenriqueVBarbosa.pdf. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.183.378/RS**. Direito de família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). 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 principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF. Recorrente: K.R.O. e L. P. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 20 de outubro de 2011. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=18810976&tipo=5&nreg=201000366638&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120201&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 19 out. 2021.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. ISBN 978-85-93741-11-1.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Oitava Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70018836130**. Apelação. Investigação de paternidade. Vínculo socioafetivo que se sobrepõe ao vínculo biológico. É absolutamente certo e inquestionável, até admitido pelo autor desde o início da ação, que o pai registral é o verdadeiro pai há quase vinte anos. A paternidade socioafetiva se sobrepõe à paternidade biológica. Negaram provimento. Por maioria. Apelante: F.M.S. Apelados: A.P. R. e N. D. R. Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, 03 de maio de 2007.

VIEIRA, Marcelo de Mello; SILMANN, Marina Carneiro Matos. O princípio da intervenção mínima do estado no direito de família e no direito da criança e do adolescente: notas sobre o caso da adolescente retirada da guarda de sua mãe em virtude de sua participação em um ritual religioso. **Revista Empório do Direito**, São Paulo, 2020. Disponível hem: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-principio-da-intervencao-minima-do-estado-no-direito-de-familia-e-no-direito-da-crianca-e-do-adolescente-notas-sobre-o-caso-da-adolescente-retirada-da-guarda-de-sua-mae-em-virtude-de-sua-participacao-em-um-ritual-religioso>. Acesso em: 05 nov. 2021.

WELTER, Belmiro Pedro. Teoria tridimensional no Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. Decisão comentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 62, p. 9 – 25, nov. 2008 – abr. 2009.