



A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA: REFLEXÕES SOBRE O CASAMENTO HOMOAFETIVO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

*Luciana Costa Poli**
*Leonardo Macedo Poli***

Resumo

O trabalho faz uma releitura do Direito de Família, sob a ótica da principiologia constitucional, desenhando a família como *locus* primeiro de promoção da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da cidadania. O estudo do tema demonstrará que a família não cabe em molduras estanques. O modelo de família atual é aquele em que impera a preocupação com a felicidade individual de seus membros e a plena realização da pessoa, com vistas à promoção da dignidade, vértice de todo o ordenamento constitucional. O trabalho abordará a evolução da família ao longo da história e analisará alguns princípios que informam a família contemporânea. Embora a legislação não trate de todas as entidades familiares possíveis, isto não implica, como veremos neste trabalho, ilegitimidade destas entidades; ao contrário sua legitimidade se assentará nos princípios e valores constitucionais. Nesse contexto, analisaremos a dinamicidade que permeia a formação familiar e dá força ao fato social, demonstrando que o conceito fechado de família é forma de controle nuclear da sociedade, razão pela qual defendemos que o Estado Democrático de Direito deve reconhecer a família como fato social, organismo aberto, mutante e maleável, razão pela qual o casamento homoafetivo deve ser admitido.

Palavras-chave

Direito de família. Princípios constitucionais. Família contemporânea. Casamento homoafetivo.

Resumen

El trabajo aporta una nueva interpretación del Derecho de Familia, los principios constitucionales, en el dibujo de la primera familia como lugar de promoción de la dignidad humana, la igualdad y la ciudadanía. El estudio de este tema demuestra que la familia no se ajusta a la imposición de modelos estancos. El modelo de familia actual es aquello en lo que se refieren a la felicidad individual de sus miembros y el cumplimiento del individuo con el fin de promover la dignidad, la culminación de todo el orden constitucional. Los trabajos se referirán a la evolución

* Advogada. Doutora em Direito Privado pela PUCMINAS. Professora na Escola Superior Dom Helder Câmara e na Faculdade Estácio de Sá. Coordenadora do curso de Direito de Família no CAD – Centro de Atualização em Direito.

** Advogado. Doutor em Direito Civil pela UFMG. Professor na UFMG, PUCMINAS e Universidade FUMEC. Coordenador do Programa de pós-graduação em Direito da PUCMINAS.

de la familia a lo largo de la historia y considerarán algunos principios que informan la formación de la familia contemporánea. Aunque la legislación no se ocupe de todas las entidades en familia, esto no implica, como veremos en este trabajo, la ilegitimidad de estas entidades, a diferencia de su legitimidad se basa en principios y valores constitucionales. En este contexto, el análisis dinámico que impregna el entorno familiar y da fuerza a la realidad social que muestra que el concepto estrecho de la familia es una forma de control nuclear de la sociedad, razón por la cual se argumenta que el Estado democrático debe reconocer la familia como un hecho social, un cuerpo abierto, cambiante y maleable, razón por la cual el matrimonio homosexual debe ser admitido.

Palabras clave

Derecho de familia. Principios constitucionales. Familia contemporánea. Matrimonio homosexual.

1. CONCEITO DE FAMÍLIA

Não é possível considerarmos apenas uma forma natural ou universal de família. Ao contrário, o estudo histórico demonstra que a família pode assumir contornos múltiplos. Em distintas épocas e civilizações, existiram agrupamentos de pessoas, constituindo grupos ou famílias, sob diversas formas e direcionadas a diferentes finalidades, conforme os costumes, as ideologias e as crenças de cada tempo.

Afirma Pereira¹ que, em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Se adotarmos conceito amplo, a família está relacionada a um conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, compreendendo os ascendentes, os descendentes e os colaterais do cônjuge, ou seja, os parentes afins.

Numa concepção sociológica considera-se família as pessoas que vivem sob o mesmo teto e sob a autoridade de um titular, conceito que coincide com a posição do *pater-familias* do Direito Romano. Nas palavras de Ulpiano, família era o grupo plural de pessoas que, pela natureza ou pelo Direito, vive sob o poder de outra.²

Belluscio³ afirma que, tradicionalmente, há três conceitos distintos de família:

a) família em sentido amplo (como parentesco): conjunto de pessoas entre as quais há uma relação de parentesco;

b) família em sentido estrito: agrupamento formado pelo pai e/ou mãe e seus filhos;

¹ PEREIRA, Caio Mario. Instituições de Direito Civil. Pág. 19.

² VENOSA, Sílvio de Sálvio. Direito Civil

³ BELLUSCIO, César Augusto, Manual de Derecho de familia, 6 ed., Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 5.

c) família em sentido intermediário: grupo social de pessoas, unidas pelo afeto, que se ajudam mutuamente, dividem suas economias e as tarefas domésticas.

Todos esses sentidos são importantes. Na verdade, não há realmente um só conceito de família. De todo modo, o que há de comum em todo conceito de família é a convivência pautada pelo princípio da solidariedade em função da afetividade representada por laços emocionais conjuntos, seja entre cônjuges ou companheiros, entre pais e filhos ou entre parentes, quaisquer que sejam.

A família deve ser encarada como a comunidade de vida material e afetiva entre seus integrantes, união de esforços para o desenvolvimento de atividades materiais e sociais, convivência que promova mútua companhia, apoio moral e psicológico, na busca do melhor desenvolvimento pessoal de seus membros.

A idéia de família baseada na possibilidade de procriação e assistência à prole está ultrapassada. A família que se busca promover é aquela comprometida com uma união estável, voluntária e de cooperativismo, que cumpra a função de promover e proteger seus integrantes, enfim, um organismo solidário.

Sobre o tema, importantes os ensinamentos de Gama para o qual o conceito de família compreende a comunhão de vida e de interesses, a satisfação do amor recíproco, “aquela *affectio maritalis* que as núpcias romanas destacavam como fator psíquico da vida em comum e sustentáculo da substância do casamento”.⁴

A existência da família é essencial ao processo de desenvolvimento psíquico do indivíduo.⁵ Ela é um complexo espaço relacional e afetivo, é o *locus* primeiro de transmissão de cultura, embora a evolução da cultura, de geração a geração, transforme e reconstrua a própria família.

Na constituição de família, está implícito o desejo dos indivíduos de compartilharem a mesma vida, dividindo as tristezas e alegrias, os fracassos e os sucessos, a pobreza e a riqueza, enfim, formarem um novo organismo distinto de sua individualidade.⁶ Segundo Tepedino, para que se possa de-

⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo, uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 157.

⁵ LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo*. Tradução Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002. p.78

⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo, uma espécie de família*, p. 158.

nominar um grupo de pessoas de família, faz-se necessária a presença de, ao menos, dois requisitos: (i) afetividade e (ii) estabilidade.⁷

No mesmo sentido, Lobo, para o qual qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade, é uma entidade familiar merecedora da proteção conferida pelo art. 226 da CF.⁸

Certo é que o vocábulo família remete-nos à idéia de refúgio, de acolhimento, de alento, de proteção e, sobretudo, de amor. É a família a principal referência do indivíduo na sociedade, é a noção primeira do sentimento de “pertencença”, vital para o desenvolvimento da realização da pessoa humana.

A família oferece ao indivíduo um bem estar que noutra parte ele dificilmente encontra, é um asilo de paz e de conforto que o alenta nos conflitos sociais, intelectuais e psicológicos da vida e, ainda que, em alguns períodos da história, sob a forte influência de fenômenos sociais, a família tenha sido seriamente ameaçada, por gerar absurdas obrigações morais e econômicas, ela triunfou.⁹

Como assevera Hironaka, mudam os costumes, os homens, a sociedade; apenas uma verdade não se altera: a necessidade do indivíduo de estar inserido no seio de uma família, uma aspiração insubstituível por qualquer outra forma de convivência social.¹⁰

O conceito de família hoje decorre do seguinte: promoção do indivíduo, desnecessidade de casamento. Em todos os lares em que houver pessoas ligadas, seja por laços de sangue ou não, mas unidas pelo afeto, no plano de concretização das aspirações de cada uma delas e daquele núcleo como um todo, concatenadas e organizadas econômico e psicologicamente, haverá uma família.

2. A REALIZAÇÃO DA FAMÍLIA PELOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Tradicionalmente, como anota Lorenzetti,¹¹ os direitos fundamentais referem-se a bens individuais, como a liberdade, a vida etc., característicos da pessoa. Não obstante, paulatinamente, os bens coletivos, tais como o meio

⁷ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 341.

⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IV: Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Anais ...* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 505.

⁹ COGLIOLO, Pietro. *Lições de filosofia e de direito privado*. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004. p. 213.

¹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, 1999.

¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, p. 304.

ambiente, o patrimônio e, sobretudo, a família, vêm obtendo proteção através dos direitos fundamentais.¹²

As transformações contundentes na estrutura sócio-jurídica do Direito de Família foram tantas, que estas passaram a ser entendidos como direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.¹³

A realidade social revela, além da já consagrada união estável heterossexual, a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, unidos pelo afeto, pelo sentimento comum de pertencerem a um núcleo familiar, que prestam ajuda mútua emocional e financeira, constroem patrimônio e revelam notoriamente ao público a natureza familiar desta relação.

Além disso, como já anotamos neste trabalho, o afeto sexual entre os indivíduos não é elemento essencial para a caracterização da família, permitindo que outros pequenos núcleos possam gozar deste título, com irmãos, ou os filhos com um dos pais.

Ainda que exista um vácuo normativo que regulamente tais relações afetivas, tal vácuo não deve ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente. E mais, como dissemos no tópico anterior, a ausência de tipicidade não implica ilegitimidade destas relações.

Os propalados princípios das socialidade e eticidade do Código Civil impõem a harmonização de fontes normativas, indispensável à efetividade destes e dos próprios princípios e valores constitucionais. Certo é que o ordenamento deverá ser orientado a partir da principiologia constitucional, especialmente no Direito de Família, em que a evolução extraordinária dos fatos choca-se com a apatia do legislador.

Neste contexto, a incidência direta dos princípios constitucionais no Direito de Família, em especial a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), a solidariedade social, (art. 3, III) e a igualdade substancial devem levar o intérprete a reavaliar e a redimensionar as situações jurídicas existenciais.

A família, como já tivemos a oportunidade de dizer, torna-se *locus* para a comunhão plena de vida, ou seja, comunhão de afeto, afirmação da dignidade da pessoa humana, funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade, da integridade psíquica, da liberdade, e da não discriminação e ainda para a promoção do melhor interesse da criança e do adolescente.

¹² A Declaração dos Direitos Humanos prescreve no art. 16.3 a proteção da família e o art. 12 reconhece o direito a constituir uma família.

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. I, 1999. p. 13.

É o momento de reconstrução das categorias do Direito de Família, e mais, da reconstrução da própria família, cujas estruturas, outrora entendidas como definitivas, começam a ruir.

A Constituição da República consagrou definitivamente o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, garantindo ainda os direitos fundamentais. Estes princípios, jungidos ao exercício pleno da cidadania, garantido pelo Estado Democrático de Direito formam o epicentro da nova axiologia constitucional: a promoção e realização espiritual, social e econômica da pessoa humana,¹⁴ abolindo definitivamente qualquer forma de discriminação entre os indivíduos, e, por consequência, legitimando as entidades familiares atípicas.

O arcabouço constitucional contemporâneo tem-se mostrado cada vez mais amplo, na medida em que o ideal normativo codificado parece enfraquecer-se. Apesar do alcance normativo dos códigos, estes instrumentos não se mostram suficientes para alcançar todas as relações jurídicas, razão pela qual a busca contínua em enlaçar um diálogo entre o Código Civil e a Constituição da República, no intuito de alcançar princípios comuns, que possam equilibrar os direitos fundamentais, as regras institucionais e os valores codificados.¹⁵

Dessa forma, a Constituição da República ganhou novo *status*, na medida em que passou a ser valorizada também por sua influência nas relações jurídico-civis. Todavia, há quem defenda que ela sustente apenas normas programáticas, incapazes de modificar, *per se*, o conteúdo substancial e impor normas precisas de Direito.¹⁶ Em sentido diametralmente oposto, há autores¹⁷ que entendem que suas disposições de conteúdo civilista são de aplicação imediata no âmbito privado.

Não obstante essa discussão, o que importa é que a relevância da Constituição da República, como matriz dos direitos e garantias fundamentais, é indiscutível, assim como a importância quase sublime dada à dignidade da pessoa humana.

Para Silva,¹⁸ enquanto “signo fundamental da democracia”, a igualdade tem sido reconhecida nas Constituições apenas em seu sentido jurídico

¹⁴ FIUZA, César. Formas alternativas de solução de conflitos. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (Coords.). *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 119-125.

¹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado* Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 250.

¹⁶ VILLELA, João Baptista. Sobre a igualdade de direitos entre homens e mulheres. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, p. 43.

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *op cit.* p. 252.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 208.

formal, ou seja, enquanto “igualdade perante a lei”, como estampado no art. 5º, *caput* da nossa Carta Magna: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Mas admite o autor que busca-se uma igualdade jurídica, que possa embasar a “realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver”.

Assim, parece-nos assumir o autor, que busca-se não apenas a supressão das diferenças naturais, mas das sociais e econômicas. Na esteira deste entendimento, Ferreira Filho,¹⁹ ao tratar das “desigualdades constitucionais”, entende que estão vedadas as diferenciações arbitrárias, não havendo violação ao princípio da igualdade se constatadas exigências determinadas por “critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação”.

A consolidar este raciocínio, lembre-se Perlingieri²⁰, para o qual as discrepâncias nas condições sociais e econômicas ensejam formas diversas de tratamento, já que a igualdade de tratamento justifica-se pela “lógica da justiça retributiva”, enquanto a pretendida isonomia prevista na constituição persegue a realização da equivalente dignidade social, em prestígio à liberdade e à cidadania para colimar na justiça social.

Cumpra esclarecer que os constitucionalistas, a exemplo de Silva, diferenciam igualdade formal de igualdade material, sendo a primeira o equivalente à justiça formal que corresponde a um princípio de ação, segundo o qual “seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”.²¹ Por seu turno, a igualdade material indicaria o que se deva buscar universalmente.

Observa Perlingieri que a igualdade material prevista no §1º do art.3º da Constituição Italiana enuncia uma “revolução praticamente realizada”, enquanto a igualdade material, prevista no §2º, expressa uma “revolução prometida”.²²

Salienta o autor que é tarefa da República afastar obstáculos de ordem social ou econômica, inibidores da liberdade e igualdade dos cidadãos, que possam impedir o desenvolvimento pleno da pessoa humana e a efetiva participação de todos na organização política do país. Assim, prossegue Perlingieri, a igualdade formal seria ineficaz sem o contorno substancial, o que remete à conclusão de que deva haver uma relação conjunta entre as “duas formas de igualdade” previstas constitucionalmente.

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 243.

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. ob. cit. p. 98.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 208.

²² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 44.

Se a Carta Magna formalizou imperativamente a igualdade como base de sustentação normativa, caberá à codificação harmonizar as normas e princípios instituídos constitucionalmente. Dessa forma, a existência de posições antinômicas na legislação deve ser suprimida. Reconhecemos que o Código Civil preocupou-se em equilibrar certos parâmetros igualitários, ao reconhecer, por exemplo, direitos aos companheiros ou afastando o nefasto tratamento dado aos filhos advindos fora do casamento, mas revela ainda antinomias.

2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Com bem assinala Tepedino,²³ a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, configura uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, e implica em não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior.

Neste diapasão, podemos entender que a negativa do Estado de reconhecer as entidades familiares atípicas, atente contra os princípios e valores constitucionais proclamados pelo Estado Democrático de Direito, ao violar os direitos fundamentais dos indivíduos de auto-determinar a própria vida, e, por conseqüência, ousamos dizer, acarreta danos aos integrantes destas entidades que deveriam ser ressarcidos pelo Estado.

A injusta violação a uma situação subjetiva extrapatrimonial protegida pelo ordenamento jurídico através de uma cláusula geral de tutela prevista na Constituição Federal implica caracterização de dano extrapatrimonial.²⁴

Realinhando o foco, a lição de Azevedo, para o qual a dignidade da pessoa humana serve como propulsão à intangibilidade da vida humana, dela defluindo como consectários naturais o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a admissão de pressupostos materiais mínimos para que se possa viver dignamente e o respeito às condições fundamentais de liberdade e igualdade.²⁵

Assim, ao indivíduo deve se garantir a vida humana em toda sua amplitude, de forma integral e prioritária, com respeito às escolhas individuais e às formas de concretização da entidade familiar que melhor lhe convier. Não

²³ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 349.

²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 87.

²⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 9, p. 12-21, jan./mar. 2002. p.67.

há mais espaço para o encerramento do núcleo familiar no casamento, na união estável e na família mono-parental.

Dessa forma, a promoção da dignidade humana há de ser efetivada não somente no âmbito individual, íntimo, mas deve ser garantida socialmente, no exercício da autonomia privada, prestigiando-se a autodeterminação, a liberdade de escolha na constituição, manutenção, extinção e comunhão de vida instituída pelo indivíduo no seio do núcleo que este define como família.

Ao tratar do casamento, o próprio Código Civil estabelece, no art. 1.513, que é defeso a qualquer pessoa, de Direito Público ou Privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

A dignidade da pessoa humana compreende a autodeterminação consciente e responsável da própria vida, que se realizará plenamente pelo respeito destas escolhas por parte do Estado e pela comunidade.²⁶ Afinal, cada pessoa constitui-se mediante decisão própria²⁷, eis o caráter dinâmico e construtivo da personalidade. A dignidade construir-se-á mediante a tutela do desenvolvimento da personalidade, o respeito a escolhas peculiares e até exclusivas de coordenar a própria existência.

Este reconhecimento da liberdade individual como único meio propício à autêntica estruturação pessoal, sem imposições externas, é que garantirá o livre desenvolvimento da personalidade. A defesa da dignidade pressupõe o respeito ao livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade para o seu desenvolvimento segundo o próprio projeto pessoal, situação e possibilidade,²⁸ independentemente de vinculação a um determinado modelo ou *standard*, atribuído valorativamente por outrem, em especial, sob o manto da intervenção estatal.

Nesse sentido, dignidade é liberdade e autonomia do indivíduo na eleição de seus objetivos e suas respectivas ações, inadmissão de imposição de modelos estanques e arquétipos predeterminados, sobretudo na constituição familiar.

Para Lobo, a garantia de realização do afeto e da dignidade nas relações de família é imprescindível para a adequação do Direito à realidade.²⁹

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

²⁷ PINTO. Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal – Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra Editora, 1999, p. 157.

²⁸ PINTO. Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal – Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra Editora, 1999, p. 166.

²⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, 2004. p. 151-152.

Todavia, a realização concreta do valor da pessoa humana não depende apenas do Direito, este deverá trazer instrumentos para a efetividade da dignidade, que, todavia se afirmará, quando se consolidar nos corações e mentes de cada um uma ética altruísta³⁰ e sensível às diferenças entre os indivíduos e à determinação de sua vida.

A norma jurídica não se limita a obrigar; também faculta, atribui um âmbito de atividades autônomas a um ou mais sujeitos, legitimando pretensões ou exigibilidades,³¹ ou, em outras palavras, a interferência do Estado na vida privada não há de ser apenas restritiva, deve ser vista como necessária para a promoção de liberdades, para a promoção da dignidade.

2.2. Princípio do livre desenvolvimento da pessoa humana

A concepção de família que pretendemos privilegiar no presente trabalho é a de família que exerce função protetiva e promocional em favor de seus membros. Nesse sentido, é a família espaço hábil a fomentar o livre desenvolvimento da pessoa humana, oferecendo a seus membros um refúgio de construção pessoal e intersubjetiva.

Para que de fato a família seja reduto seguro a privilegiar o constante “construir-se” de cada indivíduo, há buscar preservar as individualidades de cada membro. Reconhecer que cada pessoa é titular de liberdade implica compreender cada pessoa como uma singularidade, um ser idêntico apenas a si mesmo e, nessa medida, merecedor de cuidado peculiar,³² um ser situado em circunstâncias incomuns, particulares à sua existência que é única.

Reconhecemos, assim, que cada pessoa, na realidade, não se encontra plena, ao contrário, a existência humana é pautada por um constante pulsar que nos indica que a personalidade não pode se esgotar na idéia de aptidão para ser titular de direito e deveres. A personalidade pode, assim, ser aferida como conjunto de características inerentes ao ser humano, que leva à sua individualização e, por isso, merecedora de tutela jurídica.³³

A pessoa, acentuam Barbosa e Rodrigues Junior,³⁴ não é um ser, mas um tornar-se, é constantemente construída, uma busca perene, diante de sua incompletude. Nesse processo, continua o autor, apreende fatores sociais, identifica necessidades e busca satisfazê-las. Esse freqüente ciclo reforça a dinamicidade própria da personalidade. Assim, cada pessoa há de constituir-

³⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

³¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 211.

³² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 180.

³³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2003, p.124.

³⁴ BARBOSA, Renata de Almeida; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Lumen Juris. Rio de Janeiro 2010. p. 98.

se segundo decisão própria. Por conseguinte, a formação social consubstanciada na família terá valor constitucional se atender à função de livre desenvolvimento da pessoa.³⁵

Nesse compasso, a maneira mais genuína de proteger o ser humano é tutelar o desenvolvimento de sua personalidade. Corolário bem próximo da idéia de dignidade, a considerar a proteção da diferença de individualidade essencial a natureza humana.³⁶

Esse processo de estruturação pessoal será autêntico, se passar pelo mecanismo de escolhas próprias, formas exclusivas e peculiares de coordenar os diversos fatores da existência, quando se garante a cada um o direito a seu “vir a ser”, reconhece-se a liberdade.

A proteção da personalidade pressupõe a liberdade para o seu desenvolvimento segundo seu próprio projeto, de acordo com a situação e possibilidade, independente de qualquer modelo, vinculado a uma visão particular de mundo. Liberdade, como diz Bobbio,³⁷ pode ser autodeterminação, possibilidade de agir sem obstrução, bem como liberdade de não agir, sem que seja exigido o contrario.

A regra há de ser a liberdade, justificando interferências externas, estatais apenas quando fundamentadas na garantia de iguais liberdades a outras pessoas. Fala-se em presunção a favor da liberdade, só podendo-se admitir restrições devidamente fundamentadas numa interpretação de preceitos fundamentais. Lógica válida para a ação humana na constituição familiar; a liberdade de eleição de determinado comportamento é fundamental, pois apenas ao interessado cabe o juízo sobre a forma de vida em comunhão que tenha escolhido.^{38 39}

2.3. Princípio da pluralidade de entidades familiares

Neste trabalho, apresentamos o conceito de família, como sugestivo de várias concretizações possíveis. Se o conceito de família ultrapassou a formação constituída com o intuito procriativo e realização de interesses patrimoniais e religiosos, para um refúgio eudemonista, certamente não se restringe a uma estrutura única ou singular. Isso é fato, a família assume diferentes

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. ob cit. p 43.

³⁶ PINTO, Paulo Mota Pinto. O Direito Ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. In Portugal- Brasil. Ano 2000, *Boletim da Faculdade de Coimbra*: Coimbra Editora, 1999, p. 157.

³⁷ BOBBIO, Norberto. Liberdade e igualdade. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 1998, p. 49-51.

³⁸ PINTO, Paulo Mota Pinto. ob cit. p. 202.

³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. Ob cit.p. 203.

feições, daí os autores já falarem em famílias, ou Direito das Famílias,⁴⁰ como dissemos, impropriamente. Nesse sentido Almeida⁴¹:

“Com efeito, nas últimas décadas acentuadas transformações sócio-culturais têm assombrado o conceito de família tradicional das sociedades ocidentais e conduzido à emergência do conceito de novas formas de família.”

A novidade não está no fato social, a multiplicidade de famílias não é realidade atual, é fenômeno que tornou-se mais visível, em especial com a evolução da sociedade brasileira e com a laicização do Estado. A novidade é a recepção pelo ordenamento jurídico de formas outras de família que não aquela fundada no casamento. Nesse sentido, já assentamos o reconhecimento expresso na CF/88, além do casamento, da união estável e da família monoparental, tendo o texto constitucional indubitavelmente conferido *status* jurídico a estas entidades.

No entanto, ainda que louvável a recepção expressa na CF/88 destas famílias, sua inclusão no texto constitucional ensejou o entendimento equivocado, como já analisamos neste trabalho, que as famílias se encerrariam no tríplice modelo: casamento, união estável e família monoparental.

Como vimos, a CF/88 pretendeu inaugurar uma nova seara de proteção à família, a refletir seu conceito contemporâneo: comunidade estável e solidária de pessoas, reconhecida socialmente como organismo familiar. Qualquer outra interpretação que inflija limitação da proteção jurídica a outras entidades familiares que não as descritas textualmente na Constituição é leviana e equivocada. O fundamento da tutela é o próprio conceito de família.⁴²

Toda e qualquer estrutura familiar merece proteção jurídico-constitucional, já que cada forma familiar tem sua própria relevância jurídica e desempenha seu papel funcional de possibilitar o desenvolvimento da pessoa.⁴³

As disposições normativas em Direito de Família devem ser lidas à luz de uma interpretação que considere o verdadeiro significado do conceito de família hoje, família como instrumento devotado à tutela existencial das pessoas.

⁴⁰ BARBOSA, Renata de Almeida; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Lumen Juris. Rio de Janeiro 2010. p.32.

⁴¹ ALMEIDA, Suzana. *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem: a tutela da novas formas de família*. Coimbra. Coimbra Editora. 2008. p. 15.

⁴² BARBOSA, Renata de Almeida; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Lumen Juris. Rio de Janeiro 2010. p. 52

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. ob cit. p. 244.

Moldar rigidamente o texto normativo atribuindo-lhe conteúdos herméticos trará uma constante inadequação entre a norma e a realidade. O elenco normativo não traz uma definição de família, seu conteúdo deve ser interpretado consoante os contornos sócio-culturais de cada povo. Impõe-se ao aplicador do direito indagar se sobre determinadas pessoas ou grupos de pessoas em circunstâncias particulares deve ser considerado ou não como núcleo familiar, que realidade deverá ele subsumir à previsão família, quais os sujeitos titulares dos enumerados direitos subjetivos.⁴⁴ Neste sentido, conclui Almeida:

“Tal tarefa hermenêutica e conseqüente delimitação do conceito de família não se afigura fácil, na medida em que o modo como se organizam as estruturas familiares nas varias sociedades é so-bejamente diverso. Por outro lado, a dificuldade interpretativa acentua-se se tivermos em conta as profundas mutações sociais e de costume que se tem verificado com diferentes níveis de intensidade nos diversos países, as quais o interprete não pode ficar indiferente.”

Configurando-se o direito como uma realidade viva, como um “construir-se” constante, deverá ajustar-se permanentemente as mutações sociais. Assim, ao interprete impõe-se realizar uma interpretação que se coadune com os princípios sobre os quais repousam o sistema jurídico que se queira implantar, afastando qualquer análise valorativa e eventualmente retirando do seu próprio enunciado lingüístico a proteção dessa nova realidade social.

Ao analisar a proteção ao respeito pela vida privada e familiar pela Corte Européia de Direitos Humanos, escreve Barreto⁴⁵ que a interpretação há de ser “auscultadora do pulsar da sociedade européia”, devendo colocar debaixo do escudo protetor da Convenção Européia dos Direitos Humanos as novas estruturas familiares que vão se esboçando e salientando na sociedade européia.

Por isso, insistimos que o art. 226, §§ 3º e 4º da CF/88 é meramente exemplificativo e, mais, é clausula inclusive na qual podem inserir-se constelações familiares.

2.4. Princípio da solidariedade

A Constituição (art. 3º, I) elenca a solidariedade como um dos objetivos da República. O solidarismo é suscetível de diversas interpretações, o que

⁴⁴ ALMEIDA, Suzana. *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem: a tutela da novas formas de família*. Coimbra. Coimbra Editora. 2008. pág. 15

⁴⁵ BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada: Comentários à jurisprudência do novo tribunal Europeu dos direitos do homem*. Coimbra. Coimbra Editora. 2005. p. 17. In: <www.echr.coe.int>. Acesso em 4.10.2010.

revela a oportunidade de verificar qual o significado que se pretende adotar no presente trabalho.

Pode-se falar em solidariedade em relação a comunidades intermédias dos membros da família, em relação à família ou em relação a um grupo intermédio com outro maior, como o Estado.⁴⁶

Falar em solidariedade nos moldes ora propostos é privilegiar a auto-gestão com base no solidarismo. Trata-se de organizar-se no seio da família de modo eficiente de modo a garantir iguais liberdades e igual dignidade a cada um de seus membros. Neste aspecto, mostra-se em maior amplitude abrangendo não apenas prestígio à fraternidade entre os indivíduos membros da mesma comunidade familiar. Nesta macroperspectiva, a solidariedade permeia todo o tecido familiar e impõe responsabilidade a seus integrantes, uns perante os outros.

A noção de solidariedade revela-se, assim, próxima à idéia de igualdade, pois revela a idéia de que cada um tem direito ao respeito inerente às suas qualidades individuais, únicas, respeitadas as pretensões de cada indivíduo de exercer as próprias aptidões pessoais. A tutela do indivíduo, porém, não se deve orientar apenas para a promoção de seus interesses particulares, a demonstrar preponderância aos seus interesses exclusivos, como ser isolado da comunidade em que vive. Nesse sentido, a tutela das diferenças individuais há de considerar o indivíduo pertencente a uma comunidade familiar que, também pelo solidarismo, deve ser merecedora de igual tutela.

O indivíduo realizar-se-á no grupo familiar em que atua, desde que este grupo funcione organicamente para a promoção de cada um de seus membros e funcione também pautada a promover a si próprio. A idéia de solidariedade funciona, assim, como lei de atração entre cada um dos indivíduos em favor dos outros, ao mesmo tempo em que todos trabalham para promover e prestigiar o núcleo familiar.

A solidariedade é ínsita ao cooperativismo: ações coordenadas dos membros da família que projetam no núcleo familiar seus anseios e expectativas de realização pessoal, que serão alcançados, desde que todos trabalhem em prol de si mesmos, em prol do outro e em prol da comunidade familiar. A solidariedade e a igualdade são aspectos de um mesmo valor que o legislador se propõe a atuar: o pleno e livre desenvolvimento da pessoa.⁴⁷

A formação familiar, através do exercício da autonomia, ao aprovar, homologar ou repudiar atos e atividades de seus membros reciprocamente considerados, garantirá, se voltada ao espírito solidarista e cooperativo, o

⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. ob cit p. 36.

⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. Ob cit. p. 41.

respeito à dignidade das pessoas que dela fazem parte, de maneira que se possa consentir a efetiva realização de suas vicissitudes.⁴⁸

2.5. Princípio da intimidade/não interferência na comunhão de vida instituída pela família

Arendt⁴⁹ escreve que o pleno desenvolvimento da vida no lar e na família, como espaço interior e privado, deve-se ao extraordinário senso político do povo romano, que ao contrário dos gregos, jamais sacrificou o privado em benefício do público, mas compreendeu que estas duas esferas somente poderiam subsistir sob a forma de coexistência. Alerta que o direito à vida íntima e de viver na sombra e na penumbra consistem em direitos da personalidade. Conclui que é válido, portanto, manter fora do alcance do público o que diz respeito à intimidade das pessoas, ao seu modo de ser na vida particular.

O Código Civil garante o direito à comunhão plena de vida, que deve traduzir-se como garantia à entidade familiar de livre determinação das regras dispostas por seus membros para vigência entre si, para que esta entidade funcione de modo cooperativo, transparecendo a característica comunitária da família que a distingue de mero ajuntamento de pessoas.

A comunhão plena de vida, como cláusula geral que é, tem a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico e albergar as escolhas individuais, tanto na constituição do núcleo familiar, como em sua dinâmica diária. Certo é que a opção dos indivíduos por uma entidade familiar homoafetiva, formada por laços de cooperação, não deveria estar sujeita a quaisquer diferenciações, porque reflete tão-somente a eleição de uma comunhão plena de vida da forma como lhes convém.

A privacidade do grupo familiar em relação à ingerência de terceiros, sejam sujeitos particulares ou públicos, apresenta-se como uma manifestação de respeito que denota o reconhecimento da importância constitucional dada à formação social familiar, bem como privilegia a dignidade das pessoas que dela fazem parte.⁵⁰

2.6. A dinamicidade da família

A família é autoconstrutiva, reconstrói-se e recompõe-se de muitos modos e maneiras, nos mais diversos territórios, de acordo com as peculiaridades do momento histórico em que se concebe e a ebulição social do mo-

⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. Ob cit. p. 40.

⁴⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.p. 68.

⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. Ob cit. pág. 183.

mento. A família não é fato jurídico, é fato social. Ao ordenamento jurídico cabe apenas reconhecê-la como tal e não impor-lhe os contornos. Nesse sentido vale lembrar Puleo,⁵¹ para quem a família é instituição pré-jurídica, porque surge antes e independente de seu reconhecimento pelo Estado, mais ainda é uma expressão direta da natureza de cada sociedade.

O postulado do Estado Democrático de Direito pressupõe o respeito à liberdade de autodeterminação da dignidade do indivíduo. Com isso, não se pretende dizer que o Estado deverá se abster de todo e qualquer tipo de controle. O Estado é o ente controlador da liberdade individual. O que defendemos aqui é a observância de limites a este controle para que a atividade do Estado não se revista de caráter autoritário a impedir a evolução da sociedade.

Isto porque a imposição de valores⁵² e conseqüente restrição à liberdade do indivíduo é técnica de controle social do Estado autocrático. O conceito fechado de família é forma de controle nucleativo da sociedade, razão pela qual defendemos que o Estado Democrático de Direito deva reconhecer a família como fato social, organismo aberto, mutante e maleável, cujos delineamentos se constroem constantemente no decorrer do tempo, da história e da transformação dos costumes.

O reconhecimento da força normativa da família, enquanto fato social, é fundamental à consolidação do Estado, que se intitula plural. Dessa forma, o conceito jurídico de família também deve ser aberto e não previamente fixado pelo sistema. Importa ao Direito reconhecer a normatividade dos núcleos familiares que surgem na sociedade, em vez de relegá-los a uma posição de marginalidade jurídica.

Torna-se, portanto, imperativo ao Estado o reconhecimento da entidade familiar de fato, uma vez que a família não se define simplesmente com um elenco legislativo de elementos, mas como existência fática de nucleação social, baseada na cooperação mútua, com a finalidade de promover a dignidade de seus membros. Em suma, não é o Estado que deverá ditar o que é família. Sua tarefa é reconhecer a nucleação que tem por finalidade a cooperação e a promoção de seus membros.

Este horizonte permitirá que a dignidade na família não seja vista como um valor meramente imposto e perpetuado pelo Estado e, por conse-

⁵¹ PULEO, Salvatore. *Concetto di famiglia e rivelanza della famiglia naturale*. Rivista di Diritto Civile, n. 1, p. 381, 1979. Tradução livre.

⁵² Criticamos a concepção axiológica do Direito. No entanto, não estamos a afirmar que as normas não possam conter valores, mas sua força vinculante não deve decorrer do valor que contenham, apenas do fato se serem normas. As normas não se reduzem a revelar quem somos, mas devem estabelecer um projeto para a nossa própria sociedade.

qüência, restritivo, permitirá que a dignidade na família seja concebida como o objetivo e fim da entidade familiar.

A intervenção estatal não pode ser justificada apenas pelo controle estatal, a intervenção pode e deve ser promocional. O conceito de intervenção estatal no Direito Privado brasileiro ainda é um conceito de raízes autocráticas, que justifica a restrição da liberdade individual, mas negligencia a promoção da dignidade humana.

Cabe-nos questionar: deve o Estado Democrático de Direito sufocar o fato social? Se o Estado Democrático de Direito é inclusivo, diante de uma entidade familiar atípica é-lhe defeso adotar uma atitude excludente. Ao revés, sua atitude deve se revelar inclusiva, a fim de acolher a entidade familiar atípica e dar-lhe juridicidade, em vez de negar-lhe existência jurídica.

Ao conferir juridicidade à entidade familiar atípica, automaticamente o Estado lhe dará limites, mas estes não podem ser tais a ponto de negar-lhe existência.

O art. 226 da Constituição, ao elencar as formas de família, ainda que não seja compreendido como *numerus clausus*, representa um avanço incompleto, porque não reconhece expressamente a existência jurídica das entidades familiares atípicas e, portanto, não reflete a realidade social ou as famílias de fato. Ainda assim, não podemos nos olvidar que a CF/88 é um conjunto harmônico, principalmente se considerarmos seu conteúdo principiológico. Dessa forma, o art. 226 deve ser lido hermeneuticamente, considerando os princípios constitucionais que informam todo sistema jurídico brasileiro, em especial os princípios da pluralidade familiar, da não discriminação, da liberdade e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em 05 de maio de 2011⁵³, o STF reconhece como família, merecedora de toda a proteção do Estado, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Embora a decisão represente grande avanço contra o preconceito e a maldade, não põe fim ao problema, visto que os direitos dos companheiros homossexuais talvez mereçam ser regulamentados pelo legislador.

E mais, em recentíssimo julgado o STJ⁵⁴ entendeu ser juridicamente possível o reconhecimento de união estável de casal homossexual, reconhecendo que não há óbice no ordenamento jurídico brasileiro para o ajuizamento de demanda com tal fim.

Trata-se de recuso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul nos autos de ação declaratória de reconhecimento

⁵³ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277- Arguição de Descumprimento de preceito fundamental n. 132. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 8 maio 2011.

⁵⁴ Resp.1.183.378/RS. Disponível em stj.gov.br. Acesso em 23.12.2011.

de união estável. Assevera o tribunal em trecho da ementa da referida decisão que:

“A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas”.

A decisão do STJ tem importância histórica eis que se sintoniza com o ideário de família contemporânea, aquela que corresponde a modelos abertos, voltados a satisfação e realização pessoal de seus membros, núcleo de cooperação e solidariedade, nicho de parceria, companheirismo e igualdade.

É passada a hora de abandonar os nichos segregacionistas e repudiar a desigualdade entre os casais homoafetivos e os heterossexuais. O reconhecimento da possibilidade de união estável homoafetiva pelo STJ representa mais um marco para a plena proteção do interesses que decorrem das relações marcadas pela cooperação e pelo afeto que não podem ser menos prestigiadas apenas porque implicam numa condição sexual considerada diferente.

Mas é preciso avançar e colocar em prática os valores de uma sociedade que se diz fraterna, plural e livre de preconceitos. É preciso efetivar concretamente os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana.

Afirma o Min. João Otávio ao proferir seu voto na comentada decisão⁵⁵ que por não serem proibidas são lícitas as relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo, a merecer perante sistema jurídico brasileiro toda a proteção da lei.

Não obstante, entende o Ministro que o instituto jurídico que mais se aproxima da hipótese tratada nos autos é o regime da união estável entre homem e mulher, por presentes, à exceção da identidade de sexos, todos os demais requisitos necessários ao reconhecimento de uma união estável. Afirma o Ministro que se duas pessoas de mesmo sexo se unem compartilhando conquistas e dificuldades, mantendo uma relação duradoura, pública, contínua e com propósito de constituir família não haveria razão para não se estender a elas igual proteção trazida pelo instituto da união estável entre casais heterossexuais.

⁵⁵ Resp.1.183.378/RS.Disponível em stj.gov.br. Acesso em 23.12.2011.

O que nos leva ao seguinte questionamento: por que não possibilitar a essas pessoas a possibilidade de se casarem? Por que limitar a proteção conferida a essas pessoas? Por que não possibilitar-lhes a escolha entre o casamento ou a união estável?

3. CONCLUSÃO

A união homoafetiva, por exemplo, é união familiar que, embora não tenha origem na lei, tem sua força jurídica no fato social. Não se propõe uma interpretação extensiva da lei, mas que seja reconhecido que as famílias não tipificadas tenham normatividade, enquanto originárias de fato social já consolidado. Certo é que a normatividade do fato social provém majoritariamente pela conclusão do processo legislativo, mas a normatividade do fato social também pode ser atribuída pelo processo jurisdicional, desde que argumentativamente encontre princípios que a ampare.

A legitimidade jurídica do costume que passou pelo processo legislativo estará na legitimidade da lei, enquanto a legitimidade do costume pelo processo jurisdicional se dará na construção argumentativa da aplicação dos princípios. A norma é o sentido que podemos encontrar em um costume ou em um texto normativo, que é atribuído por meio da argumentação jurídica, que não se revela pela discricionariedade do juiz no julgamento do caso concreto, mas pressupõe a existência de uma comunidade (jurídica) linguisticamente estruturada, o que significa que este sentido é atribuído por intermédio do discurso e da universalização.⁵⁶

A crescente inclusão de cláusulas gerais no ordenamento conduz-nos a sustentar que o Direito não é originado no que preceitua apenas o legislador; pelo contrário, é um produto de experiências, dos fatos e dos costumes da sociedade, de modo que, prever um direito pleno baseado no centralismo jurídico, que prevê todas as condutas-tipo,⁵⁷ facilmente o torna obsoleto, deixando de tutelar os interesses dos sujeitos. Menezes Cordeiro,⁵⁸ ao abordar a adequação da amplitude semântica para o Direito acompanhar o fato social, afirma que “ainda quando a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-

⁵⁶ GALUPPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.36, n. 143 jul./set. 1999. p. 208

⁵⁷ É a chamada técnica da *fattispecie*, utilizada nos ordenamentos oitocentistas, de modo a reduzir o máximo possível a margem da interpretação do operador de Direito – os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais – porque a norma está repleta de imutabilidade para garantir a segurança jurídica, na busca da resposta a todos os problemas que possam surgir na realidade. IRTI. Natalino, *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 20.

⁵⁸ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. pag. 46.

lo”. Nas palavras de Canaris⁵⁹ “seria ideal, para acompanhar a evolução social, que o sistema legal fosse dotado da idéia de incompletude”.

Isto mostra que não se nega que o fato social tenha força normativa, mas o seu reconhecimento de forma limitada demonstra a discriminação deste fato social em base valorativa. Em outras palavras, o que impede o reconhecimento das entidades familiares atípicas não é a impossibilidade ou a negativa de atribuição de força normativa dos fatos, mas o padrão de moralidade existente nos tribunais que não reconhece dignidade a estas entidades.

No contexto do Estado Democrático de Direito, devemos procurar solucionar os impasses através da aplicação do maior número possível de princípios. Só assim, uma sociedade pluralista terá sua identidade (também pluralista) preservada. A convergência dos princípios constitucionais apontados no presente trabalho, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da dinamicidade da família, conduz a um só caminho: o reconhecimento das entidades familiares atípicas, como núcleo promocional da dignidade de seus membros.

O Direito Brasileiro, na sua atual conjuntura e base principiológica, permite a tutela dessa dignidade. Quem a nega é o jurista. Infelizmente, constata-se, o Direito é mais permeável a mudanças que o próprio jurista.⁶⁰

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.

ALMEIDA, Suzana. **O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem**: a tutela da novas formas de família. Coimbra. Coimbra Editora. 2008. pág. 15

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 9, p. 12-21, jan./mar. 2002.

⁵⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. XXIV.

⁶⁰ Ao abordar a união estável, afirma Reale, poder-se-ia pensar que, estando as normas consuetudinárias vinculadas a particulares usos e costumes, não se poderia falar em modelo costumeiro, mas esta seria uma visão apequenada e errônea da rica produção de regras de direito brotadas diretamente da sociedade civil, como reiteradas formas de ação social, dotadas de senso ou sentido autônomo de juridicidade, ora preenchendo lacunas do ordenamento legal, ora abrindo-lhe novas perspectivas de desenvolvimento, sem falar no seu papel mais habitual de inferir das regras legais modalidades imprevistas de comportamento lícito.

- BARBOSA, Renata de Almeida; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Lumen Juris: Rio de Janeiro 2010.
- BARRETO. Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada: Comentários à jurisprudência do novo tribunal Europeu dos direitos do homem**. Coimbra. Coimbra Editora. 2005. p. 17. In <www.echr.coe.int>. Acesso em 4.10.2010.
- BELLUSCIO, César Augusto. **Manual de Derecho de família**. 6 ed. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **Liberdade e igualdade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. XXIV.
- COGLIOLO, Pietro. **Lições de filosofia e de direito privado**. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.
- COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de J. Cretella Junior e Agnes Cretella. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003.
- ENGLES, Friedrich. **A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado**. Tradução Ruth M. Klaus. Centauro Editora. São Paulo. 2009. pág. 27.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FIUZA, César. Formas alternativas de solução de conflitos. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (Coords.). **Temas atuais de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo, uma espécie de família**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GALUPPO. Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.36, n. 143 jul./set. 1999
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. I, 1999.
- LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**. Tradução Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, 2004.

_____. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IV: Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Anais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. .

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.pag. 46.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. IV.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. In: Portugal – Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra Editora, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILLELA, João Baptista. Sobre a igualdade de direitos entre homens e mulheres. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, 1993.