

AS ENTIDADES FAMILIARES E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL: A NECESSIDADE DE UMA COMPREENSÃO PLURAL

João Pedro Fahrion Nüske¹

Alexandra Garcia Grigorieff²

Resumo: O presente artigo busca analisar a proteção constitucional das entidades familiares, que não estão expressas na Constituição Federal. Assim, interpreta-se o art. 226 da Carta Magna como um rol exemplificativo, a fim de garantir especial proteção a estes grupos familiares e a valorização do indivíduo a partir da dignidade da pessoa humana. É necessário ainda que a legislação avance conforme as evoluções da sociedade, reconhecendo a família como uma entidade em constante processo de mudança. Faz-se mister que o Estado garanta um pleno desenvolvimento da pessoa, além da autonomia para constituir a família que melhor lhes aprouver, sob pena de valorizar o objeto, entidade familiar, em detrimento dos seus sujeitos.

Palavras-Chave: Direito de Família; Entidades familiares; Preconceito; Proteção Constitucional; Dignidade da Pessoa Humana.

FAMILY UNITS AND CONSTITUTIONAL PROTECTION:

¹ Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

² Psicóloga pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestranda em Psicologia Clínica no Grupo de Pesquisa Fundamentos e Intervenções em Psicanálise e Bolsista CNPq do Programa de Pós-Graduação em Psicologia (PPGP) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

THE NEED OF A PLURAL UNDERSTANDING

Abstract: This article seeks to analyze constitutional protection for family entities which are not currently expressed in the Constitution. Interpreting Article 226 of the Constitution, in an exemplary role, ensures special protection for new family groups, valuing the individual with dignity. It is necessary that the law proceeds at the same pace as society, recognizing new family units as entities. The State must ensure the full development of the individual; individuals must be able to define the family unit which best suits them.

Keywords: Family Law; New family entities; Prejudice; Constitutional protection; Dignity of the Individual.

INTRODUÇÃO



organização familiar, antes mesmo de ser considerada um instituto jurídico, é um fenômeno natural da sociedade, que assim o fez desde os primórdios das civilizações. No decorrer dos séculos, a família desempenhou função fundamental na sociedade, visto que representava o elo de relacionamento com o meio em que vivia³. Assim, durante o período Romano, a família já possuía uma grande importância social, inclusive na formação do Estado. Conforme Cícero, “onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se revelou frágil, aí começou a decadência geral”⁴. Nesse sentido, percebe-se a influência direta da organização familiar no funcionamento da sociedade. Com o redimensionamento do núcleo social, o tratamento conceitual da família sofreu diversas modificações. Ao

³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p.1

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

lado da família composta para perpetuar o culto religioso doméstico, da família patriarcal e da entidade guiada pelo direito canônico, veio a pós-modernidade reorganizar as relações familiares.

No atual modelo, a entidade é guiada pela afetividade e pelo eudemonismo, reconhecendo direitos familiares a todos os sujeitos, levando em consideração a diversidade, a solidariedade, a liberdade individual e o interesse e o desenvolvimento de cada membro da instituição familiar a partir da tutela da pessoa humana. Nesse sentido, para além da importância da família para o funcionamento do Estado e da sociedade, sustenta-se a valorização dos componentes familiares pelo fato de que esta instituição existe em função de seus membros. Afirma-se, então, que a família é o meio de ascensão da pessoa humana e não o fim desejado. Assim, a antiga proteção da família, como instituição, unidade de produção e reprodução de valores, dá lugar à tutela de seus membros⁵.

Tais avanços devem-se principalmente à promulgação da Constituição Federal de 1988, que não apenas garantiu a dignidade da pessoa humana e sustentou a família como base da sociedade e merecedora de especial proteção do Estado, como trouxe o reconhecimento de novas entidades familiares, para além da matrimonial, até então a única tutelada no âmbito constitucional. Apesar dos avanços, a legislação deixou de conferir proteção expressa a diversos grupos familiares também presentes na sociedade contemporânea.

Percebe-se, na atualidade, além do preconceito e do estigma da sociedade em relação ao que foge do dito “*tradicional*”, um descaso do Estado na proteção das diversas modalidades de constituir família. As mudanças nas relações humanas se dão de forma contínua e através de acompanhamento legislativo,

⁵ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf>>. Acesso em 22 de agosto de 2014. p. 2.

principalmente constitucional. Sustenta-se tal afirmativa com os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, para quem o Direito Constitucional “define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem lhe conceder, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados”⁶. Assim, é evidente que a legislação de uma sociedade deve atender às necessidades de suas mutações, sob pena de tornarem-se anacrônicas e inúteis⁷. É de fundamental importância que o Estado garanta aos indivíduos o princípio da dignidade da pessoa humana, e assim valorize primeiramente a pessoa.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, não há como pensar em Direito de Família, sem atentar à dignidade da pessoa humana, devendo todos os filhos serem considerados legítimos e todas as formas de família serem protegidas pelo Estado, tendo em vista que, em uma era de inclusão e cidadania, pensar de forma contrária seria inaceitável, sob pena de valorizar o objeto em detrimento de seus sujeitos⁸.

Porém, ocorre que no Brasil famílias homoafetivas, famílias simultâneas, famílias poliafetivas, entre outras, não têm seus direitos e proteção devidamente garantidos, sendo negligenciadas pelo Estado. Dessa forma, o preconceito da sociedade para com sujeitos vulneráveis torna-se *autorizado* e incrementado pelos inertes e conservadores Poderes Legislativo e Judiciário. Na medida em que se percebe uma falha do Estado no reconhecimento e na proteção de todos os sujeitos, assevera-se a urgência de dirigir o olhar para os grupos que se encontram

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sêrvulo da (Coords.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 29.

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A incessante travessia dos tempos e renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), v.101, p. 153-167, 2006. p. 165.

⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Prefácio. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Famílias. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 29.

vulneráveis na sociedade brasileira. Sustenta-se, ainda, a necessidade de valorizar e proteger o sujeito acima da entidade familiar, bem como de se ter uma legislação capaz de acompanhar as mudanças da sociedade. Nesse sentido, o objetivo deste estudo é problematizar a função do Estado na garantia de direitos e proteção de todas as modalidades de família, visando a proteção de seus sujeitos.

A VISÃO REDUCIONISTA SOBRE AS FAMÍLIAS: O LUGAR DO ESTADO

A família, antes de instituto jurídico, é um arranjo que se dá de maneira espontânea no seio da sociedade, e seu conceito se modifica conforme as necessidades dos sujeitos. Diante desta premissa, afirma-se que as modificações derivam especialmente de transformações do próprio indivíduo⁹, e assim também é o grupo familiar, que representa o núcleo mais sólido em que repousa a organização social e a cultura.

A entidade familiar sofreu inúmeras transformações, levando em conta costumes e valores, passando por aquelas compostas por meio da perpetuação da cerimônia religiosa doméstica, da família patriarcal, guiada pelo direito canônico¹⁰, além da própria família advinda do matrimônio. A entidade reconhecida por meio do casamento foi, por um longo período, a única protegida pelo sistema constitucional brasileiro, centralizada ainda na figura patriarcal, sendo a Carta de 1967 a última que assim prescreveu. Neste período, as demais entidades familiares viviam à margem da lei, isto é, sem a devida tutela constitucional.

A legislação brasileira então adaptou-se às exigências da vida contemporânea, reconhecendo expressamente, na

⁹ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 2.

¹⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A Família na Contemporaneidade – Aspectos Jusfilosóficos. *Revista Trama Interdisciplinar*. v.3, nº1, p. 218 – 234, 2012. p.218.

Constituição Federal de 1988, outras entidades familiares, ou seja, incluiu sob a tutela constitucional outras modalidades familiares, além do já protegido matrimônio, como a união estável e a família monoparental. A Constituição Cidadã inspirou novos valores, rompeu a concepção tradicional da família e garantiu um ideal descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado¹¹. Ademais, a Carta culminou com a derrocada da família patriarcal, já em crise, optando por uma entidade mais moderna¹², sem estar submetida a ideias estáticas e presas a valores ultrapassados, além de reduzir as imposições e alargar o espaço para liberdades¹³.

Neste momento houve uma drástica transformação da realidade familiar brasileira, pois teve início a proteção de novas entidades familiares já existentes, mas ainda não abrigadas pela Lei Maior. Apesar da mutação e da ampliação para liberdades, diversos outros modelos familiares acabaram por não serem recepcionados expressamente na referida Carta Magna, como é o caso das famílias simultâneas, homoafetivas, poliafetivas, entre outros modelos presentes na sociedade atual.

Lecionando sobre as famílias homoafetivas, e que também pode ser aplicado aos demais modelos, Luís Roberto Barroso sustenta que é evidente que estas entidades existem e não vão deixar de existir apenas pelo não reconhecimento constitucional. “Essa é a constituição dos fatos que, para existir, não pede licença à lei ou aos códigos”¹⁴, de forma que, o Estado

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, Famílias. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 36.

¹² LOBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de Família*. In: Bittar, Carlos Alberto (coord.) *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo. Saraiva, 1989. p. 58.

¹³ CASTANHO, Maria Amélia Belomo. *A famílias nas Constituições brasileiras*. Disponível em: <seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/239/236>. Acesso em 27 de agosto de 2014. p. 21.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Famílias: entre o público e o privado*. Disponível em: <http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/conferencia_de_abertura_viii_congresso_ibdfam_familias_entre_o_publico_e_privado_prof_dr_luiz_edson_fach.pdf>. Acesso em 03 de março de 2015. p. 8.

permanecendo indiferente, se instituirá uma situação de insegurança, além de demonstrar desconsideração para com estes sujeitos e grupos familiares¹⁵.

É inadmissível que haja espécies estanques de entidades familiares, e conceder somente a elas a proteção estatal, visto que o indivíduo, através de sua dignidade, tem a liberdade para formar a família que melhor lhe aprouver, sem atentar para um suposto elenco fechado exposto na Carta Federal, sob pena de retrocesso. Ademais, ao negar seus efeitos jurídicos, estar-se-ia negando ainda o desenvolvimento psíquico destes indivíduos¹⁶.

Paulo Lobo compreende, nesta mesma linha, que a Carta Magna, em seu art. 226¹⁷, ao retirar a locução “constituída pelo casamento”, retirou também a cláusula de exclusão, colocando como base da sociedade “a família”, isto é, qualquer família¹⁸. Afirma-se então que a exclusão não está prevista na Carta da República, mas sim na sua interpretação¹⁹. A Carta da República é fincada nos princípios da igualdade e da liberdade, sem quaisquer preconceitos, em virtude de estar envolta pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e por isto é necessário um entendimento exemplificativo do rol lá exposto²⁰. As entidades expostas o são por serem mais comuns, e por tal razão merecem referência expressa, sendo as demais formas implícitas, incluídas no

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 423/424.

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Famílias: entre o público e o privado*. Disponível em: <http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/conferencia_de_abertura_viii_congresso_ibdfam_familias_entre_o_publico_e_privado_prof_dr_luiz_edson_fach.pdf>. Acesso em 03 de março de 2015. p. 6.

¹⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anejos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em 19 de agosto de 2014. p. 5.

¹⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anejos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em 19 de agosto de 2014. p. 4.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Famílias*. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 89.

alcance do amplo e indeterminado conceito de família²¹. “Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade”²².

Nesta mesma linha é o entendimento de Giselda Hironaka, para quem:

(...) o Direito de Família caminhou para enfim reconhecer que a família é plural e que os arranjos familiares extrapolam – e muito – o rol constitucional (...).

O rol destes novos arranjos familiares (...) é apenas exemplificativo, eis que a tipicidade é aberta, caracterizando-se pelo valor jurídico da afetividade e pela doutrina do eudemonismo, quer dizer, a busca pela felicidade como a principal causa dos valores morais familiares, considerando positivos os atos que levam cada um dos membros de um núcleo a alcançar seu projeto pessoal de felicidade.²³

Assim, é notório que a norma constitucional já não mais conceitua a família, de forma que torna-se necessária a admissão de todas as entidades familiares baseadas no afeto, e que são merecedoras da especial proteção do Estado, sob pena de afrontar a dignidade da pessoa humana, a autonomia e o desenvolvimento da personalidade²⁴.

Utilizando-se destes preceitos, entendeu o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, em seu voto favorável ao reconhecimento de uniões homoafetivas na ADIN 4.277, sustentando o ministro que o rol exposto no art. 226 da

²¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anejos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em 19 de agosto de 2014. p. 5.

²² LOBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anejos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em 19 de agosto de 2014. p. 5.

²³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A família brasileira contemporânea e o ensino do direito de família nos cursos jurídicos*. Caderno de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho, v. 26, p. 4-11, 2014. p. 9.

²⁴ ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo texto constitucional não define família*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-08/jones-figueiredo-texto-constitucional-nao-de-fine-familia>>. Acesso em 19 de agosto de 2014.

Carta Magna é meramente exemplificativo, quando não conflitantes com os princípios basilares constitucionais²⁵.

Entretanto, o reconhecimento de diversas entidades familiares não é posicionamento unânime nos Tribunais brasileiros, de forma que se torna evidente que o Poder Judiciário e a própria legislação nacional não têm se mostrado capazes de acompanhar a evolução dos inúmeros grupos familiares que se exibem como verdadeiras entidades familiares. O direito e a legislação não devem permanecer alheios à realidade da sociedade e de suas mudanças sociais, sob pena de ensejar diversos prejuízos aos indivíduos e às suas entidades familiares, além de tornarem-se obsoletos e retrógrados²⁶.

Na medida em que se adota uma visão reducionista da família, permeada por preconceito e estigma, a alteridade passa a estar comprometida. No campo do preconceito, onde o padrão é visto como uma garantia, o sujeito, invadido pela intolerância, é incapaz de reconhecer e respeitar a diferença que a presença do outro impõe. Percebe-se, nessa intolerância, uma fratura no narcisismo do sujeito, o qual não admite que o outro seja ou pense ou deseje diferente de si²⁷. Uma das hipóteses psicanalíticas sobre preconceito aponta que o diferente é um depósito para as próprias insuficiências do sujeito, de modo que este coloca no

²⁵ “Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional”. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, Relator: Ministro Ayres Britto, 2011).

²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A incessante travessia dos tempos e renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), v.101, p. 153-167, 2006. p. 165.

²⁷ BLOOM, Jill Betz. *Contemporary conceptualizations of prejudice: a psychoanalytic perspective*. Lat. Am. j. fundam. psychopathol. on line, São Paulo, v.5, n.1, p. 32-43, maio de 2008. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-03582008000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 14 de março de 2017. p. 34.

outro o que considera intolerável de perceber em si²⁸.

Nos dias atuais, tal fenômeno se mostra muito comum, de modo que os índices de violência física e psíquica aumentam consideravelmente sobre grupos vulneráveis diferentes do tradicional. Nesse cenário de arrogância, questiona-se a respeito do papel do Estado, no momento em que não exerce suas funções de forma eficaz, deixando alguns sujeitos desfavorecidos em relação aos seus direitos e desejos. Assevera-se que se nem mesmo o Estado é capaz de estabelecer relações alteritárias, a sociedade não encontrará um referencial para tal, estando implicitamente autorizada a praticar a violência e o preconceito. Dessa forma, o sujeito sofre duplamente, tanto por não ter seu direito reconhecido, como ao ser discriminado pela sociedade, agredindo, desta forma, a dignidade da pessoa humana.

OS MODELOS CONSTITUCIONAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é, atualmente, o pilar do ordenamento jurídico nacional e o vértice do Estado de Direito, não sendo possível desatrelar sua aplicação dos ramos do direito. O princípio, “portanto, é o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana” e o seu sentido só é efetivo ao verificarmos o poder de cada indivíduo realizar de forma plena a sua personalidade²⁹.

A dignidade humana é a qualidade distintiva de cada indivíduo, que o faz merecedor de respeito e consideração do Estado e da sociedade, ensejando um complexo de direitos

²⁸ EIZIRIK, Cláudio. *Pensando a intolerância do ponto de vista psicanalítico*. Disponível em: <<http://diversitas.fflch.usp.br/node/2197>>. Acesso em 14 de março de 2017. p. 10.

²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 106.

fundamentais³⁰, de forma que qualquer ato que se oponha a este princípio é contrário ao nosso direito. Nos dizeres de Carmem Lúcia Antunes Rocha, a dignidade:

(...) é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não é mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal. (...) A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no Direito, porque se firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades.³¹

O princípio, contudo, tem seu papel desempenhado de forma diversificada e imprecisa, visto que o seu conteúdo está permanentemente em construção. Assim, há que se levar em consideração, primeiramente, a singularidade da pessoa, além do respeito à igualdade humana. Portanto, qualquer ato que vise excluir o sujeito do seu rol de direitos fundamentais é inaceitável em uma perspectiva de Estado Democrático, visto que este somente é democrático quando respeita a dignidade da pessoa humana³². Ao Estado cabe atuar a fim de incluir o homem e universalizar seus direitos³³.

A tutela da pessoa humana deve também ser aplicada ao direito de família e às novas entidades familiares, buscando sempre a inclusão do indivíduo, sem discriminações. Assim, o direito de família estará em conformidade com a proteção da

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 60.

³¹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade humana e a exclusão social*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anejos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em 17 de setembro de 2014. p. 3.

³² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade humana e a exclusão social*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anejos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em 17 de setembro de 2014. p. 10.

³³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade humana e a exclusão social*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anejos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em 17 de setembro de 2014. p. 11.

pessoa humana a partir do momento em que suas relações não estiverem mais à margem da lei. A família, então, só faz sentido quando é motivada pela ascensão da dignidade de seus indivíduos.

Desta forma, negar o direito aos diversos grupos familiares é uma afronta ao direito fundamental à liberdade, à privacidade e à tutela da pessoa humana, além de ser “uma restrição injustificada sobre a autonomia, em nome de um moralismo impróprio”³⁴. Ademais, a própria negação a estas famílias é incompatível com o respeito à dignidade humana, implicando um comprometimento da liberdade, na medida em que algumas famílias são protegidas e outras não, isto é, apenas alguns relacionamentos afetivos são objetos da tutela estatal. O sujeito, a partir da leitura constitucional, deveria ter a liberdade de eleger e constituir o grupo familiar mais adequado à sua efetivação existencial, ainda que “fora dos modelos entendidos como ideais pela moral média da sociedade”³⁵, não devendo o Estado e o legislador optar pelo mais “correto”, mas sim garantir a sua proteção.

Assim, algumas famílias veem sua liberdade e poder de decisão no âmbito privado limitados, pois ainda há um entendimento social que exclui outras formas de afeto, de forma que famílias simultâneas e poliafetivas, por exemplo, situam-se à margem da sociedade, e sem qualquer garantia de que seus direitos possam ser reconhecidos, pois não se apresentam na forma “tradicional”. Assim, estas famílias *não tradicionais* “continuam alijadas do sistema legal, na vã tentativa de fazê-las desaparecer”³⁶. No momento em que há restrição no que diz respeito

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 105.

³⁵ BERTUOL, Pedro Henrique Barbisan. *A tutela jurídica das famílias simultâneas*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 72.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Que família?*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_551\)que_familia.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_551)que_familia.pdf)>. Acesso em 13 de março de 2017.

às escolhas possíveis de cada sujeito, denuncia-se a inexistência de especial proteção da família garantida em nossa Constituição Federal, nem a dignidade da pessoa humana.

A dignidade, entretanto, possui uma dupla dimensão, visto que, por um lado, institui a expressão da autonomia do indivíduo, sendo compreendida como algo inerente à pessoa humana, representando, então, um limite à atuação do Estado e da sociedade. Por outro lado, o princípio é merecedor da proteção estatal e da própria sociedade. Desta forma, ao Estado cabe respeitar a dignidade humana de cada um, limitando a sua atuação, mas tem ainda o dever de promovê-la, gerando a inclusão social³⁷.

Luís Roberto Barroso sustenta a autonomia comum como elemento ético da dignidade, envolvendo a capacidade de autodeterminação, isto é, “poder fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas”³⁸. Assim, as decisões sobre a vida afetiva e demais disposições personalíssimas não podem ser retiradas do indivíduo sem afetar a sua dignidade³⁹.

A proteção familiar, para Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

(...) deve estar atrelada, necessariamente, à tutela da pessoa humana, através dos (...) princípios gerais da Lei Maior. Por isso desnivelar a proteção da pessoa humana, sob argumento de proteger a instituição familiar, é cometer gravíssima subversão hermenêutica, violando frontalmente o comando constitucional⁴⁰.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 45.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da Jurisprudência mundial. Belo Horizonte, Fórum, 2013.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 276.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Famílias*. Salvador: Jus Podivim, 2014. p. 39.

Neste mesmo sentido, frisa-se que em uma democracia pluralista, “o sistema jurídico-positivo deve acolher as multifárias manifestações familiares cultivadas no meio social, abstendo-se de, pela defesa de um conceito restritivo de família”, buscar controlar o comportamento dos indivíduos no campo afetivo⁴¹. Desta forma, assegurar-se-ia a proteção do indivíduo e a tutela da pessoa humana.

Há de se reconhecer ainda que o Estado e o Direito devem garantir o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, permitindo que estes realizem os seus projetos pessoais lícitos, sem praticar a discriminação e o preconceito, além de conceder apoio e segurança aos grupos vulneráveis, visto que “às instituições políticas e jurídicas toca a missa de acolher – e não rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância”⁴². Desta forma, é necessário que haja o reconhecimento das mais diversas famílias, sob pena de estar valorizando algumas modalidades de família, o que implicaria em prejuízo ao próprio sujeito. Violaria a norma constitucional proteger a entidade familiar em detrimento dos seus membros, visto que aquela é protegida em decorrência dos seus indivíduos e da dignidade inerente a cada um.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme analisado, a exclusão das novas entidades familiares não se encontra na Constituição Federal, mas sim na forma como a interpretamos. Assim, faz-se mister compreender a entidade familiar de uma forma pluralista, e para que isto ocorra é necessária a análise exemplificativa do art. 226 da Carta da República. Desta forma, garantir-se-ia às novas entidades

⁴¹ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 196.007-2/PE da 5ª Câmara Cível. Relator: José Fernandes de Lemos, julgado em 12 de junho de 2013.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 424.

familiares a especial proteção do Estado, além de compreendê-las como base da sociedade e, acima de tudo, valorizar os sujeitos.

Ao entender o rol exposto como *numerus clausus*, estaríamos atentando contra a dignidade da pessoa humana, a realidade social, a liberdade individual e os avanços da contemporaneidade⁴³. Além disso, no momento em que o Estado adota uma leitura reducionista sobre a constituição familiar, acaba por autorizar e incrementar o preconceito e a violência já existentes contra grupos vulneráveis. Ou seja, o Estado além de não proteger as famílias ditas não tradicionais, autoriza a sua discriminação.

A família mudou o seu conceito no decorrer do tempo, “avançando e retrocedendo, conservando e alternando-se, reinventando-se”, a fim de verificar as necessidades, possibilidades e preferências do indivíduo, e assim garantir a sua dignidade, felicidade e bem-estar social⁴⁴. Portanto, a compreensão de família decorre de uma mutabilidade inexorável, em virtude de ser composta por seres humanos, e assim apresenta-se “sob tantas e diversas formas, quantas forem as possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar amor, afeto”⁴⁵.

Para que tal compreensão seja autenticada, contudo, é necessário que o Estado garanta o pleno desenvolvimento dos indivíduos e a realização de seus projetos pessoais, sem praticar a discriminação, mas sim garantindo a dignidade da pessoa humana e a segurança que estas entidades mais vulneráveis e vítimas do preconceito e intolerância necessitam⁴⁶. Desta forma,

⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Famílias*. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 90.

⁴⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 3.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Famílias*. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 39.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 424.

conclui-se que, levando em consideração a proteção da pessoa humana, a autonomia e liberdade de cada sujeito e a proteção da família, é necessário o reconhecimento das diversas modalidades familiares, ainda que não enquadrados nos modelos tradicionais ditados pela moral média da sociedade, sob pena de valorizar determinadas de família em detrimento do indivíduo e de sua dignidade.



REFERÊNCIAS

- ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo texto constitucional não define família*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-08/jones-figueiredo-texto-constitucional-nao-define-familia>>. Acesso em 19 de agosto de 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coords.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- BERTUOL, Pedro Henrique Barbisan. *A tutela jurídica das famílias simultâneas*. Trabalho de Conclusão de Curso

- (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.
- BLOOM, Jill Betz. *Contemporary conceptualizations of prejudice: a psychoanalytic perspective*. Lat. Am. j. fundam. psychopathol. on line, São Paulo, v.5, n.1, p. 32-43, maio de 2008. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-03582008000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 14 de março de 2017.
- BRASIL, Constituição Federal (1988). *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>. Acesso em 19 de agosto de 2014.
- CASTANHO, Maria Amélia Belomo. *A famílias nas Constituições brasileiras*. Disponível em: <seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/239/236>. Acesso em 27 de agosto de 2014.
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- DIAS, Maria Berenice. *Que família?*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_551\)que_familia.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_551)que_familia.pdf)>. Acesso em 13 de março de 2017.
- EIZIRIK, Cláudio. *Pensando a intolerância do ponto de vista psicanalítico*. Disponível em: <<http://diversitatas.fflch.usp.br/node/2197>>. Acesso em 14 de março de 2017.
- FACHIN, Luiz Edson. *Famílias: entre o público e o privado*. Disponível em:

<http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/conferencia_de_abertura_viii_congresso_ibdfam_familias_entre_o_publico_e_privado_prof_dr_luiz_edson_fach.pdf>. Acesso em 03 de março de 2015.

- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Famílias. Salvador: Jus Podivm, 2014.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A incessante travessia dos tempos e renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), v.101, p. 153-167, 2006.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A família brasileira contemporânea e o ensino do direito de família nos cursos jurídicos*. Caderno de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho, v. 26, p. 4-11, 2014.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de Família*. In: Bittar, Carlos Alberto (coord.) *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo. Saraiva, 1989.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além no numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ane-xos/9408-9407-1-PB.pdf>> Acesso em 19 de agosto de 2014.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *A Família na Contemporaneidade – Aspectos Jusfilosóficos*. Revista Trama Interdisciplinar. v.3, nº1, p. 218 – 234, 2012.
- MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva,

2009.

- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Prefácio. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Famílias. Salvador: Jus Podivm, 2014.
- PERNAMBUCO, Tribunal de Justiça de Pernambuco, Apelação Cível 196.007-2/PE, 5ª Câmara Cível, Relator: José Fernandes de Lemos, julgado em 12 de junho de 2013.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade humana e a exclusão social*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ane-xos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em 17 de setembro de 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ane-xos/15079-15080-1-PB.pdf>>. Acesso em 22 de agosto de 2014.