

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

SILVANA BELINE TAVARES

FABRÍCIO VEIGA COSTA

JOSIANE PETRY FARIA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

G326

Gênero, sexualidade e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Silvana Beline Tavares; Fabrício Veiga Costa; Josiane Petry Faria. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-745-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

Apresentação

Sob a coordenação da professora doutora Silvana Beline Tavares (Universidade Federal de Goiás); professor doutor Fabrício Veiga Costa (Universidade de Itaúna –MG-); professora doutora Josiane Petry Faria (Universidade de Passo Fundo –RS), foi realizado no dia 15 de novembro de 2018 a apresentação dos resultados das pesquisas envolvendo a temática Gênero, Sexualidade e Direito. A criação do GRUPO DE PESQUISA GÊNERO, SEXUALIDADE E DIREITO, no Conpedi de Curitiba no ano de 2016, foi um projeto inicialmente criado com o propósito de estimular o debate e a problematização científica de temas relacionados às minorias LGBTQI; violência de gênero contra mulheres; invisibilidade das mulheres e homens trans; criminalização das condutas sexuais consideradas desviantes, bem como estudos crítico-epistemológicos relacionados aos direitos humanos de gays, mulheres, trans e outras tantas manifestações livres e dignas da sexualidade, como um estar, não um ser.

Fabrício Veiga Costa, professor do programa de pós-graduação stricto sensu em proteção dos direitos fundamentais da Universidade de Itaúna e Flávio Marcos de Oliveira Vaz, mestrando em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna, apresentaram artigo científico intitulado “Dano moral e homofobia: uma análise da natureza jurídica do dano e dos critérios de quantificação”. Na referida pesquisa discute-se a prática da homofobia como fundamento e referência para a responsabilidade civil objetiva, delimitando-se o objeto de análise no estudo do dano moral individual e coletivo, além de discutir os critérios jurídicos e objetivos para a quantificação do dano moral.

Natália de Jesus Silva Reis, da Universidade Federal do Maranhão, trouxe a pesquisa intitulada “Abertura cognitiva do sistema jurídico e a trajetória pela criminalização da homofobia e da transfobia”, momento em que problematizou, na perspectiva crítica, o debate da criminalização da homofobia e transfobia, como forma de reprodução da naturalização da violência simbólica contra a população de gays, lésbicas, transexuais e travestis, ressaltando-se que o direito continua sendo um espaço de exclusão e invisibilidade da população LGBTQI.

.Heloisa Helena Silva Pancotti, mestranda da Universidade de Marília, trouxe artigo científico intitulado “A construção da cidadania das pessoas trans: uma tentativa de

reinserção”, oportunidade em que debateu políticas públicas como medida hábil a viabilizar o exercício efetivo da cidadania e dos direitos fundamentais à população trans. Destacou-se, na respectiva pesquisa, a ineficiência das políticas públicas pouco existentes no Brasil, motivo esse que mantém a naturalização da condição de exclusão e marginalidade.

Letícia Nascimbem Colovati, mestranda da Instituição Toledo de Ensino de Bauru, apresentou trabalho intitulado “A possibilidade de alteração de prenome e gênero sem mudança de sexo pelos transeñeros: uma análise constitucional da ADI 4.275/DF”. Na referida pesquisa problematizou-se o debate da inclusão jurídica e direito de igualdade dos transexuais quanto ao direito de alteração do registro civil de nascimento no que atine ao nome civil e gênero, como mecanismo hábil a legitimar a efetividade da dignidade humana da pessoa trans, reconhecendo e legitimando juridicamente sua condição humana sob a ótica da constitucionalidade democrática.

Marina Luz Martinez da Cunha, advogada trabalhista e especialista em Direito do Trabalho da PUC do Rio Grande do Sul, apresentou artigo científico intitulado “Questões de gênero: transexualidade e o processo transexualizador ofertado pelo sistema único de saúde no Brasil”. Na referida pesquisa científica problematizou-se a ineficiência da política pública de saúde coletiva a mulheres e homens trans, oferecida pelo sistema único de saúde no Brasil, demonstrando-se que se trata de sistema estatal que reproduz a violência, exclusão e invisibilidade das pessoas em razão da construção autônoma e digna da sua identidade de gênero.

Caroline Lovison Dori, mestranda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, propõe artigo científico intitulado “O registro civil da criança intersex como garantia do direito à identidade”, momento em que problematizou o debate acerca do registro civil da criança intersex, debatendo de forma sistemático-interdisciplinar o nome e o gênero atribuído à criança intersex, delimitando o debate sob a perspectiva do princípio da proteção integral e melhor interesse da criança.

Janaína Machado Sturza, mestranda em Direito pela UNIJUI, apresentou artigo científico intitulado “É como esperar algo além da morte: uma abordagem sobre as implicações do direito à saúde na vida dos transexuais”. Na referida pesquisa foi abordado o desafio individual e coletivo enfrentado por homens e mulheres trans no que atine ao direito fundamental à saúde, delimitando-se o objeto de análise na inexistência e ineficiência de políticas públicas voltadas à prevenção e cuidados com a saúde de pessoas trans.

Cecília Cabalero Lois, professora do programa de pós-graduação stricto sensu em direito pela UFRJ e Isadora de Oliveira Silva, mestranda em direito pela UFRJ, apresentaram pesquisa intitulada “Um teto todo seu: questionando a neutralidade do direito a partir da perspectiva da mulher enquanto sujeito sublaternizado”. Problematizou-se a utilização da ciência do direito como locus de exclusão, marginalidade e manutenção da desigualdade estrutural que marca sociologicamente homens e mulheres.

Aline Fernandes Marques, mestranda em direito pela Unesc, apresentou trabalho intitulado “A (in)visibilidade das mulheres presas: uma análise do encarceramento de mulheres a partir da categoria de gênero”. Problematizou-se o debate do encarceramento, suas razões e consequências, bem como o diálogo com as questões relacionadas à violência de gênero.

Camyla Galeão de Azevedo, mestranda em direito e políticas públicas da Unicesupa, trouxe artigo científico intitulado “A influência da mídia na instrumentalização e coisificação da mulher: uma violação de direitos humanos”. Delimitou-se o objeto da pesquisa no estudo da convenção de direitos humanos de Belém do Pará, como meio de demonstrar que a mídia é um instrumento utilizado como parâmetro para a coisificação, exclusão e marginalidade das mulheres, ditando um perfil de mulher para estampar as campanhas publicitárias: “mulher branca, magra e bem sucedida”, referencial esse que exclui as demais mulheres que não se enquadram no padrão e modelo reproduzido ideologicamente pelos meios de comunicação.

Paula Pinhal de Carlos, professora universitária da Unilassale, expôs o artigo científico intitulado “A mulher e sua representação constitucional”. Na respectiva pesquisa discutiu-se a participação feminina na Assembleia Nacional Constituinte, por meio do “lobby do batom”, composto por 26 deputadas federais e movimentos feministas, que apresentaram propostas contempladas pelo texto constitucional, tendo sido 80% das reivindicações acolhidas pelo legislador constituinte, assegurando-se, assim, a legitimidade democrática na construção do texto constitucional.

Michele Ivair Cavalcanti de Oliveira, mestranda em direito processual pela Universidade Federal do Espírito Santo, apresentou artigo científico intitulado “Breves notas sobre a evolução do papel social da mulher na legislação civil brasileira”. Demonstrou-se que a legislação brasileira reproduziu matrizes patriarcais, ressaltando-se a condição da mulher casada como relativamente incapazes no Código Civil brasileiro de 1916; a condição do homem, que era visto como o chefe de família; o crime de adultério somente poderia ser imputado a mulher. Essa diferenciação jurídica colocou a mulher numa condição de

desigualdade, ressaltando o Estatuto da Mulher Casada e o advento do princípio da isonomia (igualdade), trazido pelo texto da constituição brasileira de 1988 e a lei do divórcio como importantes exemplos que ilustram a igualdade de gênero no direito brasileiro vigente.

Sandra Santos Rosa Scerch, pós-graduada em direito pela IDCC – Londrina -PR-, apresentou artigo científico intitulado “Considerações sobre a família como direito fundamental contemporâneo”. Na referida pesquisa, apresentou-se um conceito aberto, plural, democrático, sistemático e inclusivo sobre o que é entidade familiar, criticando-se terminologias como “família tradicional”, recortando-se o objeto apresentado sob a perspectiva do debate de gênero.

Jéssica Cristianetti e Amanda Netto Brum, doutorandas em direito pela Unisinos, trouxeram à reflexão do tema “Democracia deliberativa e o movimento feminista: contrapúblicos subalternos”. Utilizaram a obra de Nancy Fraser como referencial teórico para criticar o conceito de democracia proposto por Habermas, destacando-se a importância do movimento feminista na democratização dos provimentos estatais, que dialogam direta ou indiretamente com os direitos das mulheres. Os desafios da participação da mulher na política evidenciam o déficit de participação direta das mulheres na democracia deliberativa no Brasil. A composição do parlamento brasileiro, na atualidade, demonstra a exclusão e marginalidade feminina, mesmo sabendo-se que as mulheres sejam maioria em termos quantitativos no país.

Tamires de Oliveira Garcia, mestranda em direito e sociedade da Universidade Lassale, apresentou o tema “Ecofeminismo e os direitos da pachamama na Constituição Equatoriana (2008)”. A constituição do Equador reconhece o direito do bem viver, referencial esse utilizado na abordagem do ecofeminismo como um dos desdobramentos interpretativos do texto constitucional supramencionado. Destacou-se a participação direta do movimento feminista no Equador na proteção do meio ambiente, já que o movimento ecofeminista equatoriano foi utilizado como referencial para o rompimento com a concepção antropocêntrica na forma de ver, compreender e ler o meio ambiente.

Priscila Kavamura Guimarães de Moura Truran, mestranda em direito agrário da Universidade Federal de Goiás, trouxe a discussão da “FAO, Mulheres Rurais e a Fome”. Demonstrou-se que a população rural na América Latina é de 129 milhões de pessoas, sendo 50% mulheres, motivo esse que justifica a escolha do tema. A mulher rural é importante no cuidado da família, na redução da fome no campo, problematizando a referida pesquisa a violência de gênero como um meio de universalizar a exclusão, a desigualdade feminina e a

naturalização da dominação masculina sobre a mulher no campo. Evidenciou-se que o discurso da FAO é claramente colonizador, pois homogeneiza as mulheres rurais, tornando-as invisíveis e excluídas, fortalecendo a opressão e o distanciamento entre homens e mulheres.

Bianca Strücker, mestre em direitos humanos pela Unijui e doutoranda pela URI Santo Angelo, destacou o tema “Nem tão doce lar: família patriarcal contemporânea e influências no feminicídio”. Critica conceitos como “família tradicional brasileira” e “família patriarcal colonizadora”, pois essas formas de famílias reproduzem a dominação masculina, causando reflexos diretos na violência praticada por homens contra mulheres, além de retroalimentar o sistema de naturalização da opressão vivenciada pelas mulheres. O recorte do tema se deu a partir do estudo do feminicídio, visto como reflexo desse sistema que não acolhe, mas, sim, exclui pessoas do sexo feminino. A pesquisa traz dados quantitativos que demonstram claramente que a cada duas horas no Brasil uma mulher é morta vítima do feminicídio.

Elinay Almeida Ferreira de Melo, mestranda em direitos e políticas públicas do Cesupa –PA- e juíza do trabalho no Estado do Pará, propôs o estudo do “Caso de Lilly Maxwell e o pensamento jurídico contemporâneo de Ronald Dworkin”. O debate e a conquista do direito ao voto feminino ilustra a luta do movimento feminismo no mundo, destacando-se o caso de Lilly Maxwell, mulher que nasceu em 1800, de origem pobre, tendo adquirido em 1867, na Grã Bretanha, o direito ao voto. Na leitura construída pela ótica liberal, o voto de Lilly Maxwell foi considerado pelo judiciário da época como nulo, fato esse que levou a pesquisadora a construir uma releitura jurídica do respectivo fato histórico na perspectiva de Ronald Dworkin, enaltecendo o direito à igualdade e dignidade das mulheres.

Ana Claudia Loiola de Moraes Mendes, juíza criminal em Brasília e pesquisadora e Adriano Mendes Shulc, trouxeram à baila o debate do “Crime de estupro e as decisões judiciais: valores morais e comportamento da vítima como critérios orientadores na valoração da prova e formação da convicção do intérprete”. Problematiza o debate de casos de estupro julgados pelo judiciário do Distrito Federal sob a perspectiva da violência de gênero, propondo um estudo transdisciplinar que enriquece o estudo do tema proposto, além de ultrapassar o debate ideológico e dogmático. Criticam o discurso de criminalização da mulher vítima de estupro, desconstruindo clássicas concepção voltadas a construir a culpa da mulher pela prática do estupro.

Os debates realizados foram suficientes para o despertar da curiosidade epistemológica, além de demonstrar a existência de aporias e da insuficiência da ciência do Direito para responder a todas as indagações que permeiam o debate da violência de gênero.

Profa. Dra. Silvana Beline Tavares – UFG

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa – UIT

Profa. Dra. Josiane Petry Faria

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A FAMÍLIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL CONTEMPORÂNEO

CONSIDERATIONS ON THE FAMILY AS CONTEMPORARY FUNDAMENTAL RIGHT

Sandra Santos Rosa Scherch ¹

Resumo

Este artigo visa analisar a família enquanto fato social e como o direito reconhece sua formação. As normas que dizem respeito ao modelo de família, no artigo 226 da Constituição, trazem um rol exemplificativo. A partir de uma proposta hermenêutico-ampliativa, considera-se a família como direito fundamental. Há pessoas que não têm uma família reconhecida, que na sociedade sofrem preconceitos e exclusão, dependendo do Poder Judiciário para validar sua forma de afeto. Pelo método hipotético e pesquisa bibliográfica, chegou-se à conclusão de que a família merece uma leitura extensiva pautada nos princípios e valores constitucionais, vez que é direito fundamental.

Palavras-chave: Conservadorismo estrutural, Constitucionalização do direito civil, Direito contemporâneo à família, Direito fundamental, Omissão legislativa

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the family as a social fact and how the law recognizes its formation. The rules concerning the family model, in Article 226 of the Constitution, have exemplificative list. From a hermeneutic-expansionist proposal, the family is considered a fundamental right. There are people who do not have a recognized family, who in society suffer prejudices and exclusion, depending on the Judiciary to validate their form of affection. By the hypothetical method and bibliographical research, it was concluded that the family deserves an extensive reading based on principles and constitutional values, since it is the fundamental right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Structural conservatism, Constitutionalisation of civil law, Contemporary right to the family, Fundamental right, Legislative omission

¹ Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo IDCC. Pesquisadora do grupo de pesquisa INTERVEPES - UENP.

INTRODUÇÃO

Há uma pluralidade de indivíduos que se unem afetivamente e com o claro objetivo de encontrarem-se uns nos outros enquanto família e são tangenciados pela postura tradicional e pelos costumes dominantes, é uma minoria¹ que não pode ser desconsiderada. Trata-se de pessoas que não se albergam no texto puro da Constituição, só conseguindo alcançar seus direitos através da atuação progressista – e ativista – do Poder Judiciário.

Por ser um direito indissociável dos indivíduos, a escolha de se formar uma família na pós-modernidade se pauta na afetividade como atributo mínimo. Conduzindo ao afastamento social e tendencioso do reconhecimento dos valores individuais, é recorrente, sob o artefato de proteção à família, o não reconhecimento das relações que fogem à letra da lei – tomando forma de um “contradireito”² –, deixando o próprio indivíduo sem o acesso aos seus direitos fundamentais, não somente porque a família é, quase sempre, o primeiro contato do ser humano com o mundo externo, mas porque a família é expressão da autonomia da vontade e da busca pela felicidade.

A instituição família, ao longo dos séculos passou por transformações, desde a família tradicional – que é fundada no modelo patriarcal, hierarquizada, como núcleo de patrimônio, com objetivo de reprodução e regrada por preceitos religiosos –, até as famílias monoparentais – desprovidas do patriarcado e com as mulheres ocupando um papel que até então era dos homens na liderança familiar. Ainda que um notável avanço, coloca-se em pauta a questão da autonomia das escolhas da família plural e os desafios da insegurança jurídica, de pessoas que por sua opção de vida são excepcionadas do Direito. A família, compreendida como entidade que se consubstancia mais na socioafetividade do que em solenidades e legalismos, é o desafio que assim vem refletindo a realidade dos dias atuais.

O Código Civil seja datado de 2002, surgindo de um debate que excessivamente se alongou no meio jurídico, ainda assim, não foi capaz de trazer em seu bojo o amparo a todas as situações que ocorrem no mundo da vida, especialmente no campo do direito de família.

¹ Por minoria, entende-se não um agrupamento menor que a metade da população, mas este artigo busca tratar da minoria como um subgrupo de um todo de uma identidade cultural coletiva, que não possui visibilidade no que diz respeito ao exercício de seus direitos e voz, sob o aspecto da igualdade de acesso aos mecanismos de garantia e fruição dos direitos disponíveis.

² O contradireito tem uma das melhores elucidações nas palavras de Foucault (1987, p. 183):

A forma jurídica geral que garantia um sistema de direitos em princípios igualitários era sustentada por esses mecanismos miúdos, cotidianos e físicos, por todos esses sistemas de micropoder essencialmente inigualitários e assimétricos que constituem as disciplinas. E se, de uma maneira formal, o regime representativo permite que direta ou indiretamente, com ou sem revezamento, a vontade de todos forme a instância fundamental da soberania, as disciplinas dão, na base, garantia da submissão das forças e dos corpos. As disciplinas reais e corporais constituíram o subsolo das liberdades formais e jurídicas. (...) Elas têm o papel preciso de introduzir assimetrias insuperáveis e de excluir reciprocidades.

Ao que parece, o que se encontra positivado está aquém das expectativas de segurança jurídica e de amparo razoável aos anseios dos indivíduos que passam a depender exclusivamente do ativismo judicial e das jurisprudências progressistas para que alcancem o mínimo necessário.

Nesse quadro de desprezo da autonomia da vontade e das condições individuais, a família é retirada das possibilidades de construção da vida e da realização pessoal, passando de base da sociedade a artigo confiscado pelo conservadorismo. Por isso, tratar o direito à família, como um direito fundamental, mais do que uma recuperação do ser, é a garantia da solidez da própria sociedade, que passará a incluir pessoas marginalizadas pelo ordenamento jurídico.

A legislação atual exclui o indivíduo que não está de acordo aos padrões de família aceitos pela maioria, ficando a questão à cargo do Poder Judiciário, que tem a hercúlea tarefa de interpretar a Constituição e ao mesmo tempo combater o conservadorismo para que as pessoas alcancem os seus direitos. Um lamentável quadro de incerteza e instabilidade, que pode ser revertido a qualquer momento de acordo com o pensamento que domina a Corte.

O trabalho, toma aqui um rumo de desconstruir a família tradicional instituída nos valores patrimoniais, religiosos e patriarcais. Colocando em xeque a forma preestabelecida, e levando em consideração a autonomia da vontade e o direito individual de cada um em ter e ser família, sendo isto um instrumento de afirmação de cidadania e dignidade, e liberdade do indivíduo.

Desta forma, busca-se a apresentar a resistência da sociedade em reconhecer positivadas as famílias socioafetivas, deixando a cargo do Poder Judiciário a última palavra na busca pelo efetivação de ter uma família, analisar as famílias no recorte temporal da antiguidade e da atualidade, verificar o artigo 226 da Constituição Federal, e os tipos de família contemplados pela Carta Magna, e, através da leitura e da interdisciplinaridade entre o direito e a sociologia, entender a família como instrumento de afirmação de cidadania, dignidade, liberdade, e que o ser humano nasce para ser feliz.

Foi utilizado o método hipotético neste trabalho, partindo de uma ligeira análise teórica exploratória geral para o contexto específico ora abordado. A pesquisa é do tipo bibliográfica, atendo-se à leitura de textos já produzidos por outros e também da legislação, bem como notícias de conteúdo relevante.

Foi trabalhado no item 1, o resgate de ideias da sociologia e história do direito para compreender a evolução das famílias ao longo dos séculos. Já no item 2, foi buscada a compreensão de como se deu a proteção da família no Código Civil e a constitucionalização

do direito civil enquanto um fenômeno do século XXI. No item 3 foram feitas as conexões entre direito de família, direito fundamental e dignidade da pessoa humana. A partir do item 4, encadeou-se um estudo sobre a autonomia da vontade do ser humano, e o elemento dos laços afetivos na constituição das famílias. O item 5, ao seu turno, apontou a necessidade de se conceber o direito à família como fundamental ante a uma exposição que deu suporte suficiente para a defesa desse pensamento.

1 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Para nascer uma nova constituição é preciso um rompimento, seja pelos valores e costumes que não caibam mais ou pela imposição de uma nova ideia norteadora do Estado. Quando esse fenômeno de rompimento – poder constituinte originário – se dá para construir uma sociedade mais justa e que incluía todos os indivíduos, com seus padrões de comportamento, verifica-se um movimento progressista. Todavia, quando a ruptura da ordem vigente acontece para colocar em seu lugar um regime autoritário e que atenta contra as liberdades do ser humano, o movimento é regressista.

Dessa forma, o levantamento histórico sobre os direitos positivados nas Constituições do Brasil, mostra o quanto é devagar o processo de positivação dos direitos das pessoas, e guarda ainda os ranços de uma sociedade com preceitos ligados ao patriarcalismo e a religião tomando conta da sociedade e ditando que a família tradicional é a forma perfeita e acabada de relacionamento.

Essa forma de “evoluir” do pensamento jurídico-legislativo dominante que acaba causando um verdadeiro engessamento nos direitos das pessoas, que buscam apoio no judiciário, para ver o acesso e o reconhecimento aos seus mínimos necessários mais próximos de uma concretização.

1.1 CONSTITUIÇÃO DE 1824

A Constituição de 1824 guardava um vínculo entre Igreja e Estado, por isso o casamento religioso era a única forma de família reconhecida no ordenamento jurídico. A partir do casamento pautado nas normas da religião católica como forma de constituição de família, a família tradicional, consolidou a herança do pensamento absolutista:

O primeiro grande marco para romper a hegemonia masculina foi o chamado Estatuto da Mulher Casada (L 4. 1 2 1/62). Devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora do marido na administração da sociedade conjugal. Foi reconhecido à mãe o direito de ficar com a guarda dos filhos menores no caso de serem ambos os cônjuges culpados pela separação. Porém, sua posição

ainda era subalterna, pois persistia o elenco diferenciado de direitos e deveres, sempre em desfavor da mulher. Não mais havia a necessidade da autorização marital para o trabalho. Foi instituído o que se chamou de bens reservados: o patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família.

1.2 CONSTITUIÇÃO DE 1891

Foi a Constituição de 1891 que rompeu com o viés da religiosidade, assim como elencado no art. 72, § 4º “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuito”. Norteador-se pelos ensinamentos de Zulmar Fachin (2006, p. 77):

Liberdade religiosa. O Estado deixou de ter uma religião, visto que a Constituição assegurou ampla liberdade religiosa. Cada pessoa podia exercer seu culto em público e livremente. Como consequência da separação entre Estado e Igreja, reconheceu como válido apenas o casamento civil e proibiu subvenção oficial a culto ou igreja e poder político.

1.3 CONSTITUIÇÃO DE 1934

Responsável por trazer a família constituída pelo casamento como instituição protegida pelo Estado, a Constituição de 1934 rompeu com a religiosidade e pode ser considerada o marco do Estado Laico, por passar a ter como referência o casamento civil.

No seu artigo 144 dispôs: “a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”. E ainda em seu parágrafo único “a lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo”.

No artigo seguinte “ a lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo as condições regionais do País”.

Ainda estabeleceu o casamento religioso com efeitos civis, no artigo 146:

Art. 146 - O casamento será civil e gratuito a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

A Constituição de 1934 foi ainda responsável por trazer outros direitos sociais com lastro na família, como o amparo à maternidade, à infância e socorro às famílias numerosas. A

ordem econômica e social ganhou um traço mais solidário como bem expressam Bonavides e Andrade (1991, p. 324):

Pertinente ainda à ordem econômica e social, temos as disposições do artigo 138, amparando a maternidade e a infância, socorrendo as famílias de prole numerosa, incumbindo ao poder público federal, estadual e municipal a adoção de “medidas legislativas e a proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual”.

Ao seu turno, a família agora com um status de protegida do Estado, começou a ter sua importância social reconhecida, afirmação que se completa as palavras de Bonavides e Andrade (1991, p. 326):

Tocante à família a plataforma programática da primeira Constituição do Estado social brasileiro estabelecia generosamente o amparo à maternidade e à infância, bem como o socorro às famílias de prole numerosa. Quanto à educação e à cultura, não eram menores as garantias protetoras e os estímulos. Assim é que fixou na competência da União o estabelecimento de um plano nacional de educação ao mesmo passo que fez gratuito o ensino primário. Dispôs também sobre a criação por lei da renda tributária a serem aplicados na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos.

Vale ainda destacar o direito ao voto feminino e a participação da mulher na Constituinte, como importantes conquistas da área dos direitos fundamentais, já que o Brasil começou a entender aqui o princípio da igualdade em seu viés de isonomia, reconhecendo direitos a homens e mulheres na participação política. O aspecto histórico é registrado por Zulmar Fachin (2006, p. 87):

Voto feminino e a participação da mulher na Constituinte. O direito de voto à mulher foi constitucionalizado, pois estava previsto no Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 (Código Eleitoral). Nessa perspectiva, a Assembleia Constituinte, que escreveu a constituição de 1934, foi a primeira a ter a participação de mulheres.

1.4 CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Constituição de 1937 (Carta Polaca) revogou a Constituição democrática de 1934 e, muito embora seja um diploma marcado por retrocessos, há que se destacar o artigo 126: “aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais”, trazendo a igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento.

No entanto, o artigo 124 trouxe que “a família constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”, com isso não era possível uma

dissolução da sociedade conjugal e outra característica foi o retrocesso de não estender a norma dos efeitos civis a celebração religiosa, o que reforça a ideia de um Estado absoluto, como no fascismo constitucionalmente copiado.

O artigo 127 tratou sobre o abandono moral e intelectual da infância e da juventude:

Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

1.5 CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Constituição de 1946 não trouxe inovação relevantes ao presente estudo, tratando da família como vínculo havido do casamento indissolúvel sobre a proteção especial do Estado. Elencou a família no artigo 163:

Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

O casamento civil e o religioso passaram a valer de forma indistinta como atos constitutivos da família.

1.6 CONSTITUIÇÃO DE 1967

A Constituição de 1967, não avançou no campo do direito das famílias. O mesmo se deu com a emenda n.1 de 1969, que manteve em seu artigo 175, § 1º “o casamento é indissolúvel”. Assim, o mais relevante para o direito das famílias, praticamente dez anos depois, foi a lei nº 6.515/77 que instituiu o divórcio, bem como baliza nos ensinamentos de Zulmar Fachin (2006, p. 98):

Divórcio: A Constituição de 1967 alterada pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, instituiu o divórcio no Brasil. Até essa data, o casamento era indissolúvel, sendo que, após a referida emenda, passou-se a admitir sua dissolução. A Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento.

Com a Lei do Divórcio, o regime legal de bens passou a ser o de comunhão parcial, extinguindo o regime dotal, e avançando o caráter de proteção a mulher. Antes da Lei do Divórcio, a mulher que por acaso tivesse que se submeter à dissolução conjugal que não fosse pelo falecimento do marido, praticamente não tinha direito a bens. Era quase uma morte civil que se decretava contra a pessoa da mulher, que se dedicava estritamente ao lar e depois era abandonada na sociedade sem qualquer perspectiva de reconstrução da vida e sem recursos financeiros para a própria subsistência, que fora os preconceitos que sofria, para viver dependia da caridade.

1.7 CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 inovou em várias matérias, bem como no direito das famílias, ponto em que reconheceu a união estável no artigo 226, §3º: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo o a lei facilitar sua conversão em casamento” e ainda trouxe a família monoparental no §4º: “entende-se, também com entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

A Constituição vigente, ao positivar essas normas, mais uma vez se reafirma é a Constituição cidadã tal como discursou Ulysses Guimarães na promulgação. Por isso é possível afirmar que se tornou a Constituição mais próxima do povo em toda a história do constitucionalismo brasileiro, foi o texto de mais participação popular e de elaboração plural que se registra no Brasil. Apesar de reconhecer algumas situações de direito, tornando assim, o conceito mais aberto, não abrangeu a união homoafetiva, uma minoria desamparada.

2 A PROTEÇÃO DA FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL COMO FENÔMENO DO SÉCULO XXI

O século XIX foi marcado pelas grandes codificações, notadamente uma influência do Código Civil napoleônico. Derivado de um processo de consolidação em um único diploma para tratar de um ramo do direito e com a conseqüente criação de um microsistema, estabeleceram-se os códigos civil, de processo civil, penal, de processo penal, e isso foi uma tendência adotada no mundo.

Passando ao século XX, percebe-se que começaram a surgir codificações, conseqüentemente surgiram os microsistemas e com isso o direito foi se especializando em

novas disciplinas, tais como direito do trabalho, direito tributário, direito do consumidor, sendo que para cada uma delas foi criado um código.

Para falar da constitucionalização do Direito Civil é necessário um olhar sobre o Código Civil de 1916, que recebeu influências da Revolução Industrial, trouxe em seu bojo o modelo de família somente de aparências, tão somente como núcleo de patrimônio e posterior transmissão aos herdeiros, dessa forma não era possível o divórcio, por conta da destituição da sociedade. Pelas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2015, p. 5):

Mais ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhado com os valores dominantes naquele período da Revolução Industrial.

Paralelo a isso, como demonstrado no item anterior, o Brasil teve de 1824 até os dias atuais sete Constituições, dentre as quais o Código Civil de 1916 sobreviveu há pelo menos seis. Só por isso demonstra-se uma certa estabilidade e domínio do Direito Civil em detrimento de assuntos constitucionais, que somente ganharam força a partir da Constituição de 1988.

As constituições anteriores dotadas de cunho liberal, eram omissas quanto ao direito privado, ficando a cargo do Código Civil Brasileiro de 1916, normatizar o direito privado. Essa característica do Estado Liberal, privilegiava a valorização do patrimônio e patrimonialização, ao invés do ser humano enquanto indivíduo. Mudando o cenário do século XX e dando enfoque a valorização da pessoa humana e a personificação, o Estado Social trouxe as constituições que tratam de direitos privados, obrigando a leis infraconstitucionais seguirem a interpretação de acordo com seus princípios gerais. Sendo esses “a) relativização dos direitos privados que devem cumprir com a função social; b) vinculação ético-social dos direitos; c) redução do formalismo exagerado que impera no direito privado clássico do século XIX” (CASSETTARI, 2016, p. 27-28).

Os princípios do Direito Civil Constitucional (CASSETTARI 2016, p.28), são a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), a solidariedade social (art. 3º, I, da CF) e a igualdade ou da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF), e é a partir desses princípios que também podem ser considerados valores, que os direitos civis são posicionados no ordenamento jurídico.

3 BREVE HISTÓRICO DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA NA ANTIGUIDADE E A CRISE NA FAMÍLIA TRADICIONAL NA MODERNIDADE

A família na Antiguidade clássica tinha como princípio constitutivo a religião, a qual também era a referência da sociedade, para organizar-se de forma hierárquica. As civilizações antigas se valiam da religião como modo de organização, isto é, a religião tinha uma função de reger as relações humanas em especial a família, por ser a estrutura mais primitiva e fundamental da humanidade, cabendo destacar que “não foi a religião que criou a família, mas foi ela que lhe concedeu regras” (WOLKMER, 2012. p.121).

O que unia os membros da família, e, por sua vez pessoas sem nenhum vínculo parental, pode-se afirmar, que era a religião. Neste sentido, a família era mais uma associação religiosa do que uma associação natural, e o casamento surgiu, primeiramente, como uma regra estabelecida pela religião doméstica. Como bem expressa Antonio Carlos Wolkmer (2012, p 1):

Toda cultura tem um aspecto normativo, cabendo-lhe delimitar a existencialidade de padrões, regras e valores que institucionalizam modelos de conduta. Cada sociedade esforça-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social. Constata-se que, na maioria das sociedades remotas, a lei é considerada parte nuclear de controle social, elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas. A lei expressa a presença de um direito ordenado na tradição e nas práticas costumeiras que mantêm a coesão do grupo social.

A estrutura familiar da sociedade antiga (WOLKMER, 2012. p.129) pautava-se no princípio da autoridade paterna, se deslocando para o da compreensão e do amor. Assim, pode-se considerar a instituição da família na sociedade antiga como um pilar importante, pois parte-se do princípio que sempre existiu a necessidade de uma estrutura familiar para constituir uma sociedade organizada.

Dessa forma, a família antiga concebida em função da religiosidade, como tal, bem como algumas regras de convivência sendo consideradas nos dias atuais desumanas e passíveis de condenação no ordenamento jurídico brasileiro Antonio Carlos Wolkmer (2012, p 128):

O *pater familias*, tendo poderes ilimitados sobre a sua descendência e todos aqueles que estivessem sob a sua responsabilidade, exercia autoridade suprema, dispondo livremente de suas vidas e patrimônio. A mulher da família antiga lhe era totalmente dependente e seus filhos jamais alcançavam a maioridade, que não era concedida pela religião.

Diante disso, a família tradicional era compreendida como núcleo reprodutor, e como modelo patriarcal, predominando como base do casamento a transmissão da propriedade. Norteando-se pelas palavras de Anthony Giddens (2007. p. 63, 67):

A família tradicional era acima de tudo uma unidade econômica. A produção agrícola normalmente envolvia todo o grupo familiar, enquanto entre a pequena nobreza e a aristocracia a transmissão da propriedade era a principal base do casamento. Na Europa medieval, o casamento não era contraído com base no amor sexual, tampouco era encarado como um lugar em que esse amor deveria florescer.

À vista disso, era evidente a desigualdade entre homens e mulheres, onde a mulher era tratada como objeto e as crianças indivíduos sem direitos, já que não detinham, ao menos por critérios naturais, a mesma capacidade de produção e resistência física dos homens. A desigualdade que perpetuou-se pelo critério da força, hoje toma outros contornos, como por exemplo a hegemonia de classes, o acesso ao poder e aos bens de consumo, rompendo ainda mais as diferenças e caminhando para o inverso do reconhecimento e da emancipação, vez que é no trabalho e mais a fundo no capital que se sedimentam as relações.

Assim sendo, o modelo tradicional familiar foi colocado em xeque diante dos pós modernidade e com o advento das tecnologias. A família passa a ser compreendida muito mais a partir do elemento da socioafetividade, do que de cumprimento de formalidades. Assim, os laços são socioafetivos, não se tem a base social e a estrutura familiar como nos séculos anteriores, as pessoas se emancipam mais cedo, perdem seus pais no momento em que mais precisam, dessa forma encontram em outras pessoas a estrutura familiar que por algum motivo lhes foi tirada. A família pela visão de Ulrich Beck (apud BAUMAN, 2001, p. 13-14), surge da seguinte reflexão:

Pergunta-se o que é realmente uma família hoje em dia? O que significa? É claro que há crianças, meus filhos, nossos filhos. Mas, mesmo a paternidade e a maternidade, o núcleo da vida familiar, estão começando a se desintegrar no divórcio... Avós e avôs são incluídos e excluídos sem meios de participar nas decisões de seus filhos e filhas. De ponto de vista de seus netos, o significado das avós e avôs tem que ser determinado por decisões e escolhas individuais.

(...)

O que está acontecendo hoje é, por assim dizer, uma redistribuição e realocação dos “poderes de derretimento” da modernidade. Primeiro, eles afetaram as instituições existentes, as molduras que circunscreviam o domínio das ações escolhas possíveis, como os estamentos hereditário com sua alocação por atribuição de dependência e interação, tudo isso foi posto a derreter no cadinho, para ser depois novamente moldado e refeito; essa foi a fase de “quebrar a forma” na história da modernidade inerentemente transgressiva, rompedora de fronteiras e capaz de tudo desmoronar.

É como se o indivíduo perdesse seu cadinho³ e tem como sentido e objetivo de vida a liquidez de ir se encaixando onde é aceito e onde se identifica. Dessa forma, vai perdendo sua identidade, por exemplo para conseguir um emprego⁴, deixando sua forma para adquirir a forma que a sociedade impõe. Assim, os cadinhos vão se moldando e se o indivíduo não se “atualizar” ficará para trás, seu conteúdo não comporta a forma exigida. E, o grande trauma é que não tem para onde se socorrer, se o Estado não lhe dá a assistência necessária.

A crise da família é decorrência de uma crise de poderes conservadores, que não se permitem perder o terreno para a pluralidade⁵:

Quando nos referirmos à crise da família, estaremos remetendo a este conceito, aproximado para o modelo da família moderna clássica que se baseia em um único núcleo parental (pai-mãe-filho), tendo como centro a ideia de afeto, baseado na concepção de criança como um mito de espontaneidade e inocência.

(...)

A crise da família revela-se na crise das relações de gênero, no enfraquecimento do patriarcalismo, na emancipação feminina e na afirmação de novos papéis sexuais conquistados pelo homossexualismo. O aumento da quantidade de divórcios e a substancial diminuição de casamentos formais aliados à redução drástica do número de filhos são fatores que confirmam a crise da família moderna tradicional.

(...)

A simples constatação de todas essas mudanças é mais do que suficiente para confirmar que aquele modelo clássico de família, construído a partir da modernidade, não se sustenta mais e que novos caminhos devem ser traçados a partir da nova realidade que se configura e se desenvolve a uma velocidade cada vez maior. (GERMANO, 2011, p. 116-118)

A Constituição começou com excelência, positivando os direitos das famílias, mas a crise começou quando o Poder Executivo e o Legislativo deixaram a cargo do Poder Judiciário a decisão, nascendo a jurisprudência, à exemplo o reconhecimento da união homoafetiva⁶, a equiparação do companheiro e cônjuge a fim de sucessão⁷ e a partilha de bens no concubinato⁸.

³ Bauman refere-se ao cadinho como o recipiente que acomoda o conteúdo imaterial do ser humano, suas referências, emoções, sentimentos, valores e intenções, tudo aquilo que é líquido na essência do indivíduo. Então o cadinho é a família, para os efeitos desse trabalho.

⁴ Hoje para ter acesso ao mercado é preciso seguir o padrão, ser heterossexual, branco, sem antecedentes criminais, com curso superior e com experiência e, muitas vezes, de família tradicional, ter um pai, uma mãe, um avô, um parente, enfim, um apadrinhamento para “abrir caminhos” profissionais. E muitas pessoas não tem esses requisitos.

⁵ Partidos em disputa pelo capital político dos evangélicos para 2018, o número de membros da religião saltou 61% em dez anos e criou um estoque de barganha eleitoral aos pastores. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/29/politica/1511910263_276710.html?id_externo_rsoc=FB_CC> acesso em: 04 dez 2017.

⁶ ADPF 132, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 Divulgado em 13/10/2011 Publicado em 14/10/2011 e ADI 4277, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 Divulgado em 13/10/2011 Publicado em 14/10/2011

Dessa forma, entende-se que a fim do “jogo político”, os cidadãos se filiam a partidos de extrema autoridade e conservadores, caindo na história de que não se pode constituir outro tipo de família senão o estabelecido pela religião – ou seja a família tradicional é aquela fundada na sociedade patriarcal, onde a mulher e os filhos não têm voz. Dessa forma, mantendo um retrocesso de pensamento muito grande. Como bem expressa Maria Berenice Dias (2017, p.1) “o fato é que, sem esperar que o legislador pare de temer a perda de eleitores caso cumpra seu papel de inserir no âmbito de tutela do Estado a realidade da vida como ela é, o Poder Judiciário continua mantendo seu vanguardismo”.

4 A FAMÍLIA COMO INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DE CIDADANIA

No mundo contemporâneo, não diferente das épocas anteriores da humanidade, o direito não acompanha com o mesmo passo os avanços da sociedade. Todavia, na atualidade, os fatos se dão em velocidade nunca vista antes, a tecnologia e a globalização acabam por dissolver com mais facilidade as ideias preconcebidas e com isso a instabilidade já não tem em um direito por vezes arcaico a fonte de segurança necessária para a organização da vida.

O direito não acompanhando as pessoas no mesmo ritmo de desenvolvimento, leva ao Poder Judiciário uma tarefa hercúlea, de pelas entrelinhas da hermenêutica, legislar a fim de garantir direitos, ou seja, o direito só é conquistando nas cortes superiores.

Com as noções e percepções de família, não é diferente. A base da sociedade, conforme alçado no artigo 226 da Constituição, sequer é acessível pelas minorias e o elemento fundamental da socioafetividade é relativizado ante à hipertrofia dos padrões tradicionais. Por outras palavras, a família da pós-modernidade tem seu princípio constitutivo na socioafetividade, ou seja, é na estabilidade e no reconhecimento dos laços afetivos que se erige o direito fundamental à família, que hoje é um recorte plural.

Atualmente, há pessoas que têm família, mas essa família não é reconhecida pelo ordenamento jurídico, ou seja, não há uma situação que lhes forneça o amparo e a estabilidade do Estado.

Excepcionados do Estado de Direito e pela sociedade – que é conduzida pelo pensamento hegemônico da maioria – indivíduos que não se enquadram nos padrões ficam

⁷ RE 646721, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, DJe-204 Divulgado em 08/09/2017 Publicado em 11/09/2017 e RE 878694 RG, Relator: Min. Roberto Barroso, julgado em 16/04/2015, DJe-092 divulgado 18/05/2015 publicado 19/05/2015

⁸ Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

exclusivamente dependentes da vontade do Poder Judiciário para que tenham sua família reconhecida e se não houver um ativismo judicial acabam no limbo sem direitos.

Pensar o direito à família como fundamental é num dado momento cumprir com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e sem preconceitos, nos termos do artigo 3º, I da Constituição Federal de 1988, trazendo então o debate para esfera constitucional dada a importância do reconhecimento público de um direito que ostenta como pano de fundo a base da sociedade conforme o artigo 226 da Constituição.

5 O DIREITO À FAMÍLIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Na família tradicional todos careciam de direitos. Nos tempos atuais, mesmo com uma Constituição extremamente plural – se comparada com as anteriores – ainda nos deparamos com situações que excepcionam minorias e vulneráveis do acesso e da fruição dos direitos, especialmente as crianças e adolescentes enquanto seres humanos em desenvolvimento, originando o ECA para amparar de forma específica essa situação. No entanto, há que se conjugar os preceitos que conduzem a proteção integral deferida às crianças com a condição inseparável de convívio e desenvolvimento na companhia materna, sendo crucial a comunicação das fontes para nortear o ativismo judicial neste sentido⁹.

Na família tradicional não eram só as mulheres que careciam de direitos: o mesmo se dava com as crianças. A ideia de consagrar os direitos da criança na lei é, em termos históricos, relativamente recente. Em períodos pré-modernos, como hoje nas culturas tradicionais, as crianças não eram criadas no interesse delas próprias, mas para a satisfação dos pais. (GIDDENS, 2007, p. 64)

Pensando o Direito de Família, é no afeto que se estabelece a vinculação entre os indivíduos, fazendo surgir a sua aplicação principiológica. Pois os princípios, ao contrário das regras, são capazes de nortear as decisões nos casos concretos sem perder de vista o objetivo maior (ZAGREBELSKY, 2011, p. 110-111), no caso, a própria existência humana, uma vez compreendido o papel institucional e formador do ser que é desempenhado pela família.

O afeto é considerado como expressão de felicidade do ser do ser humano. Como parece ser uma corrente filosófica de vida, ou até mesmo uma escolha - onde as pessoas podem ou não escolher livremente o que fazer de suas vidas -, por estar ligado somente ao aspecto de felicidade, de forma a mensurar o valor das escolhas das pessoas o Estado

⁹ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/02/20/em-habeas-corpus-coletivo-stf-concede-prisao-domiciliar-a-mulheres-gravidas-e-maes-presas.htm> Acesso em: 22 fev. 2018.

simplesmente retira seu papel de impor obrigação a si para com os cidadãos, e não assegura o afeto como valor e direito fundamental deixando a desejar.

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado. (DIAS, 2015, p. 52,)

Muito mais profundo do que simplesmente ser considerado como expressão da busca da felicidade, o significado de afeto ultrapassa essa felicidade para atingir a razão eudaimônica – uma felicidade permanente em que o indivíduo está completo e alcança seu bem-estar – no momento em que o STF equiparou o companheiro e cônjuge para efeitos sucessórios, assim como constitucionalmente já reconhecida a filiação sem distinção de adotivos ou fora do casamento de fato, buscou a mesma *ratio* afetiva. Fica evidente que a forma que as pessoas constroem sua família é através do afeto, assim, considerar só a busca da felicidade seria diminuir seu valor e não agregar o valor essencial, pois as pessoas precisam de sua situação regularizada para ter dignidade para trabalhar, estudar, frequentar qualquer lugar sem que seja diminuído.

Mesmo que a palavra afeto não esteja no texto constitucional, a Constituição enlaçou o afeto no âmbito de sua proteção. Calha um exemplo. Reconhecida a união estável como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica, como ela se constitui e sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ou seja, houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais.

(...)

Como diz João Baptista Villela, as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor. (DIAS, 2015p. 52-53)

Os direitos fundamentais dentro de um ordenamento jurídico, ocupam lugar de destaque e importância, pois, ao lado da organização do Estado são elementos constitutivos da Constituição (SCHMITT, 1996). Não só por isso são considerados de alcance supralegal, ou seja, são mais importantes do que as leis, mas principalmente se destacam por que carregam

em si a dignidade da pessoa humana e diante disso, gozam de especial proteção dentro do sistema jurídico. Pelas palavras de Ingo Sarlet (2015, p. 82):

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Dada à dificuldade, de se ter um conceito de direito fundamental, tendo em vista que uma de suas características é manter-se aberto para novas ideias que lhe proporcione um alcance e eficácia, é uma tarefa enfrentada por diversos doutrinadores. No entanto para efeitos deste trabalho, considerar-se-á apenas a diferenciação entre direito fundamental formal e direito fundamental material.

Neste contexto os direitos fundamentais formais são aqueles que integram o catálogo exposto no Título II da Constituição Federal, não demandando maior esforço para sua identificação. Já os direitos fundamentais materiais encontram-se dispersos pelo texto constitucional sendo necessário verificar a sua aderência quanto ao conteúdo e importância que são capazes de dar-lhes o tom de fundamentalidade. Dessa forma, a que se observar não apenas a relevância do bem jurídico tutelado, mas para que se identifique um direito materialmente fundamental é preciso perceber as intenções do constituinte quando tratou determinado tema na Constituição.

Feita esta breve excursão, pelo até aqui apresentado acerca da família, bem como pela importância dada pelo legislador constituinte à família no artigo 225 da Constituição de 1988, já aqui também comentado, é de se notar que se trata de um direito fundamental.

Cabe explicar que a dignidade da pessoa humana, que é veiculada nos direitos fundamentais “pressupõe a compreensão e o respeito ao desejo das pessoas de constituírem uma família fora do modelo convencional” (DIAS, 2017, p.2). Assim, é preciso ainda vencer a ideologia tradicional que dissemina o retrocesso de pensamento nos indivíduos, permitindo preconceito legalizado e deixando famílias desamparadas sem reconhecimento no ordenamento jurídico.

Portanto a família constitucionalmente protegida, deve ser respeitada tanto pelo Estado como pelos particulares, não importando sua formação, pois:

As formas de amar e constituir família, não pode significar exclusão, desamparo e invisibilidade jurídica. O Estado não pode proibir e nem se intrometer na esfera da intimidade de ninguém. Cabe-lhe apenas atribuir a quem escolheu compartilhar a vida com alguém. (DIAS, 2017, p.2)

Dessa forma, toda vez que o Estado ou os particulares não reconhecem as formas contemporâneas de amar e constituir família, isto é, negam o direito à família, estão violando direitos fundamentais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito enquanto ciência não é exato, muito menos enquanto um fato social é imutável. Ao longo da história o direito acumulou avanços e retrocessos, em momentos servindo de ponto apoio para a sociedade sob o aspecto de sua organização, em outros constituindo-se em um desafio de superação para viabilizar ganhos sociais.

A sociedade ao seu turno reflete uma contínua alteração por vezes fluindo sem se prender ao direito, de modo que não é possível se afirmar que há um vínculo entre direito e sociedade, mas ao mesmo tempo, percebe-se que estão imbricados.

Assim, também o direito à família vem se transformando, constituindo-se a partir do afeto, onde o importante é ser família, e ser incluída no ordenamento jurídico e proteção digna do Estado.

Tem-se a Constituição Federal não como o fim das coisas, mas como o início das coisas, é a partir da Constituição que o direito vai se construir. Dessa forma, quanto mais busca-se na constituição, mais longe a potência do direito será alcançada –como se fosse uma flecha, quanto mais puxada para trás, mais alcança a todos os direitos.

O princípio da dignidade humana expressa a ideologia da Constituição, mas não se concretiza por seus termos, isso é tarefa dos atores sociais, a de dar para Constituição uma interpretação ativa, interpretação ampla.

Não é dado a ninguém o direito de violar a garantia de cada pessoa, de intervir nas escolhas das pessoas. O nosso século não permite que seja abrangido no arquétipo de família um modelo tradicional e fechado, sem que se reconheçam outras formas de afeto, para que de maneira aberta seja dado tratamento igual a todos. O Estado e os particulares que defendem a aplicação estrita da Constituição e da lei, retiram da pessoa o direito de ter uma família e conseqüentemente a estrutura básica social, que se inicia com suas potencialidades, propósito de existência e busca pela felicidade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradutor Plínio Dentzien Rio de Janeiro: Zahar, 2001

BRASIL. **Constituição (1891)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> acesso em 28 dez. 2017.

_____. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> acesso em 27 dez. 2017.

_____. **Constituição (1937)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil: outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> acesso em 27 dez. 2017.

_____. **Constituição (1946)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> acesso em 27 dez. 2017.

_____. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil: outorgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> acesso em 29 dez. 2017.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em 27 dez. 2017.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CASSETARI, Christiano. Elementos do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **2017: um ano cheio de avanços!** Disponível em: <

[http://mariaberenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2_13079\)2017_um_ano_cheio_de_avancos.pdf](http://mariaberenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_13079)2017_um_ano_cheio_de_avancos.pdf) > acesso em: 05 jan. 2018.

_____. **Manual de direito das famílias.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional.** Londrina: Universidade de Londrina. 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** Volume 6. São Paulo: Atlas, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole.** 6ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007

GERMANO, Marcelo Gomes. **Uma nova ciência para um novo senso comum.** Campina Grande: EDUEPB, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos na perspectiva constitucional.** 12 ed Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución.** Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil.** 10 ed. Madri: Trotta, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito.** 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012