

A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – UMA INSTITUIÇÃO PLURAL E ATENTA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Joyceane Bezerra de Menezes¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Família matrimonial – apenas um modelo; 3 Arranjo natural ou organização cultural?; 4 Família brasileira – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade; 5 A família afetiva e sua função humanizante; 6 Arranjos familiares da vida real: 6.1 A família paralela – o concubinato; 6.2 A família anaparental. 6.3 A família homoafetiva; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo analisa o conceito e a extensão da família objeto da proteção dos Estados, apontada no art. 226 da Constituição Federal/88, abordando a instituição em face do princípio dignidade da pessoa humana, dos direitos de personalidade e de alguns direitos fundamentais. A pesquisa é de cunho bibliográfico e de natureza qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Direitos de personalidade. Pluralidade de arranjos familiares.

ABSTRACT: Analyses the concept and extension of family, as an object of state protection, as described by article 226 of the 1988 Federal Constitution, addressing this institution from a perspective of the principle of human dignity, personal rights and a few fundamental rights. The bibliographic review is of a quantitative nature.

KEYWORDS: Family. Personal rights. Plurality of family arrangements.

1 Introdução

O Estado Brasileiro sempre dedicou importância a esta instituição, muito embora por longo período haja reconhecido apenas a família matrimonial. A Constituição de 1988 não adjetivou a família, mas lhe dedicou tratamento constitucional mais extensivo, vez que expandiu os efeitos jurídicos da família legítima para além da família matrimonial. Mas quais seriam os contornos da família objeto da proteção constitucional? Confinam-se aos modelos citados nos parágrafos do art. 226?

A dignidade da pessoa humana é o epicentro das normas constitucionais, o sustentáculo dos direitos fundamentais e a base dos direitos de personalidade. A pessoa, compreendida na lógica kantiana – como um fim em si mesmo –, dotada de dignidade e não de preço, passa a ser o centro

das instituições e não mera peça de sua composição. Nesta medida, a família é traduzida como uma comunidade de afeto, usando a locução da psicanálise, lócus do desenvolvimento e amparo da pessoa; é uma instituição a serviço da formação e bem-estar da pessoa e não o contrário. O direito de personalidade à autodeterminação ético-existencial do sujeito também não pode ceder a um modelo único de estrutura familiar, haja vista que é permitido ao cidadão o seu próprio planejamento familiar. Não cabe ao Estado dirigir a conduta do cidadão para este ou aquele modelo familiar, pois esta decisão envolve aspectos de sua autonomia ético-existencial.

Sendo o Brasil um estado laico, que consagra o pluralismo, o respeito à diversidade e a autonomia da pessoa, não é coerente que a ordem infraconstitucional estabeleça modelos ideais de família, excluindo outros já existentes no cenário social. Uma vez reconhecida a autonomia da pessoa na formação da sua família e a natureza sócio-cultural desta, o ordenamento jurídico terá de reconhecer-lhes os efeitos apesar dos matizes com as quais se apresentar. Importa destacar o vínculo afetivo e o reconhecimento de pertença dos membros ao grupo por eles designado como *família*.

Para responder o questionamento acima, identificando a extensão do conceito de família na Constituição Brasileira de 1988, partir-se-á da hipótese de que a família possui uma natureza sócio-cultural e de que o tratamento jurídico dispensado pelo legislador brasileiro ao instituto vem transitando da perspectiva da instituição para a perspectiva da pessoa. É exatamente quando o centro da família se firma na pessoa, na figura do membro, que a organização familiar revela a sua função humanizante, cujo motor propulsor é o afeto e a solidariedade. A família promove o desenvolvimento da personalidade dos seus membros e o planejamento familiar é da livre decisão da pessoa. Assim, com ênfase na função humanizante e no afeto, outros modelos de organização familiar poderão ser considerados destinatários da proteção constitucional. A família homoafetiva, a família anaparental e a família concubinária seriam exemplos de modelos familiares que não cabem na moldura jurídica infraconstitucional atualmente existente.

2 Família matrimonial – apenas um modelo

A família corresponde a um núcleo social primário disciplinado constitucionalmente em capítulo específico, no Título da Ordem Social e em alguns dispositivos esparsos. A proteção deferida à família pelo Estado se funda na importância que este grupo social desenvolve na formação psicossocial do indivíduo. É na família que a pessoa recebe as primeiras orientações para a vida coletiva e é neste organismo que os atos de solidariedade e de ajuda mútua acontecem mais recorrentemente. Não sem razão, a família tem deveres constitucionais, como o de assegurar às crianças a sociabilidade, a educação básica e a saúde, bem como o de proteção e cuidado com a pessoa do idoso.

O *caput* do art. 226 dispõe que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Nos parágrafos que se seguem ao *caput*, há referências a modelos específicos de família: os parágrafos primeiro, segundo e sexto, fazem alusão ao casamento; o parágrafo terceiro anuncia o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar e o parágrafo quarto dispõe sobre a família monoparental, formada por um dos pais e seus descendentes. A doutrina civilista mais conservadora defende que apenas estes seriam os modelos de família admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, apenas a família matrimonial tinha o reconhecimento e a proteção do Estado. Embora as demais organizações familiares não tivessem existência jurídica, palpitavam na vida social, sendo alvo da discriminação e da negação da religião e do Estado. No plano social, a organização da família e a sua própria essência sofreram alterações, mantendo, contudo, a sua importância na formação da pessoa. Tratar da família na atualidade com o olhar voltado para família do século XIX conduzirá a conclusões escatológicas não muito animadoras. A família mudou.

O fortalecimento dos direitos fundamentais e, em especial, dos direitos de personalidade, destacou a importância da pessoa humana em face das instituições e no âmbito do ordenamento jurídico estatal. A formação da personalidade, a autodeterminação ético-existencial do indivíduo e a solidariedade entre os membros seriam os principais objetivos da família, o que reflete o seu papel instrumental e não finalístico. À vista disto, tem-se o art. 226, parágrafo sexto, que funda o planejamento familiar na dignidade da pessoa humana; o art. 227, *caput*, atribuindo à família

o dever de assegurar às crianças e aos adolescentes as condições essenciais à formação de sua personalidade e inserção social, dentre outros.

Seguem-se doutrinadores que, a exemplo de Lobo (2002), atribuem à família uma conceituação mais abrangente, em face da interpretação extensiva do *caput* art. 226, *caput*. O próprio Caio Mário (2006, p.39) assevera que “novos tipos de grupamento humano marcado por interesses comuns e pelos cuidados e compromissos mútuos não de ser considerados como novas entidades familiares? a serem tuteladas pelo direito”. Uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição não permitiria o confinamento da idéia de família aos três modelos específicos ali consignados. Especialmente considerando um modelo constitucional firmado na defesa da dignidade da pessoa humana, nos direitos fundamentais, no respeito à pluralidade e à diversidade, que prima pela inclusão.

Lobo (2002, p. 4) entende neste sentido quando afirma que, “no *caput* do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos”.

Para delimitar a extensão da família albergada naquele artigo, há que se compreender o fim social a ela atribuído e ainda a sua natureza complexa, cuja disciplina não se dá somente no campo do direito, mas também na seara da sociologia, da antropologia, da psicologia e da psicanálise. Interessa à ética, à moral, à religião e aos costumes (PEREIRA, 2006, p. 21).

Historicamente, a família sempre teve importância para a estrutura social. Na Antigüidade Grega e Romana, afirmava-se como associação religiosa que celebrava, sob a direção do pai, o culto doméstico. Embora a origem da família não seja creditada à religião, fora esta quem lhe cunhou as principais regras. Por muito tempo, a família caminhou apenas como uma instituição regulada pela religião, de sorte que se confundiam a disciplina da religião e a regulamentação desenvolvida ulteriormente pelo Estado confessional.

A família brasileira no período do Brasil-Império seguia exatamente a disciplina da Igreja Católica Apostólica Romana, religião oficial proclamada pela Constituição Imperial (art. 5º). Assumia o modelo matrimonial, resultante do casamento religioso e uma organização patriarcal. Somente a partir de 1890, por via do Decreto nº.181, de 24 de maio, o casamento passou a ser civil. Mesmo com o advento da República, quando também se instituiu o Estado laico no Brasil, a família prosseguiu com disciplina muito semelhante àquela professada pela Igreja.

Mas as relações familiares mudaram muito nos últimos anos e, certamente, as estruturas luso-brasileiras que delimitavam a disciplina da família não perduraram sem alterações. Uma das principais mutações observadas está relacionada ao resgate da importância da pessoa no contexto do Estado e do próprio ordenamento jurídico e, conseqüentemente, em face das instituições. A família é uma instituição a serviço da formação e bem-estar da pessoa e não o contrário. O direito de personalidade à autodeterminação ético-existencial do sujeito não pode ceder a um modelo único de estrutura familiar.

A Constituição de 1988 foi um marco normativo que possibilitou a ampliação do conceito de família, porém o Código Civil não acompanhou o avanço que o texto constitucional, construindo uma regulamentação presa a um viés ideológico matrimonialista, sem atentar para os demais modelos de família.

Quando o texto constitucional ressalta a proteção do Estado para a família e admite a existência de união estável como entidade familiar, haveria que dedicar a este arranjo familiar proteção equivalente à deferida à família matrimonial. Se no direito previdenciário, no direito do trabalho e no direito tributário é possível ocorrer esta equiparação; o mesmo não ocorreu no direito de família e no direito sucessório, a família matrimonial tem notáveis privilégios. A família homoafetiva sequer foi mencionada e, no entanto, constitui um modelo de família que, no cotejo dos princípios constitucionais, seria justificável.

Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p.19 e 31), fazendo uso de um raciocínio freudiano, adverte que a inscrição normativa do modelo único de família se fazia exatamente em face da existência de um desejo contrário a ele. Também levanta o argumento de Del Vecchio (1972, p. 73), para quem o *torto* é a contraface do Direito; seria desnecessário o Direito se fosse impossível o *torto*. O direito positivo se apresenta como um modelo ideal que tende a se impor. O esforço em negar existência aos demais arranjos familiares não foi suficiente para conter a manifestação concreta dos desejos. Mantiveram-se, na vida real, os outros modelos de organização familiar que, pouco a pouco, foram ganhando destaque na jurisprudência e, até mesmo, ainda que de forma tímida, na legislação.

Isso remete às considerações formuladas por Luiz Edson Fachin (2000, p. 177), analisando as categorias fundantes do Direito Privado, quando explica que as codificações oitocentistas estabelecem molduras para enquadrar as pessoas, as relações e as coisas que receberão dignidade jurídica. Como as molduras não albergam todos os fatos, findam por gerar exclusão e contribuir para a formação de estruturas marginais a essa dimensão ideal. Em síntese,

[...] o direito define o que é fato relevante e, por conseguinte, define quais são as relações jurídicas que deseja disciplinar. Certas relações não são ditas jurídicas porque pertencem ao não-direito: estão na dobra do Direito, não fazem parte do continente, não integram a fotografia que está circunscrita pela moldura (FACHIN, 2000, p.183).

Na medida em que os fatos sociais não contemplados nestas molduras jurídicas se impõem, ganham coloração jurídica, mas isso não ocorre sem um prévio embate com forças ideológicas antagônicas. As alterações no próprio conceito de família exemplificam esse processo. Sendo uma instituição de natureza cultural e não natural, está sujeita às mudanças que o caminhar dos tempos proporcionam.

O formalismo oitocentista do mundo da segurança não é capaz, dada a insuficiência das categorias do direito privado, de assegurar com eficiência a dignidade da pessoa humana. O direito civil perde a unidade sistemática, assentada, *de maneira estável e duradoura*, no Código Civil (TEPEDINO, 2001, p. 10) para receber regramento de outras leis e, principalmente, os influxos dos princípios e regras constitucionais.

3 Arranjo natural ou organização cultural?

Muito se debateu sobre a essência da família – se representa uma associação natural ou associação cultural. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, afirma no artigo 16 que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Os Estados-membros das Nações Unidas, por meio do *Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, de 1966, dispuseram que

[...] deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis, especialmente para sua constituição e enquanto seja responsável pelo cuidado e educação dos filhos a seu cargo [...].

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos assinada em 1969, em São José da Costa Rica, dispunha em seu artigo 17 que a família é o “elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

Do exame dessas principais declarações internacionais, extrai-se o entendimento de que a família é um organismo natural que segue o esteio do padrão institucional da família romana. Estaria este qualificativo pressupondo que a existência da família seria anterior à organização da sociedade civil?

Na visão de Aristóteles, o homem é, antes de tudo, um animal social, tendente à vida em coletividade, cuja raiz seria a vida familiar. Por esta via, mesmo antes do estado civilizatório, utilizando a divisão histórica de Engels (1979, p. 25), já existiam organizações familiares, muito embora firmadas em colorações próprias. Segundo Engels (1979), nas mais variadas tribos, a família se assentava como um grupo natural de indivíduos ligados por elementos biológicos.

Clóvis Beviláqua (1992, p.88-90), estudando as estruturas sociais dos indígenas ainda no despontar do século XX, percebeu a existência e diversidade das organizações familiares em cada

tribo, havendo tribos monogâmicas e outras poligâmicas; aquelas em que se observava um especial rigor nas relações matrimoniais e outras que não estabeleciam muitas proibições. Existiam leis ético-religiosas proibitivas do incesto e da cópula indisciplinada, especialmente com alienígenas que tinham crenças estranhas². Em semelhança com os judeus, havia tribos que toleravam o casamento de irmãos sobreviventes com viúvas de irmão falecido para conservação da geração do morto. Da análise realizada pelo civilista, tem-se que havia arranjos familiares entre as mais diversas comunidades dos indígenas brasileiros, antes da chegada dos portugueses³.

A família se mostra como o primeiro grupo social já presente no estado de natureza, usando a classificação dos contratualistas. Segundo Rousseau (1983, p.23), a família é a mais antiga de todas as sociedades e a única natural.

Seria ainda a família um organismo natural, por se formar a partir da vocação procriadora, dos laços biológicos? O qualificativo natural aplicado à família por Rousseau (1983, p.23) refere-se à idéia de necessidade instintiva dos filhos, sem necessariamente remeter ao vínculo biológico com os pais. Com a independência dos filhos, cessaria a necessidade que justifica a coesão da família como um grupo natural – os filhos ficariam isentos da obediência aos pais, e estes isentos dos cuidados para com os filhos. Permanecendo íntegra mesmo após a independência dos filhos, será muito mais por convenção do que por laços naturais, pois aqui já não haverá necessidade instintiva dos filhos em garantir a sua auto-preservação. Assim, na ótica rousseuniana, a família se mantém por livre decisão dos seus membros, por convenção; é considerada um agrupamento natural pelo fato de sua existência preceder ao Estado.

Lacan, conforme assevera Roudinesco (2003, p.110-111), entende a família como uma organização cultural e não um grupo natural formado por pai, mãe e filhos biológicos. Seria uma estruturação psíquica em que cada membro desenvolve papéis específicos de pai, de mãe e de filhos, embora aqueles não estejam necessariamente ligados entre si pelo matrimônio e tenham com estes o inexorável vínculo biológico. Deste modo, o indivíduo pode ocupar o papel de pai, sem que seja pai biológico ou o papel de mãe, sem que seja mãe biológica.

Roudinesco (2003, p.106), citando estudo desenvolvido por Emile Durkheim, em 1898, mostra uma definição sociológica de parentesco desligada da consangüinidade. Nas comunidades primevas, o nascimento não era o fato capaz de fazer da criança um membro da família; seria preciso o ritual religioso para demarcar a sua inserção no seio familiar. A principal família cristã serve como exemplo: José não era o pai biológico de Jesus, filho de sua noiva Maria, concebido antes do matrimônio. No entanto, por razões religiosas, assumiu a paternidade da criança até que, no seu batismo, fosse divulgada a sua verdadeira paternidade. Mesmo assim, não há dúvida sobre a natureza sócio-afetiva da relação desenvolvida entre José e Jesus.

Disto, conclui-se que a família é muito mais explicável como organismo cultural. Estabelece-se em face do afeto e da solidariedade dos membros que se vêem ligados por laços de compromisso duradouro e é responsável pela humanização dos indivíduos, sendo o grupo básico no processo de tradição cultural.

Sendo um grupo de natureza cultural, está sujeito a mudanças na sua roupagem. Historicamente, as mudanças sociais imprimem uma releitura dos valores e as instituições ganham novas características que, muitas vezes, não cabem na letra morta das leis antigas. Muito menos quando, na época de sua feitura, a lei já não alcançava, por opção ideológica do legislador, a diversidade dos fatos sociais. Deste modo, a família continua cumprindo o papel de grupo fundamental à sociedade, mas a sua estrutura não deve ser estabelecida pelo Estado, e sim pelos cidadãos, no exercício de sua liberdade, da suas relações afetivas e sociais. A família é importantíssima para fomentar o desenvolvimento da personalidade e é em função do respeito a esta personalidade que se defere ao sujeito a liberdade de constituir a sua família, segundo a sua própria escolha (LOBO, 2002, p. 4).

4 Família brasileira – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade

As constituições contemporâneas, assim como o legislador especial, prescindem de uma regulamentação casuística, optando por cláusulas gerais, dotadas de maior longevidade em

face da velocidade com que o mundo atual evolui. O constituinte brasileiro construiu o *caput* do art. 226, reconhecendo à família especial proteção do Estado, sem confinar a instituição em um conceito. Fez referência à família como base da sociedade, mas não estabeleceu a opção por modelos específicos, mesmo citando três deles (a família matrimonial, aquela decorrente de união estável e a monoparental).

Em face da doutrina constitucional dos direitos fundamentais que sobreleva a dignidade da pessoa humana, o Estado não pode admitir apenas um modelo de organização familiar e o direito há que regular os fatos sociais para legitimar a igualdade e a liberdade que têm os sujeitos de organizarem o seu núcleo essencial de afeto e solidariedade. A família assume uma dimensão renovada, eudemonista, firmada na igualdade, na direção diárquica e na não-discriminação (FACHIN, 1999, p. 303/304). Nas lições de Del Vecchio (1972, p. 52), em consequência da mutabilidade dos fatos sociais é que o direito positivo é necessariamente mutável, senão veja-se:

[...] advirta-se também que, como já foi notado pelos pensadores antigos e melhor demonstrado pela ciência moderna, a variabilidade do direito positivo é uma consequência necessária da sua conexão com outros factos sociais. Impossível estudar o direito positivo de certo povo, em certo momento, prescindindo de atender às condições de vida; a gênese e a duração de cada instituto estão vinculadas a determinadas condições. Se estas se modificam, terá o direito positivo de se modificar também. Este, por conseguinte, não é apenas mutável, mas necessariamente mutável: acha-se sujeito à lei da relatividade histórica.

Se a Constituição Federal brasileira não arrolou os modelos de família, não há que punir os indivíduos que se inserem em organismos menos convencionais, considerando viver ali laços familiares. Ainda com Del Vecchio (1972, p. 66), tem-se que o que não é proibido é lícito e não deve ser punido. Se a família homoafetiva não está legalmente prevista, também não há proibição que justifique o seu desconhecimento.

Lembre-se que a dignidade da pessoa humana (CF/88, art.1º, III) é fundamento da República Federativa do Brasil, na condição de princípio constitucional conformador (CANOTILHO, 1992, p. 178), com o tom de refletir a sua ideologia inspiradora. Mesmo a dignidade da pessoa humana não é um valor de conteúdo casuístico, pois implica um conteúdo cambiante, em contínuo processo de construção e desenvolvimento. Está relacionada à capacidade de autodeterminação e de consciência de si mesmo que tem o homem em abstrato, impregnada por uma dimensão cultural que vai sendo construída ao longo do tempo pelas diversas gerações e pela humanidade como um todo (SARLET, 2007, p. 45-47).

A dignidade da pessoa humana funciona como cláusula geral do direito de personalidade. A pessoa é o

[...] bem supremo da nossa ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim. [...] Decorrerá daí igualmente que a estrutura e a acção do poder político e a organização da vida econômica, cultural e social está subordinada ao repetido e ao desenvolvimento da pessoa humana. (RABINDRANATH, 1995, p. 96/97).

Na dicção de Paulo Mota Pinto, lembrado por Vasconcelos (2006, p. 75), o direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem dupla dimensão: a tutela da personalidade como substrato da individualidade e nos seus múltiplos aspectos, e a tutela da liberdade geral de ação.

A liberdade geral de ação implica um direito *prima facie* e uma permissão *prima facie*. Cada um tem o direito a que o Estado não impeça as suas ações e/ou omissões, bem como uma permissão para fazer ou não fazer o que quiser. Qualquer restrição a esta liberdade deve estar assentada em lei e, para isto, deve apresentar razões relevantes e constitucionalmente válidas, assentadas, em geral, no direito de terceiros ou no interesse coletivo.

Partindo dessas premissas, o direito geral de personalidade não permite influência do Estado na vida afetiva do indivíduo, tampouco na sua opção sexual, devendo ser-lhe assegurado o direito de constituir família com pessoa do mesmo ou do sexo oposto; a procriação natural ou assistida; o direito à adoção, ou mesmo o direito de não ter filhos, etc. A proteção da personalidade do indivíduo pressupõe a liberdade para o seu desenvolvimento segundo a mundividência própria, o seu projeto de vida, as suas possibilidades, constituindo um *status negativus* que se materializa na defesa contra imposições ou proibições violadoras da liberdade geral de ação (VASCONCELOS, 2006, p. 75).

A família não pode estar alheia a esta perspectiva plural, voltada para a realização da dignidade da pessoa humana a partir do afeto, do amor e da solidariedade. Na percepção de Lobo (2002, p.5), o objeto da norma constitucional não é a família em si, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram, mas o bem-estar dos seus membros e a realização da pessoa.

5 A família afetiva e sua função humanizante

Procurando oferecer uma definição operacional da vida familiar que dê conta desse vasto leque de possibilidades de arranjos familiares, a antropóloga Cláudia Fonseca (2005, p. 4-5) opta por falar em dinâmicas e relações familiares, em vez de modelo ou unidade familiar, definindo laço familiar como “uma relação marcada pela identificação estreita e duradoura entre determinadas pessoas que reconhecem entre elas certos direitos e obrigações mútuos”. Segundo ela, essa identificação pode ter

[...] origem em fatos alheios à vontade da pessoa (laços biológicos, territoriais), em alianças conscientes e desejadas (casamento, compadrio, adoção) ou em atividades realizadas em comum (compartilhar o cuidado de uma criança ou de um ancião, por exemplo).

Semy Glans (2005, p. 30) traz um conceito bastante plural para a família contemporânea. Na sua dicção, família

[...] pode ser conceituada como um conjunto, formado por um ou mais indivíduos, ligados por laços biológicos ou sociopsicológicos, em geral morando sob o mesmo teto, e mantendo ou não a mesma residência (família nuclear). Pode ser formada por duas pessoas, casadas ou em união livre, de sexo diverso ou não, com ou sem filhos; um dos pais com um ou mais filhos (família monoparental); uma pessoa morando só, solteira, viúva, separada ou divorciada ou mesmo casada e com residência diversa daquela de seu cônjuge (família unipessoal); pessoas ligadas pela relação de parentesco ou afinidade (ascendentes, descendentes e colaterais, estes até o quarto grau, no Brasil, mas de fato podendo estender-se).

A família atual é centrada no conceito de dignidade humana; corresponde a uma instituição repersonalizada e despatrimonializada que se despe de uma jurisprudência de interesses patrimoniais para atentar para os valores existenciais que privilegiam a pessoa humana (PERLINGIERI, 1997, p. 30).

A psicanálise legou especial contribuição para a eclosão dos novos modelos de parentalidade no seio da família cuja essência deixa de ser a figura do pai e passa a ser o afeto (ROUDINESCO, 2003, p. 93-94). Na medida em que se deu o enfraquecimento das crenças religiosas, dos poderes autocráticos e monárquicos, facilitou o processo de emancipação das mulheres, dos filhos e mais adiante dos homossexuais e o enfraquecimento da família patriarcal patrimonialista.

A discussão em torno do complexo de Édipo leva a reengenharia da nova organização da família, originária da própria sociedade civil, que repousa em três fenômenos marcantes:

[...] a revolução da afetividade, que exige cada vez mais que o casamento burguês seja associado ao sentimento amoroso e ao desabrochar da sexualidade feminina e masculina; o lugar preponderante concedido ao filho, que tem como efeito maternalizar a célula familiar; a prática sistemática de uma contracepção espontânea, que dissocia o desejo sexual da procriação, dando origem a uma organização mais individual da família. (Roudinesco, 2003, p. 96).

O foco na filiação se estabelece não no sentido de renovar a procriação como pressuposto da família, mas no sentido de apostar no desenvolvimento da personalidade dos filhos, na medida em que se optem por tê-los. Antes de patriarcal, a família é hoje *filhocentrista*. Observem-se, por exemplo, os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil, relativamente ao exercício do poder familiar e a guarda, orientados para o melhor interesse da criança e não dos seus pais. Por outro lado, também admite a família sem filhos, vez que o planejamento familiar é da livre decisão do casal (CF/88, art. 226, 7ºo.). E ainda a família monoparental, formada por apenas um dos pais e seus descendentes.

A perspectiva plural da família é destacada na *Conferência Mundial de População e Desenvolvimento* (Cairo, 1994), que dedicou todo um capítulo de seu Plano de Ação à “Família, seus Papéis, Direitos, Composição e Estrutura”. Ratificou a importância da família e enfatizou a diversidade cultural de

suas diferentes composições nos seguintes termos: “Embora sejam várias as formas de família a existirem nos diferentes sistemas sociais, culturais, legais e políticos, a família é a unidade básica da sociedade e, como tal, tem o direito de receber total apoio e proteção.”

A ampliação do conceito de família nos documentos internacionais é fruto da teoria dos direitos humanos firmada na pessoa. A família matrimonial perde o foco e ganha proteção toda as organizações familiares, cujo fim seja a humanização da pessoa.

Se a dignidade da pessoa humana é o centro axiológico de toda a ordem constitucional e condiciona a aplicação do direito positivo vigente, público ou privado, a pessoa humana é considerada “valor-fonte fundamental do Direito”, adquirindo primazia sobre o Estado (SARMENTO, 2006, p.86-87) e, conseqüentemente, sobre as instituições.

6 Arranjos familiares da vida real

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em pesquisa anual intitulada Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD)⁴, revela a pluralidade dos arranjos familiares no Brasil. Dentre os modelos citados na pesquisa, apresentam-se:

→ O modelo matrimonial;

com filhos biológicos;

com filhos biológicos e filhos adotivos;

com filhos adotivos;

sem filhos.

→ A união estável heterossexual:

com filhos biológicos;

com filhos biológicos e adotivos;

com apenas filhos adotivos;

sem filhos.

→ A família monoparental:

pai ou mãe e descendentes biológicos;

pai ou mãe e descendentes biológicos e adotivos;

pai ou mãe e apenas filhos adotivos.

→ A união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe, a exemplo do grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais.

→ Pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica.

→ Uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual.

→ Uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos conviventes, com ou sem filhos.

→ Comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.

A família matrimonial, a união estável e a família monoparental já têm previsão constitucional expressa, sendo dispensável o comentário neste artigo. Passa-se a uma breve análise das famílias originárias de relações paralelas ao casamento ou à união estável; às famílias anaparentais e às famílias homoafetivas.

6.1 Família paralela - concubinato

A família originária do concubinato não tem guarida na lei, em função do princípio da monogamia que não permite a tutela de uniões paralelas. Configura concubinato a relação não-eventual entre homem e mulher impedidos de casar (art.1.727, CC/2002). Entende-se, porém, que nas hipóteses em que um ou ambos os concubinos estiverem de boa fé, por desconhecerem o impedimento, haverá a possibilidade de considerar-se aqui uma espécie de união estável putativa, por analogia ao casamento putativo (art.1.561, Parágrafos 1º. e 2º. CC/2002).

Relativamente àquela relação concubinária em que os membros conhecem o impedimento também não se lhe podem negar alguns efeitos. Os filhos advindos desta relação têm reconhecida dignidade e proteção, vez que não há classificação ou discriminação entre filhos. Porém, o amealhamento comum de patrimônio não poderia ser desconsiderado, para efeito de partilha, sob pena de gerar o enriquecimento ilícito de um deles (DIAS, 2006, p. 160). A alternativa encontrada pelo STJ é no sentido de equiparar o concubinato à sociedade de fato⁵. Mas esta solução teima em compreender as relações jurídicas a partir das molduras estabelecidas, das quais mencionava Fachin (2000). Se há afeto, solidariedade e esta convivência com *animus* próprio de família, por que não se entender que ali também existe uma organização familiar? Ainda que para merecer tratamento pelas varas de família?

6.2 Família anaparental

Constitui uma realidade presente na sociedade brasileira, trata-se de um grupo familiar composto apenas por irmãos ou mesmo outros parentes em linha colateral, sem a presença de nenhum dos ascendentes. A exemplo da família monoparental, o elo de solidariedade que liga as pessoas que convivem sob o mesmo teto é absolutamente desprovido de conteúdo sexual. Mas aqui há partilha de energia para a consecução de objetivos comuns, há ajuda mútua, divisão de alegrias e sofrimentos. É também uma comunidade de afeto que não pode ser desconsiderada pelo mundo do Direito.

6.3 Família homoafetiva

Como resultado de opção sexual diversa daquela que o casamento ou mesmo a união estável pressupõe, muitas famílias brasileiras são compostas pela união entre duas pessoas de um mesmo sexo. O direito fundamental à liberdade autoriza a pessoa a assumir uma postura sexual diversa daquela natureza biológica que possui. A par de critérios religiosos ou ideológicos incidentes sobre o tema, não há como se negar o direito à opção sexual no contexto constitucional brasileiro. Além do direito geral de liberdade (art.5º, II, CF/88), o cidadão tem o direito geral de personalidade que lhe resguarda o livre desenvolvimento de sua personalidade. Assim, as decisões de natureza ético-existenciais são tomadas no campo de sua absoluta individualidade (OLIVEIRA, 2002, p. 118-119). Cabe ao indivíduo avaliar se exercerá a sua sexualidade de modo a interessar-se pelo sexo oposto ou por pessoas do mesmo sexo seu. Guersi (2005, p. 90) entende que corresponde a um direito personalíssimo o exercício da sexualidade, e até mesmo a decisão sobre manutenção ou mutação do próprio órgão sexual⁶.

A legislação brasileira nada dispõe sobre a homossexualidade, seja permitindo-a, seja estabelecendo punições. Em face do princípio da dignidade da pessoa humana, que também resulta no direito geral de personalidade; em face da proibição de qualquer discriminação, não há como negar a tutela à liberdade de orientação sexual. Feito isto, caberia admitir a união homoafetiva como um modelo de família a merecer a tutela do Estado nos moldes do art. 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988?

Considerando que o legislador constituinte não adjetivou a família digna da tutela da proteção estatal e ainda tendo em vista uma interpretação sistemática do texto constitucional que adota a dignidade da pessoa humana como princípio fundante, entende-se pela admissibilidade constitucional da família homoafetiva. Inobstante, não há como se confundir a união homoafetiva com o casamento ou com a união estável. Estes últimos institutos têm suas características firmadas pela Constituição e pela Lei. Demandaria um tratamento legal próprio, sem a necessidade de Emenda Constitucional.

O planejamento familiar é um direito fundamental de todos. Considerando a família uma instituição cultural, em constante mutação, o direito não poderia fechar os olhos aos novos arranjos familiares. Conflitos gerados no âmbito das uniões homoafetivas já chegaram aos tribunais e, em sua maioria, quando se aborda o tema *partilha de bens*, recebe o tratamento análogo ao das sociedades de fato, em semelhança ao que se fizera com o *concubinato* nos anos sessenta.

A temática, contudo, tem avançado e já se tem discussões encorpadas no campo das varas de família. No Estado do Ceará, já se tem notícia de três processos de reconhecimento de união homoafetiva tramitando nas varas de família. Não houve ainda decisão final, mas as ações foram recebidas sem remessa às varas cíveis.

7 Conclusão

O epicentro da Constituição de 1988 é a dignidade da pessoa humana, substrato essencial dos direitos fundamentais. Desta forma, a pessoa ganha notável destaque na atuação do Estado e na conformação das instituições, em geral. A família, instituição secular de forte matiz religiosa, assume feição laica e função instrumental em face do desenvolvimento da pessoa. Deixa de ter um fim em si mesmo, para se conformar como instituição de apoio e amparo à pessoa de seus membros, garantindo-lhe o livre desenvolvimento da personalidade.

A família migra de uma estrutura fechada para delinear-se como comunidade de afeto, evitando adjetivações e exclusões, de modo a comportar-se numa dimensão plural. O texto constitucional, sem adjetivar a família, apenas garante-lhe proteção do Estado, por reconhecer a sua natureza cultural e a sua importância no desenvolvimento da personalidade da pessoa e na proteção do idoso.

Considerando o foco do direito de família na pessoa humana, bem como a indiscutível incidência dos direitos fundamentais, especialmente, os direitos de personalidade, a todos também é deferido o livre planejamento familiar. Não se pode, portanto, pretender uma interpretação restritiva da família mencionada na Constituição, aos modelos previstos nos parágrafos do art. 226. A família é uma experiência cultural, vivida pelos atores da sociedade. E, segundo as experiências da sociedade brasileira, a família contemporânea apresenta uma pluralidade de modelos, o que envolve a família anaparental, homoafetiva e até mesmo a família originária do concubinato.

Referências

- ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando A. (Coord. Geral). SOUZA, Laura de Mello e. (Organizadora). **História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, v. 1, p. 83-154.
- BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica. In: NOVAIS, Fernando A. (Coord. geral). SCHWARCZ, Lilia Moritz (Org.). **História da vida privada no Brasil: contrastes da intimidade contemporânea**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 411-438.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FONSECA, Cláudia. Concepções de família e práticas de intervenção: uma contribuição antropológica. Disponível em: <http://apsp.org.br/saudesociedade/XIV_2/artigo%204_revista%2014.2.pdf>. Acesso em: 24. jan. 2007.
- GLANS, Semy. **A família mutante**. Sociologia e direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstruídas. Novas uniões depois da separação. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.
- GUERSI, Carlos A. **Análisis socioeconómico de los derechos personalísimos**. Buenos Aires: Cátedra Jurídica, 2005.

- LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 maio 2007.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade e a solução do dissentimento**. Ensaio sobre um caso de constitucionalização do direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**. Uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. TELLES, André (Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Série Os Pensadores.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SOUSA, Rabindranath A. V. Capelo de. **O Direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.1-22.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.
- VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. BRANDÃO, Antonio José. (Trad.). Coimbra: Coimbra, 1972. v. II.

Notas

- ¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora Adjunta da Universidade de Fortaleza, no Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado). Professora adjunta da Universidade Federal do Ceará. **E-mail**: joyceane@unifor.br.
- ² As lendas indígenas *Mani e Yara* são emblemáticas em apresentar conseqüências negativas à cópula das virgens com homens estranhos.
- ³ Haja vista a narrativa de Pero Vaz de Caminha.
- ⁴ <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/default.shtm>.
- ⁵ Concubinato – sociedade de fato – Direito das obrigações. Segundo entendimento pretoriano, a sociedade de fato entre concubinos, para as conseqüências jurídicas que lhe decorram das relações obrigacionais, é irrelevante o casamento de qualquer deles, sobretudo porque a censurabilidade do adultério não pode justificar que se locuplete com o esforço alheio exatamente aquele que o pratica.” Recurso não reconhecido (STJ, 4º. T. Resp. 229.069/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 26.04.2005).
- ⁶ “Así como asumir el sexo asignado por los órganos genitales es un derecho personalísimo, también lo es su mutación (cuando asume la mayoría de edad) y, precisamente, comprende el derecho de obtener una nueva identidad sexual (coincidente también com el derecho sobre el propio cuerpo, etc.)”.

Recebido em: 02/2008

Aprovado em: 03/2008

Aprovado para publicação em: 03/2008