

A PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES COMO MANIFESTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Michel Kleinschmidt¹

Resumo

Este artigo tem por meta dar uma contribuição à comunidade jurídica e acadêmica, com a finalidade de alertar sobre as mudanças por que o direito de família vem passando a partir da Constituição de 1988, principalmente no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesta seara, a despatrimonialização do direito tem sido o fenômeno mais perceptível. A investigação valeu-se do método indutivo. O método de procedimento foi o monográfico. O levantamento de dados foi através da pesquisa documental, tendo como fontes primárias os textos legislativos e como fontes secundárias as informações obtidas em pesquisa bibliográfica. O ramo selecionado foi o direito de família, com ênfase na valorização do afeto como fundamento das relações familiares. O campo de estudo é o jurídico. Tem-se como fundamentos a Constituição Federal e a legislação pertinente, a doutrina e a jurisprudência. Concluir-se-á que a adoção da pluralidade das entidades familiares é uma das mais evidentes manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que uma das formas mais adequadas para a aplicação desse princípio é considerar todo ser humano como um fim em si mesmo e entender que a família é instituição que tem por objetivo o desenvolvimento das aptidões físicas e psíquicas de cada indivíduo e a realização pessoal de seus membros, tendo como principal fundamento o afeto.

Palavras-Chave: Direito civil constitucional. Direito de família. Dignidade da pessoa humana. Pluralidade das entidades familiares. Afeto.

Abstract

This article is aimed at giving a contribution to the legal community and academic, in order to warn about the changes that family law has undergone from the 1988 constitution, especially with regard to principle of human dignity. In this field, the law despatrimonialization has been the most noticeable phenomenon. The research took advantage of the inductive method. The method of procedure was the monograph. Data collection was through documentary research, having as source of primary legal documents, and secondary sources as the information obtained from literature. The branch was selected family law, with emphasis on the valuation of affection as the basis of family relationships. The field of study is the legal. There has been based on the federal constitution and law, doctrine and jurisprudence. It will conclude that the adoption of the plurality of family entities is one of the clearest manifestations of the principle of human dignity, since one of the best ways to implement this principle is to consider every human as an end in itself and understand that family is an institution that aims at the development of physical and mental

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI. Contato: michelibirama@gmail.com

skills of each individual and personal achievement of its members, with the primary foundation affection.

Keywords: Constitutional civil law. Family Law. Human dignity. Plurality of family entities. Affection.

1 INTRODUÇÃO

A constituição de 5 de outubro de 1988 tem forçado os juristas a construírem novas concepções sobre os diversos ramos do direito, sempre baseadas naquilo que ela preceitua. É certo que a Constituição, seja ela escrita ou não, sempre se encontrará no topo do ordenamento jurídico de um país. O que ocorre, no entanto, é que o texto constitucional atual não mais pode ser interpretado como uma mera carta de ideais de um povo, sem qualquer influência prática sobre os diversos ramos do ordenamento jurídico. Exemplo disso é o princípio da dignidade da pessoa humana, exposto no art. 1º, III da Lex Mater. Longe de ser um ideal inatingível, este princípio figura como alicerce do novo ordenamento jurídico que se pretende construir.

Um dos ramos do direito que mais têm sentido a influência desse comando constitucional é, sem dúvida, o direito civil. Sob a égide da Constituição Federal de 1988 e de seus princípios, deixamos de lado o patrimonialismo (muito comum neste milenar ramo do Direito) e passamos a encará-lo como um meio de promoção do ser humano, com todos os direitos que lhe são garantidos pelo simples fato de ser pessoa.

Uma das manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família, que é ramo do direito civil, é a adoção do princípio da pluralidade das entidades familiares, que será objeto deste trabalho. Em um primeiro momento abordaremos questões importantes sobre a dignidade da pessoa humana, pedra fundamental do direito civil constitucional. Tentar-se-á, ao longo destas primeiras páginas, abordar aspectos conceituais e históricos do princípio, sempre considerando-o como base dos direitos fundamentais. Ao passarmos à análise do princípio da pluralidade das entidades familiares, a primeira coisa a ser feita é uma abordagem histórica da família desde o código civil de 1916. Posteriormente, abordaremos algumas questões de extremo relevo que são consequência desse preceito, como as famílias monoparentais e, com especial atenção, as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Este trabalho conta com ampla doutrina e jurisprudência, que têm por finalidade demonstrar o dinamismo que o tema vem ganhando. Tudo isso nos levará à conclusão de que a possibilidade de alguém escolher a forma da sua família é a mais clara manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana e da consideração do ser humano como um fim em si mesmo.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NOVO PARADIGMA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Com o advento da Constituição de 1988, temos visto a dignidade da pessoa humana como sustentáculo do ordenamento jurídico, um novo paradigma a ser seguido por todos aqueles que desejam penetrar o fascinante mundo do Direito. No Direito Civil esta influência

tem sido cada vez mais sentida. Não se admite mais a construção de um direito civil que não esteja atrelado aos princípios constitucionais, surgindo, inclusive, uma corrente denominada direito civil-constitucional, que propõe uma releitura das instituições consagradas neste ramo do direito privado. Nesse sentido, a lição de Farias e Rosendal (2008, p. 46), é de clareza solar:

A expressão Direito Civil Constitucional quer apenas realçar a necessária releitura do Direito Civil, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiologicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), solidariedade social (art. 3, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º).

É evidente, todavia, que não haverá uma supressão dos fundamentos tradicionais do direito civil. A autonomia privada, por exemplo, deve continuar existindo. O que se quer, contudo, é que ela não seja um instrumento pelo qual uma parte, ao celebrar um negócio jurídico, sufoque os direitos da outra. Nesse ponto são precisas as palavras de Farias e Rosendal (2008, p. 50):

Todavia, sem dúvida, já é tempo de reconhecer que a autonomia privada não pode implicar a violação das garantias fundamentais que materializam a própria dignidade humana. Não se pode, pois, tolerar que uma parte venha, através de contratos e negócios em geral, atentar contra as garantias básicas da outra.

No campo do direito constitucional, tem-se sentido a influência cada vez maior da dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos, especialmente a partir da segunda grande guerra. Destaque-se, por oportuno, que a dignidade da pessoa humana não pode mais ser vista tão somente como um instrumento pelo qual o indivíduo se protege das arbitrariedades do Estado; trata-se do sustentáculo de todos os direitos humanos, sejam individuais, sejam sociais. Nesse ponto é válido transcrever as palavras de Canotilho e Moreira (1984, pp.58 e 59, citados por Silva, 2008, p. 77):

“Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-as nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. (sic)

Mas afinal, o que se pode entender por dignidade da pessoa humana? Como esse princípio tem se manifestado ao longo da história? É o que se pretende abordar nos próximos tópicos.

2.1 TENTATIVA CONCEITUAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Embora tenhamos o princípio da dignidade da pessoa humana como novo paradigma do ordenamento jurídico, o seu conceito se traduz numa das tarefas mais tormentosas do direito, uma vez que pode ser encarado sob os mais diferentes aspectos.

Em um primeiro momento, podemos destacar a dimensão ontológico-biológica do princípio sob comento. Segundo Ribeiro Junior (2009):

Dignidade é composta, nessa sede, por algo inerente à condição humana, uma qualidade intrínseca do ser, uma dádiva que lhe é atribuída com a própria existência pela divindade ou natureza. Independe de reconhecimento pelo Direito para existir, tampouco pode ser retirada de seu respectivo titular, apesar de violável.

Vemos aqui alguns traços da corrente jusnaturalista, que considera que todo ser humano, pelo simples fato de ser considerado como tal, possui direitos inalienáveis, que lhe são garantidos antes mesmo de tomar contato com o Estado. Tal dimensão pode ser encontrada no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que dispõe: “Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”.

A leitura do dispositivo nos permite depreender que os países que adotaram a convenção não tinham o objetivo de restringir a dignidade da pessoa humana a um direito inalienável do indivíduo. Esse princípio implica também o dever de agir com espírito de fraternidade em relação aos outros indivíduos. É o que se convencionou chamar de dimensão intersubjetiva ou, como prefere Ingo Wolfgang Sarlet, dimensão comunicativa e relacional do princípio da dignidade da pessoa humana. Sarlet (2008, pp.372/373, citado por Ribeiro Junior, 2009) assim discorre sobre essa dimensão:

É precisamente com base nesta linha argumentativa, visceralmente vinculada à dimensão intersubjetiva (e, portanto, sempre relacional) da dignidade da pessoa humana, que se tem podido sustentar, como alternativa ou mesmo (se assim se preferir) como tese complementar à tese ontológico-biológica, a noção da dignidade como produto do reconhecimento da essencial unicidade de cada pessoa humana e do fato de esta ser credora de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana. Neste sentido, há como afirmar que a dignidade (numa acepção também ontológica, embora definitivamente não biológica) é a qualidade reconhecida como intrínseca à pessoa humana, ou da dignidade como reconhecimento, a teor de uma já expressiva e influente doutrina, que, contudo, aqui não mais poderá ser inventariada e analisada.

Nesse ponto, cabe destacar, por oportuno, a segunda fórmula do imperativo categórico de Kant. Segundo esse princípio, todo ser humano deve ser considerado como um fim em si mesmo, devendo cada um se submeter às restrições aos fins meramente relativos, para que o outro indivíduo não seja utilizado como meio para as realizações pessoais. Nesse sentido, confira-se Kant (1995, p. 66, citado por Weyne, 2007): “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua, como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

Também se pode destacar a dimensão histórico-cultural, segundo a qual a dignidade da pessoa humana é variável no tempo e no espaço e a dimensão protetiva e defensiva, segundo a qual o ser humano é titular de direitos que devem ser protegidos pelo Estado, pelo simples fato de constituírem verdadeiros limites a sua atuação. Dissemos linhas acima, que o conceito de dignidade da pessoa humana é tarefa difícil, que requer a análise de seus mais variados aspectos. Agora que analisamos as dimensões desse princípio, podemos conceituá-lo conforme faz Sarlet (2007, p. 383, citado por Ribeiro Junior, 2009):

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e

promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

2.2 A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA AO LONGO DA HISTÓRIA

O princípio da dignidade da pessoa humana ganhou força a partir do final da segunda guerra mundial, como uma forma de evitar que as atrocidades até então cometidas se repetissem no futuro. Entretanto, uma análise histórica mais aprofundada nos permitiria dizer que esse princípio tem sido defendido desde tempos remotos, juntamente com os demais direitos fundamentais.

Se voltarmos à Idade Antiga veremos que a noção de direitos fundamentais não passava do cunho filosófico, uma vez que nem se sonhava com a possibilidade de limitação do poder do Estado. Alguns traços de direitos fundamentais podem ser encontrados no código de hamurabi, (século XVIII a.C.), no Egito do século XIV a.C, na filosofia de Mêncio (China do século IV a.C), na Grécia do século IV a.C, no Direito Romano, entre outros. No Direito Romano podemos encontrar alguns antecedentes das declarações de direitos humanos como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios, a lei de Valério Públicola que proibia penas corporais contra cidadãos em certas situações, trazendo a figura do Interdicto de *Homine libero exhibendo* (considerado ancestral do *habeas corpus*), etc. É na Idade Média, contudo, que a ideia de limitação do poder do Estado começa a ganhar força, surgindo alguns documentos que concediam direitos e garantias a certos grupos sociais. O mais famoso entre eles foi a Magna Charta Libertatum (1215), outorgada pelo rei João Sem Terra em meio às pressões de bispos e barões ingleses. Acerca desse documento vale destacar as palavras de Ribeiro Junior (2009):

Conquanto não se tratasse de uma carta de liberdades aplicável à generalidade das pessoas, significou conquista ímpar frente à conjuntura da época. Por força de contratos feudais escritos, o rei, como suserano, comprometia-se a respeitar os direitos de seus vassalos. Não se afirmavam direitos "humanos", propriamente, mas direitos de um grupo determinado de pessoas frente ao rei, sem qualquer caráter universalizante.

Para que os direitos humanos passassem realmente a ganhar *status* de universalidade foi preciso um longo período. Essa universalização se deve, principalmente, aos pensadores do direito natural, como John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Tal fenômeno só veio a ser sentido na prática a partir do século XVIII, quando da elaboração de alguns precedentes da jurisprudência inglesa, como o destacado por Herkenhoff (2009 citado por Ribeiro Junior, 2009):

Recorde-se um dos mais belos precedentes da jurisprudência inglesa: a decisão do juiz Mansfield, mandando pôr em liberdade a pessoa de James Sommersett, que se encontrava preso num navio ancorado no rio Tâmsa. Comprado como escravo, ele seria levado como escravo para a Jamaica. Seguindo o voto do juiz Mansfield, a Corte expediu a ordem liberatória, sob o fundamento de que a lei inglesa não tolerava a escravidão no seu território.

Dá a diante assistimos ao surgimento das declarações de direitos, que marcariam as clássicas gerações de direitos fundamentais.

Em um primeiro momento nasciam os direitos e garantias individuais. Esses direitos resultaram de uma intensa luta contra o absolutismo da Idade Média. Os monarcas não seguiam outra lei que não fosse a de fazer o que tinham vontade, sufocando toda a liberdade do povo. Ademais, as corporações de artesãos e o intervencionismo estatal atravancavam o desenvolvimento da Revolução Industrial.

As mais célebres declarações de direitos individuais foram a Declaração do Estado da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Segundo Ferreira Filho (2008, p. 351):

Em todas essas declarações, cujo caráter abstrato é tantas vezes criticado, há a resposta, artigo por artigo, a um abuso do absolutismo. Os americanos, na verdade, nessas declarações buscavam enumerar simplesmente os direitos imemorais que, como cidadãos ingleses, julgavam gozar e que haviam sido postergados pelo monarca. Os franceses também procuravam impedir os abusos mais frequentes. Apenas o seu pendor racionalista – metafísico, diria um inglês – os levou a proclamar princípios eternos e universais.

A mesma Revolução Industrial que impulsionou a formação dos direitos humanos de primeira geração, foi quem originou uma concepção social dos direitos fundamentais.

O desenvolvimento do sistema capitalista, pautado na igualdade de todos perante a lei, além do avanço tecnológico, acabou gerando desigualdades gritantes entre patrões e empregados. Aqueles enriqueciam cada vez mais; estes se viam obrigados a trabalhar por qualquer salário, sem deixar de lado também a questão do trabalho infantil, frequente naquela época. Ademais, surgiu uma intensa crítica ao caráter formal das declarações individuais, devido à grande disparidade entre os direitos positivados e a realidade social. Como exemplo, podemos extrair a seguinte indagação que se faz na obra de Ferreira Filho (2008, p. 353): “De que adianta a liberdade de imprensa para todos aqueles que não têm os meios para fundar, imprimir e distribuir um jornal? - perguntavam esses críticos.”

Sem uma saída aparente, essa população de excluídos teve de pedir socorro ao Estado, que recuperou seu caráter intervencionista, mas agora com uma visão voltada para o bem-estar social. Nasciam assim os direitos sociais.

Aqui podemos encontrar um ponto crucial para delimitar a passagem do estado liberal para o estado social. Nas declarações individualistas do final do século XVIII, percebia-se o objetivo de fazer com que o Estado passasse longe do desenvolvimento econômico e da construção da sociedade. Com os direitos sociais (expostos, sobretudo na Constituição Mexicana de 1917, e a alemã de Weimar, de 1919, o Estado passa a exercer papel significativo na luta contra as desigualdades sociais.

Por fim, surgem os direitos de terceira geração. Garcia (2004), explica o que são tais direitos:

A terceira geração alcança os direitos difusos, que rompem a individualidade do ser humano para abarcar grande parcela do grupamento ou a própria espécie, do que é exemplo o meio ambiente em síntese: são direitos despersonalizados, pertencentes a todos e, simultaneamente, a ninguém em especial.

Verifica-se, portanto, ao longo das três gerações de direitos, a concreção dos ideais da Revolução Francesa. A primeira geração buscava a liberdade acima de tudo, já que a falta dela importava sérios obstáculos ao desenvolvimento do capitalismo. Em um segundo momento,

passou-se a buscar a igualdade. Não a igualdade formal, porque esta já vinha sendo garantida pelas declarações de direitos; mas a igualdade material, a efetividade desse direito. Por fim, a terceira geração busca a fraternidade, ou seja, o direito a uma convivência pacífica de todos os povos num meio ambiente equilibrado.

O cenário que se apresenta atualmente revela que os direitos humanos não são exigíveis apenas do Estado ou da sociedade, pode-se invocá-los em face de estruturas econômicas, organizações internacionais, etc. Chega-se, inclusive, a se falar em uma quarta geração de direitos fundamentais, assim exposta por Tosi (2009, citado por Ribeiro Junior, 2009):

A partir da declaração [de 1948], através de várias conferências, pactos, protocolos internacionais o número de direitos foi se universalizando, multiplicando e diversificando sempre mais. Aos direitos civis e políticos (ou de primeira geração) foram acrescentados os direitos econômicos, sociais e culturais (ou de segunda geração). Em tempos mais recentes, a lista dos direitos incluiu os direitos de terceira geração, que dizem respeito a uma nova ordem internacional: direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e abrem-se perspectivas para direitos de quarta geração (direitos das gerações futuras).

A partir dessas considerações torna-se evidente que os direitos fundamentais não são meras proposições que revelam ideais inatingíveis; são verdadeiros princípios que limitam a atividade do Estado e condicionam as relações sociais ao respeito a cada indivíduo, considerado como sujeito de direitos e obrigações iguais a qualquer membro do grupo social. Não é por outra razão que os direitos fundamentais (e sobretudo a dignidade da pessoa humana) têm ganhado cada vez mais destaque no ordenamento jurídico. Como decorrência desse fenômeno, a Constituição Federal de 1988 adotou a pluralidade das entidades familiares, reconhecendo outras relações fundadas no afeto como relações familiares, numa clara manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana. Vejamos agora as inovações trazidas pelo reconhecimento de outras entidades familiares, que não apenas a secular concepção de família fundada no casamento.

3 A PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES

Para compreendermos a noção de pluralidade das entidades familiares, mister se faz averiguar o tratamento que o Código Civil de 1916 concedia à família. Ao analisarmos a estrutura do código revogado veremos que o direito de família vinha exposto no livro I da parte especial, compreendendo os arts. 180 a 484. Tratava-se de um direito de família fundado no casamento indissolúvel. Qualquer relação familiar que não fosse constituída pelo casamento era tratada como concubinato.

Ao fazermos a leitura dos dispositivos desse diploma legal, veremos desigualdades latentes entre homem e mulher. A começar pelo caput do art. 233, com redação emprestada pela Lei nº. 4.121/62, que dispunha:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). Não bastasse isso, dentre as hipóteses que caracterizavam erro essencial passível de tornar anulável o casamento estava o anterior defloramento da mulher, ignorado pelo marido (art. 219, IV).

Outra questão que tinha relevância no antigo código dizia respeito às diferentes classes de filhos. Havia os filhos legítimos (que se originavam do casamento) e os ilegítimos (havidos de outras relações).

Estes últimos ainda se dividiam em naturais e espúrios. Os primeiros eram aqueles havidos de relações entre homem e mulher que não estivessem impedidos de casar; os segundos advinham de relações entre pessoas que possuíam algum impedimento, subdividindo-se em incestuosos e adúlteros. Os filhos incestuosos ou adúlteros não poderiam ser reconhecidos em nenhuma hipótese, a teor do disposto no art. 358 do CC de 16.

No ano de 1962 foi editado o estatuto da mulher casada (Lei n.º 4.121) que lhe devolveu a plena capacidade civil e permitiu que, ao optar pelo regime dotal, a mulher tivesse alguns bens reservados para si (os chamados bens parafernais). Em 1977 é editada a emenda constitucional n.º 9 que juntamente com a Lei n.º 6.515 passaram a admitir a dissolução do casamento por meio do divórcio.

Eis que chega o ano de 1988, quando é editada nossa atual Constituição, a qual determina diversas mudanças na concepção clássica da família. O primeiro aspecto que pode ser percebido é a afirmação da igualdade entre homens e mulheres. Como exemplo, remeta-se o leitor ao art. 5º caput e inciso I, e art. 226, § 5º. A Constituição afirma tal igualdade à exaustão, a fim de espancar qualquer dúvida a esse respeito. Senão, vejamos:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição. (...). Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) §5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Quanto aos filhos, é vedada qualquer distinção entre os havidos ou não do casamento, os naturais ou por adoção (art. 227, § 6º). A Carta Magna também fez alterações acerca daquilo que se pode entender como família. Vimos que o Código de 16 reconhecia apenas a família que se originava do casamento. Agora é reconhecida como entidade familiar a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (as chamadas famílias monoparentais). Nesse ponto, seja consentido transcrever os parágrafos 3º e 4º do art. 226 da Lex Legum:

Art. 226. (...). § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A leitura desses dispositivos nos permite chegar a uma conclusão: a família é composta de seres humanos e, portanto, está sujeita a diversas mutações. Não se pode mais olvidar que as relações familiares têm como principal fundamento o afeto e o respeito mútuo entre seus membros. Aqui são conclusivas as palavras de Farias e Rosenthal (2008, p. 26):

Funda-se, portanto, a família pós-moderna, em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Estes os referenciais da família contemporânea. Composta por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável na compreensão da família, apresentando-se sob tantas e diversas formas, quantas forem as

possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar amor, afeto. A família, enfim, não traz consigo a pretensão da inalterabilidade conceitual. Ao revés, seus elementos fundantes variam de acordo com os valores e ideais predominantes em cada momento histórico.

O legislador e os tribunais têm tentado canalizar as mudanças por que passa o direito de família. No âmbito legislativo podemos destacar a edição das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, que trazem alguns dispositivos acerca da união estável, bem como o novo código civil (Lei nº 10.406/02). Este trouxe como principais mudanças a igualdade dos cônjuges, o reconhecimento da união estável e a proibição de distinções entre os filhos, não obstante a descuidada redação do inciso III do art. 1.527, que se tornou desnecessária em face dos princípios adotados pela lei maior. Contudo ainda há um silêncio com relação ao biodireito, à inseminação artificial e tantos outros pontos de relevo da engenharia genética. Maria Berenice Dias atribui tal silêncio ao fato de que o novo código vinha tramitando há anos no Congresso Nacional, antes mesmo da entrada em vigor da nossa Lei Magna. Isso fez com que alguns pontos fossem alterados e outros não. A douta Maria Berenice Dias (2008, p.29) aduz:

Assim, o novo código, embora bem-vindo, chegou velho. Por isso, é imprescindível que os lidadores do direito busquem aperfeiçoá-lo: proponham emendas retificativas, realizem quem sabe até verdadeiras cirurgias plásticas, para que adquira o viço que a sociedade merece.

Mais recentemente, foi posta em vigor a Emenda Constitucional nº 66/2010, dando nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, que passou a permitir que o casamento seja dissolvido tão somente pelo divórcio. As consequências disso ainda são imprevisíveis, e nem são alvo deste trabalho. Contudo, pode-se vislumbrar cada vez mais que o casamento perdeu o caráter de instituição sacral, pois se entende que a família, seja ela como for, é o lugar em que o ser humano se sente bem, desenvolve sua personalidade e tem respeitada sua dignidade.

Os tribunais também têm conseguido importantes avanços no que tange à pluralidade das entidades familiares. Aqui vale destacar importante decisão do Superior Tribunal de Justiça citada na obra de Farias e Rosenthal (2008, p. 67):

(...) Se o constituinte buscou proteger à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes considerando-a entidade familiar (art. 226, §4º da CF), afigura-se justo que, no caso em exame, o benefício da impenhorabilidade instituído pela Lei n. 8.009/90 alcance o imóvel em que reside a ex-companheira e os filhos do proprietário desse bem constrito, ainda que este último, por força de acordo firmado na ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, não mais resida no mesmo imóvel. (STJ, Ac. 3ª T., REsp.272.742, rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, DJU 28.5.01,p. 197).

Não obstante tais avanços, ainda há um tema que provoca fortes embates entre juristas e na sociedade civil: a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Estaria esta entidade familiar amparada pela legislação? Ora, se o afeto é o principal fundamento das relações familiares, se a família é o local em que o ser humano desenvolve sua personalidade, se a Constituição adotou o princípio da isonomia e do reconhecimento de outras entidades familiares, a resposta não poderia ser outra: há espaço para as uniões homoafetivas, ainda que nenhuma lei as tenha autorizado expressamente. Farias e Rosenthal (2008, p. 70) afirmam, acertadamente:

Dúvida inexistente de que uma relação contínua e duradoura entre pessoas do mesmo sexo poderá produzir efeitos no âmbito do ordenamento jurídico, seja no âmbito patrimonial, seja na esfera pessoal.

Pois bem, apesar do posicionamento retrógrado de parcela da doutrina brasileira, que teima em inserir as uniões homossexuais no âmbito puramente obrigacional, caracterizando-a como uma mera sociedade de fato – da qual decorreriam efeitos, tão somente, patrimoniais – a matéria exige análise mais cuidadosa, à luz das garantias constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana.

É que, ancorada nos valores constitucionais e caracterizada como uma realidade presente, antecedendo, sucedendo e transcendendo o fenômeno exclusivamente biológico (compreensão setorial), a família ganhou uma dimensão mais ampla, espelhando a busca da realização pessoal de seus membros.

E não para por aí. A análise dos princípios e valores adotados pela Constituição Federal de 88, como a isonomia, a não discriminação, a não tachatividade do rol de entidades familiares, etc., permite colocar o respeito à orientação sexual como direito fundamental, indispensável para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana. Aqui vale a pena transcrever a lição de Bortoluzzi (2002):

É, portanto, diante do princípio constitucional da igualdade, conforme art. 3º, IV; art. 5º, I e art. 7º, XXX, todos do texto constitucional, que se proíbe qualquer desigualdade em razão do sexo, ou melhor, em razão da orientação sexual do ser humano, cuja liberdade nasce da separação psíquica e física entre o ato sexual prazeroso e a função procriativa. Todos seres humanos dispõem, assim, de liberdade de escolha; mas, se recebe, devido à escolha feita por alguém do mesmo sexo, o repúdio social, está sendo discriminado em função de sua orientação sexual, evidenciando-se numa clara discriminação à própria pessoa, em função de sua identidade sexual. Portanto, o direito à opção sexual é um direito que goza de proteção constitucional, em face da vedação de discriminação por motivo de sexo. A garantia do livre exercício da sexualidade relaciona-se com os postulados da liberdade individual, da igualdade social e da solidariedade humana, sendo necessário que as relações homossexuais não sejam excluídas do mundo do Direito, para a possível contraposição à intolerância social, aos preconceitos.

Conclui-se, assim, que a inclusão das relações homossexuais no rol dos direitos humanos fundamentais, (como expressão de um direito subjetivo individual, categorial e difuso), impõe-se não só em face do princípio da isonomia, como também da liberdade de expressão (exercício da liberdade individual), do respeito aos direitos de personalidade, no que diz com a identidade pessoal e a integridade psíquica e física, e da necessidade de segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo). Salienta-se, ainda, o respeito ao princípio da dignidade humana, regra maior da Constituição Federal de 1988, a qual dota os princípios da igualdade e isonomia de potencialidade transformadora na configuração das relações jurídicas, sendo invocáveis como fonte de disciplina destas, quando não existirem normas ordinárias a respeito do fato em consideração.

Os nossos tribunais, quando chamados a se manifestarem sobre o tema, têm firmado entendimentos controversos, embora seja possível notar uma certa tendência a reconhecer que as uniões homoafetivas produzem efeitos ainda que não sejam disciplinadas pela lei.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, tem entendido o reconhecimento de uniões homoafetivas como pedido juridicamente impossível, conforme se extrai do seguinte acórdão encontrado em artigo de Neiva (2009):

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. LEGISLAÇÃO EM VIGOR QUE NÃO AMPARA TAL PRETENSÃO. ART. 226, § 3º, CF, LEI 9.278/96 E ART. 1.723 DO CC. NORMAS QUE EXPRESSAMENTE ESTABELECEM COMO UM DOS REQUISITOS AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL A DIVERSIDADE DE SEXOS. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO. "O relacionamento homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher." (Ap. Cív. n. 2006.016597-1, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira)

A posição do Tribunal de Justiça de Minas Gerais é semelhante:

ENTIDADE FAMILIAR. UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. RECONHECIMENTO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DEPENDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA. PENSÃO POR MORTE. IMPOSSIBILIDADE. - A Constituição da República não considera como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo casuísticas as respectivas definições do art.226. - A consagração do companheirismo como forma de dependência previdenciária atende os princípios da entidade familiar, revelada por união estável, não se admitindo pensão para pessoa do mesmo sexo, em consideração de união homossexual. Ap. Cível. 1.0702.04.182123-3/001. Rel. Ernane Fidelis. Julgamento 29/05/2008.

Já os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e São Paulo têm encarado as uniões homoafetivas como entidades familiares, conforme se pode ver dos acórdãos abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. ACÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. UNIÃO HOMOAFETIVA. RESSARCIMENTO. NECESSIDADE DE PROVA INEQUÍVOCA DE APORTES FINANCEIROS DIRETOS. PEDIDO ALTERADO. UNIÃO ESTÁVEL. DESCABIMENTO. 1. O direito brasileiro não veda a sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, sendo necessário, entretanto, que aquele que busca o ressarcimento sobre possível participação na aquisição do patrimônio amealhado na constância da sociedade fática, demonstre, através de prova inequívoca, sua participação efetiva na construção do patrimônio através de aportes financeiros diretos. 2. Como a autora comprova pagamentos feitos relativamente à aquisição do imóvel, exibindo recibos, é cabível a partilha dos valores pagos. Recurso provido, em parte, por maioria, vencido o Relator. (Apelação Cível Nº 70024543951, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 05/11/2008)

PREVIDÊNCIA SOCIAL – Pensão. A pensão por morte é devida a companheiros de mesmo sexo na constância da união homoafetiva em face do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput, I, CF). – O benefício da pensão por morte deve corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. – Inteligência do art. 40, § 5º, CF. 2. Os juros de mora incidem a partir da citação (art. 405 CC e art. 219 CPC) à razão de 6º ao ano, pois se trata de verba de caráter remuneratório (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. – Precedentes do STF. – Sentença reformada. – Recurso provido. Ap. Cível. 726.939.5/7-00. Apelante: Antônio de Pádua Carneiro. Apelado: IPESP. Rel. Rebouças de Carvalho. Julgamento: 17.12.2008.

No âmbito do legislativo, está em discussão o projeto de Lei nº 2.285/07 (estatuto das famílias) que pretende acabar com qualquer dúvida com relação ao reconhecimento das uniões homoafetivas, conforme se extrai do seu art. 68, mencionado por Neiva (2009):

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável. Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se: I - guarda e convivência com os filhos; II - a adoção de filhos; III - direito previdenciário; IV - direito à herança.

O que resta disso tudo é que se a família é a base da sociedade e essencial para o desenvolvimento das pessoas, nada mais coerente com a dignidade humana do que a não taxatividade do rol das entidades familiares, já que a família do século XXI tem seus fundamentos no afeto e no respeito mútuo entre seus membros.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo o que aqui se expôs mostra que o Direito passa por um processo de transformação que não pode ser ignorado. No comando desse processo está a Constituição Federal, que orienta a atividade do legislador e dos juristas, que nela encontram um manancial inesgotável de princípios que dirigem toda e qualquer ação à valorização do ser humano. Trata-se de um caminho sem volta. Só resta à comunidade jurídica adaptar as consagradas instituições jurídicas aos princípios que emanam da Lei Maior, como a dignidade da pessoa humana.

Dignidade da pessoa humana, como se viu, consiste no complexo de direitos e garantias fundamentais que a pessoa adquire pelo simples fato de ser considerada como tal. Trata-se, em suma, de considerar o ser humano como fim em si mesmo, nunca como um meio para a realização das aspirações de outra pessoa.

Fixadas tais premissas, depreende-se que o direito de família deve estar atento a essas transformações, já que ele estuda o complexo normativo que envolve a família, base da sociedade. E a família se torna cada vez mais um núcleo de desenvolvimento da personalidade humana, encontrando seus fundamentos no afeto e no respeito à dignidade de seus membros.

Por isso, para que haja um efetivo respeito à dignidade da pessoa humana é preciso que o Direito dê amparo às diversas entidades familiares, como as formadas do casamento e da união estável, as famílias monoparentais e as homoafetivas, enfim, permitir que o ser humano faça escolhas de modo a estabelecer relações familiares fundadas no afeto e no amor.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. **Lei n. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil.** Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)> Acesso em: 02. out. 2010.

_____. Código Civil. **Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 02. out. 2010.

_____. **CONSTITUIÇÃO. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988.** Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em: 02. Out. 2010.

BORTOLUZZI, Roger Guardiola. A dignidade da pessoa humana e sua orientação sexual. As relações homoafetivas. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 625, 25 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6494>>. Acesso em: 27 set. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; São Paulo: Fundação Dorina Nowill para Cegos, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris; São Paulo: Fundação Dorina Nowill para Cegos, 2008.

_____. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris; São Paulo: Fundação Dorina Nowill para Cegos, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 34. ed. São Paulo: Saraiva; São Paulo: Fundação Dorina Nowill para Cegos, 2008.

GARCIA, Emerson. **O Direito à Educação e Suas Perspectivas de Efetividade. Teresina: Jus Navigandi, 2004. Disponível em:** <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

NEIVA, Gerivaldo Alves. **A união homoafetiva na jurisprudência .** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2072, 4 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12409>>. Acesso em: 27 set. 2010.

RAMOS, Paulo; RAMOS, Magda Maria; BUSNELLO, Saul José. **Manual prático de metodologia da pesquisa:** artigo, resenha, projeto, TCC, monografia, dissertação e tese. Blumenau: Acadêmica, 2003, 84p.

RIBEIRO JUNIOR, Glaucio Vasconcelos. **Contornos históricos e conceituais do princípio da dignidade da pessoa humana.** Jus Navigandi , Teresina, ano 14, n. 2428, 23 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14392>>. Acesso em: 27. Set. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros; São Paulo: Fundação Dorina Nowill para Cegos, 2008.

WEYNE, Bruno Cunha. **Dignidade da pessoa humana na filosofia moral de Kant .** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1775, 11 maio 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11254>>. Acesso em: 17 ago 2010.