

3.3.3 Notas sobre o reconhecimento do conceito moderno de família na Lei Maria da Penha

Leonardo Barreto Moreira Alves

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)



Leonardo Barreto Moreira Alves

“Família é quem você escolhe pra viver
Família é quem você escolhe pra você
Não precisa ter conta sanguínea
É preciso ter sempre um pouco mais de
sintonia”.
(O Rappa)

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferia o *status familiae*

àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio. Além disso, o modelo único de família era caracterizado como um ente fechado, voltado para si mesmo, em que a felicidade pessoal dos seus integrantes, na maioria das vezes, era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo (“o que Deus uniu o homem não pode separar”) daí porque se proibía o divórcio

e se punia severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial com as sanções de perda da guarda judicial dos filhos, do direito a alimentos e do nome de casado.

Entretanto, os princípios preconizados na Carta Magna provocaram uma profunda alteração do conceito de família até então predominante na legislação civil. Inicialmente, há de se mencionar que o princípio do reconhecimento da união estável (art. 226, parágrafo 3º) e da família monoparental (art. 226, parágrafo 4º) foi responsável pela quebra do monopólio do casamento como único meio legitimador da formação da família.

Destarte, sem dúvida alguma, é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) o principal marco de mudança do paradigma da família. A partir dele, tal ente passa a ser considerado um meio de promoção pessoal dos seus componentes. Por isso, o único requisito para a sua constituição não é mais jurídico e sim fático: **o afeto**.

Nessa esteira, observa-se que a entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica (casamento, união estável e família monoparental) para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas em que permeie o elemento afeto (*affectio familiae*). Em outras palavras, o ordenamento jurídico deverá sempre reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar.

Não obstante a consolidação desse conceito moderno sobre a família, certo é que, no plano infraconstitucional, não se via o seu reconhecimento expresse. Isso, muitas vezes, causava insegurança aos magistrados no julgamento dos casos concretos, principalmente nas lides envolvendo uniões homossexuais (ou homoafetivas, termo mais apropriado para o cenário da atualidade), optando eles, no vazio legislativo, pelo não reconhecimento de qualquer outro tipo de entidade familiar além daquelas 3 (três) já previstas na Constituição Federal.

Ocorre que, muito recentemente, em 07 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.340/2006 (conhecida como Lei Maria da Penha), que, apesar de ter como finalidade primordial a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, acabou trazendo a tão esperada inovação no ordenamento jurídico nacional no seu artigo 5º, especialmente em seu inciso II e parágrafo único:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem

vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (destacou-se)

Note-se que o dispositivo *sub oculis* destaca que é considerada família não apenas a comunidade tida como tal pelo ordenamento jurídico (“comunidade formada por indivíduos que são aparentados”, ou seja, “unidos por laços naturais” e, “por afinidade”), mas também aquela na qual os seus componentes “se consideram aparentados”, ou, em outras palavras, são “unidos por vontade expressa”. Dessa forma, pode-se afirmar que a presente norma consagra, pela primeira vez, no âmbito infraconstitucional, a idéia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros.

Por conta disso, é permitido concluir que esse conceito legal acaba por expressamente reconhecer, no mundo jurídico, a união homossexual (ou homoafetiva). Essa conclusão implica a perda de interesse na aprovação de qualquer projeto de lei que venha a disciplinar essa matéria, pois, na verdade, já há lei tratando expressamente dela. Ademais, afasta-se por completo a incidência da famigerada Súmula n. 380 do STF, visto que as uniões homoafetivas não são sociedades de fato e sim entidades familiares, motivo pelo qual sua apreciação deve se dar sempre na Vara de Família, nunca em uma Vara Cível.

Referências Bibliográficas:

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A constitucionalização do direito de família*. In: JusNavigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001, disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2441>; acesso em 04-01-2003.
- DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- _____. *Manual de Direitos das Famílias*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Violência doméstica e as uniões homoafetivas*. In: JusNavigandi, Teresina, ano 10, n. 1185, 29 set. 2006, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8985>, acesso em 27 out. 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves. *A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida*. In: Revista Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, Argentina, n. 9, set. 2002, disponível em <http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>; acesso em 04-01-2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. In: JusNavigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002, disponível em <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>, acesso em 27 out. 2006.
- MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.