

AS FAMÍLIAS CONSTITUCIONAIS

Luiz Edson Fachin

Doutor em Direito

Afiliação institucional: Supremo Tribunal Federal (Brasília, DF, Brasil)

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/4307976407499274>

Como citar este trabalho / How to cite this work (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

FACHIN, Luiz Edson. As famílias constitucionais. Palestra proferida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, em evento promovido pelos Núcleos Virada de Copérnico e de Direitos Humanos e Vulnerabilidades, pelo PPGD/UFPR e pela CAPES. Realizada de forma remota em dois de março de 2021, a partir das 09h00. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 67, n. 2, p. 189-203, maio/ago. 2022. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/87179>. Acesso em: 31 ago. 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v67i2.87179>.

Prof.^a Ana Carla Harmatiuk Matos¹

Bom dia a todos e todas. É com uma enorme alegria que recebemos o professor e ministro Luiz Edson Fachin nessa atividade que é um elo entre o Dinter, o nosso Doutorado Interinstitucional da Universidade Federal do Paraná e a Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, aqui honrosamente representado pelo nosso Diretor da Faculdade de Direito, o professor Sergio Staut², e também pelo professor Sergio Alexandre³, da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, e o professor Gustavo Feitosa⁴, representando aqui o Mestrado Profissional da Unifor.

Nessa atividade, o professor e ministro Fachin falará sobre as Famílias Constitucionais.

Prof. Sergio Said Staut Junior

Dando início eu gostaria, primeiramente, agradecer muito aos organizadores desse evento, especialmente a professora Ana Carla, que abre a sua disciplina para um evento especialmente interessante, e repleto de significados para muitos dos que aqui estão, mas especialmente para quem vos fala.

Fui aluno do professor Fachin, ministro Fachin, durante praticamente toda a minha graduação. E ele foi nosso paraninfo.

Então gostaria muito, professora Ana, de agradecer a organização desse evento e estendo os meus agradecimentos aqui também ao professor Gustavo Feitosa e ao professor Sergio Alexandre.

¹ Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0802929603563951>.

² Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9466092083737589>.

³ Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8429436981406857>.

⁴ Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4608410457474387>.

Um agradecimento, obviamente formal, mas também emotivo, aqui, ao ministro, ao professor Fachin, que gentilmente atendeu o nosso convite. O Direito Civil, especialmente o Direito de Família desses últimos 30 anos, passou por uma transformação enorme. Nós temos, absolutamente, vocês sabem disso, um outro Direito de Família no Brasil, um direito muito melhor – diga-se de passagem – do que eram Direito Civil, o Direito de Família, pré-Constituição de 88.

Nós estamos conversando hoje com um construtor desse Direito de Família novo pautado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Professor Fachin, muito obrigado por estar aqui com nossos alunos e colegas professores.

Prof. Gustavo Feitosa

Bom dia a todos e a todas. Queria iniciar aqui agradecendo a gentileza da professora Ana Carla de ter feito essa ponte ligando as três instituições. É um momento muito feliz, né, poder ter esse encontro entre a Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, a Universidade da Federal do Paraná e a UNIFOR.

E quero agradecer a oportunidade de estar aqui com o ministro professor Edson Fachin, algo muito rico para todos nós, uma grande honra, uma grande satisfação. Então, o Mestrado Profissional agradece demais essa oportunidade.

Prof.^a Ana Carla

Passo breve resumo da trajetória acadêmica do ministro Luiz Edson Fachin, que dispensa apresentação. O professor Fachin tem mestrado e doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pós-doutorado pelo Ministério do Canadá. Ele tem sua formação vocacionada e dedicada à nossa Universidade, onde foi coordenador de curso, diretor, coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado da UFPR, na época que muitos de nós éramos discentes lá e quando trouxemos o patamar da qualificação pelos órgãos de categorização dos programas de pós-graduação, tão importante para que pudéssemos alcançar patamares para bolsas, pesquisas e tudo o mais que dali surgiu. Foi sob a batuta do professor Fachin que atingimos estes níveis de excelência.

Então, se hoje podemos desenvolver atividades como um doutorado interinstitucional, é porque, em outro momento, alguém desbravou esse caminho. E essa pessoa foi o professor Fachin. Também criou o grupo “Virada de Copérnico” que segue até hoje ativo e com muitos pesquisadores,

Vou destacar aqui três obras – porque o evento de hoje é sobre Direito das Famílias: “Estabelecimento da Filiação e Paternidade” e “Da Paternidade” foram ícones no reconhecimento, hoje consagrado em tese de repercussão geral, da filiação socioafetiva. Então, pioneiro nesses

assuntos no nosso País foi o professor Luiz Edson Fachin. O seu livro também, “Patrimônio Mínimo”, é de grande destaque e aplicação no âmbito familiar.

Seu último livro fala em fim. E nós esperamos que esse fim da vida dedicada especialmente à atividade acadêmica seja temporário e que o professor-ministro esteja sempre ligado a atividades acadêmicas entre nós. Afinal de contas, somos todos frutos desse especial trabalho dedicado à nossa Universidade. O professor [Fachin] sempre será nosso mestre, por isso especial poder agora, nós agora como professores, com nossos alunos, continuar sua presença, ministro. Te passo a palavra.

Prof. min. Luiz Edson Fachin

Muito obrigado, professora Ana Carla, pela sua gentileza, pelo carinho, pela acolhida e pelo honroso convite que atendi prontamente, quer em homenagem a quem o formulava, quer também em homenagem ao trabalho importante que vejo espelhado nesta tela de computador, com mentes e corações que estão gasolinados pela dúvida, pela interrogação, pelos caminhos extraordinários que o conhecimento pode abrir para emancipar as pessoas para buscarmos uma sociedade mais justa, mais igualitária; e, evidentemente, somente uma sociedade justa e igualitária terá, como dizia Horkheimer, a família justa e igualitária.

Portanto, estou aqui com muito prazer, agradeço e parablenizo a professora Ana Carla pela iniciativa, peço a todos que retirem os excessos de bondade com qual, com os quais ela me dirige.

A professora Ana Carla é prova viva, ao lado do professor Sergio Staut, que um professor mediano consegue não atrapalhar seus alunos e os alunos se tornam melhores do que os professores, para alegria dos professores.

Ver o professor Sergio Staut, quem eu também cumprimento, hoje diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, da centenária UFPR, minha *alma mater*, é uma alegria muito grande; e me sinto, verdadeiramente, com o coração sentado ao seu lado, na cadeira de diretor. E não poderia estar em melhores mãos a Faculdade de Direito, nomeadamente a nossa quadra histórica.

Estudar Direito significa, antes de tudo, estudar a essência daquilo que nos define como natureza humana, daquilo que nos define como integrantes de um pacto civilizatório, que não pode ser um pacto de parasitas a dizimar esse grande hospedeiro que é a nossa casa comum.

Parabéns, professor Sergio Staut. Sucesso nos seus afazeres. Quero também cumprimentar o professor Gustavo Feitosa: é um prazer, aqui, vê-lo. Cumprimentar a todas as alunas e os alunos aqui presentes, desejar que a exposição que eu irei fazer seja proveitosa para os vossos afazeres.

Eu pretendo, num tempo aproximado de 50 minutos – digamos assim –, expor algumas ideias que podem representar, segundo o que tenho sustentado, a base constitucional do governo jurídico das relações familiares. Antes de tudo, tomemos como premissa dessa exposição a ideia segundo a qual a travessia da modernidade à contemporaneidade implicou na superação da centralidade do pensamento codificador pela centralidade do pensamento constitucionalizador.

Isso se deu na metódica, isso se deu na espacialidade do conhecimento, isso se deu no transcurso da própria cultura jurídica e isso corresponde a dizer que esse fenômeno da – que hoje se coloca – da centralidade dos princípios e regras, portanto, das normas constitucionais, corresponde a uma tríplice dimensão deste fenômeno contemporâneo que não é apenas a constitucionalização do Direito Civil, de um modo geral, e do Direito de Família, de um modo especial, mas sim a sua constituição em três bases essenciais vincadas a partir da Constituição.

A primeira dessas bases é a sua percepção formal. Em outras palavras, há, portanto, uma Constituição formal, expressa, explícita, que dá conta desses princípios e regras que se espalham para as relações interprivadas de um modo geral e, evidentemente, no nosso caso aqui, para as relações da coexistencialidade, eis que o Direito de Família é, fundamentalmente, o governo jurídico da coexistencialidade. Não se resume a relações parentais em sentido estrito, compreende aquilo que genericamente designamos de projetos parental e, na verdade, tem o sentido de nos localizar espaço-temporalmente na dimensão da nossa existência, nessas redes que nós formamos e vivenciamos na passagem que aqui temos pela casa comum.

Todos sucedemos e seremos sucedidos. Na finitude dessa nossa presença é que se instala a dimensão, por assim dizer, de permanência da nossa presença, porque aqueles que nos antecederam de algum modo continuam presentes naquilo que somos. Nós somos, portanto, o resultado de um pretérito que se presentifica e, ao mesmo tempo, nós também estamos construindo, no tempo presente, aquilo que irá nos suceder, aquilo que nos sucederá do ponto de vista do resultado das construções que estamos a fazer por ações e omissões.

Por isso, a constituição formal do Direito Civil é a expressão concreta do conhecimento que se tem expresso, explícito. E, em cada tempo, o conhecimento do ponto de vista da moldura, se expressa de uma determinada forma. O ícone da modernidade foi a codificação civil, o ícone da contemporaneidade é ou são as constituições. Por isso, do ponto de vista formal, nós trabalhamos com esta primeira dimensão, que é de uma objetiva recognoscibilidade desses conjuntos de princípios e regras, a partir de um discurso que é articular mediante tensões criativas, na doutrina, na legislação e na jurisprudência. E, como produto desta tríplice base, nós reconhecemos uma ordem jurídica positivada.

Ao lado dessa dimensão formal, há uma dimensão substancial, que forma a constituição substancial do Direito Civil. Isto significa que a constituição substancial do direito coexistencial, dentro do Direito Civil, diz respeito ao conjunto de princípios e de valores que podem ser extraídos daquele sistema jurídico positivado, todas as suas extensões e possibilidades. É por isso que a Constituição é, a rigor, um ponto de partida hermenêutico; ou seja, o que está, em matéria de família, no art. 226 da Constituição da República, é um ponto de partida do ponto de vista da sua compreensão hermenêutica. Vale dizer, nós temos, do ponto de vista formal, uma ordem positivada e, do ponto de vista substancial, um conjunto de possibilidades que se abrem no campo das construções que podem ser realizadas, fundamentalmente, por três grandes agentes dessas construções.

Quem pesquisa, portanto, quem pesquisa e publica doutrina, quem legisla, expondo os motivos da legislação infraconstitucional e quem realiza a prestação jurisdicional: o doutrinador, o legislador e o aplicador constituem esta tríplice base fundante do Direito Constitucional substancial das relações coexistentiais.

E, por derradeiro, agregando-se a essas duas iniciais perspectivas, há uma dimensão prospectiva da Constituição do Direito Civil. Em outras palavras, como o tempo presente é a síntese de múltiplas determinações, como já escreveu alguém; ou seja, o presente é o legado que se presentifica na decodificação que nós conseguimos fazer com o estado da arte do conhecimento que atualmente temos, na área do Direito, portanto o presente haure este legado e o decodifica, fazendo, na medida do possível, as respostas que entende cabíveis, corretas e adequadas para os fatos sociais que são capturados pela tensão fato-norma ou Direito e realidade social; nessa perspectiva, ao assim procedermos no presente, nós também pensamos as relações coexistentiais que virão.

Ou seja, a perspectiva de um fim como finalidade, como objetivo almejado, não é a perspectiva de uma terminação: o presente não se encapsula. Portanto, quando se fala do fim do presente, estamos a falar do amanhã, do porvir, do que virá: daí o vocábulo *constitucionalização*, começando do seu segmento étimo ao final, é ação de constituir e reconstituir permanentemente os significados dos significantes que integram a teoria e a prática do direito interno ao discurso jurídico e à sua aplicação concreta, que fazem dialogar conhecimento e experiência.

É nessa tríplice base que vejo a constituição do Direito das relações coexistentiais, que também conhecemos como Direito de Família, Direito das Famílias, direitos subjetivos do projeto parental, enfim, esses que, do ponto de vista formal, esses núcleos de relações têm um assento específico e explícito no pacto fundante que constituiu a nossa sociedade.

Quando a Constituição de 1988 constitui a sociedade e constitui o Estado brasileiro, eis que houve aqui uma entrada e saída nas relações sociais com as relações jurídicas: não foi apenas a

sociedade que edificou a constituição e reedificou o Estado, democratizando e constituindo uma sociedade aberta e plural. Na verdade, a Constituição – com perdão do pleonasmo –, como escreve o professor Menelick de Carvalho Netto, a Constituição também constituiu, a seu turno; daí os *inputs* e *outputs* entre o sistema da sociedade e o sistema jurídico; a Constituição também constituiu a sociedade.

E ao dizer, portanto, que a família é a base da sociedade, a família é a base da sociedade constituída pela Constituição e, portanto, as características da sociedade constituída pela Constituição devem estar presentes na família por ela também constituída. Por isso, o art. 3º da Constituição estabelece como fim, como finalidade, como perspectiva, como compromisso de realização – dever de casa esse em relação ao qual todos ainda estamos em débito, mas que está presente neste compromisso de índole constituinte constitucional – é o de termos uma sociedade livre, justa e solidária, diz o art. 3º da Constituição.

A base da sociedade, a família, portanto, também há de ser livre, justa e solidária. Família ou famílias não de ser livres. Isto não significa que sejam despidas de deveres: ao contrário, significa realizar os seus deveres. Aqui abro uma nota de rodapé para lembrar o que dizia o Italo Calvino, em sua obra “Por que ler os Clássicos”. Dizia ele que é mais livre o poeta que conhece a métrica e a desobedece de que o romântico que não conhece regra nenhuma e sai escrevendo coisas a esmo. Daí, portanto, quando eu estou falando de liberdade, eu não estou falando de desconhecimento dos limites, mas também não estou falando de limites que sejam amarras insuperáveis: estou falando de ressignificação permanente dos significados.

Portanto, nós, numa sociedade livre, justa e solidária, numa sociedade livre que respeita o projeto de vida, a autodeterminação, os interesses de cada membro que compõe a sua família e que supera, portanto, a dimensão transpessoal da família em favor de uma dimensão eudemonista da família, explicita o verdadeiro e substancial sentido da liberdade. Justa no sentido de não admitir discriminações.

Uma sociedade como a nossa, que ainda apresenta alta densidade de discriminação e de grosseiras e injustas circunstâncias fáticas e jurídicas em relação às questões de gênero, nomeadamente em relação às mulheres, às crianças e aos adolescentes – as mulheres que são especialmente essa maioria minorizada por esse conjunto de discriminações –, é uma sociedade cuja justiça ainda está para ser realizada, mas nada obstante a presença constitucional desta previsão, a presença constitucional normativa.

Não se trata de um discurso extrajurídico exógeno à ordem normativa, trata-se, na verdade, de uma principiologia axiológica de índole constitucional, vinculante e solidária, no sentido de

evidenciar que a dimensão insular dos sujeitos reconhece a essencialidade da individualidade, mas também reconhece a coindividualidade, a coexistencialidade. Por isso a dimensão solidária, por isso vivemos em conjunto com ônus e bônus na casa comum.

Daí porque, nessa tríplice base que a própria sociedade tem, a família vai beber das suas águas e, por isso, nós podemos a partir daí ver ou focalizar a família, o governo jurídico das relações familiares, em três perspectivas: a família como direito, a família como dever e a família como fato.

A família como direito corresponde à dimensão subjetiva em face da qual cada um de nós tem a pertinência subjetiva realizável de integrar um projeto familiar: isso corresponde ao respeito ao projeto de vida e à autodeterminação, porque, como estamos a falar da liberdade, não é possível, aprioristicamente, mediante juízos abstratos formais e generalizantes, edificar uma moldura onde o projeto de vida de cada um se insira. E, se a fotografia do projeto de vida de cada um não couber nessa moldura, dirá a dimensão da lógica formal abstrata, universalizante, generalizando: pior para o projeto de vida!

Não é assim! Ao contrário, é a fotografia do projeto de vida e da autodeterminação que explicita o sentido dessa pretensão subjetiva realizável de pertinência ao projeto parental. Em outras palavras, tomar parte de uma família deve corresponder ao projeto de vida. Constituí-la deve corresponder ao projeto de vida.

Por isso a ausência de modelos apriorísticos exaustivos do projeto de vida. A Constituição estabelece, sim, alguns modelos ou arquétipos das relações familiares, que são, evidentemente, importantes, porque eles atendem a uma projeção cultural que é simétrica com as práticas culturais, nomeadamente daqueles interesses predominantes que se projetam para a ordem jurídica – como, por exemplo, o casamento e a união estável.

Nada obstante, há uma construção importantíssima para considerar: que o conceito de família não é necessariamente um conceito que se exaure nesses arquétipos predeterminados, porque numa sociedade livre, justa e solidária a compreensão da família de ser também livre, justa e solidária, sob pena de fazermos letra morta ao que está normativamente previsto na Constituição.

Portanto, integrar a família permite ver inicialmente a família como um direito: o direito de ser família, o direito de estar em família. E isto – obviamente, para nós – não é nenhuma novidade. Desde a grande família ao tempo do Direito Privado clássico, ou seja, ao tempo das codificações oitocentistas ou ao tempo do nosso Código de 1916, em que vivenciamos a denominada “Grande Família”, família transpessoal fundada na desigualdade dos filhos quanto à sua origem, fundada num papel injusta e grosseiramente relegando a um segundo plano a mulher casada; enfim, esse modelo

de família, de qualquer sorte, tinha inúmeros obstáculos à realização desta pertinência subjetiva realizável de integrar a família.

O art. 358 do Código Civil de 1916 dizia que os filhos tidos fora do casamento não poderiam ser reconhecidos. Era o que Engisch, na sua “Introdução ao Pensamento Jurídico”, chamava de não direito. Ele dizia: isto que o direito faz assusta um biólogo, mas evidentemente significa que a ordem jurídica pode ser – e era e ainda é em alguma medida – uma ordem jurídica de exclusão.

A travessia da modernidade à contemporaneidade, ao alterar o pensamento codificador para um pensamento constitucionalizador, traduz uma diretriz de inclusão. Por isso, quando se prevê na Constituição a família livre, justa e solidária, estamos a falar de juízos de inclusão, de juízos de não discriminação, juízos que não eliminam as diferenças, mas, evidentemente, reconhecem as diferenças para dar o tratamento de vida – e muitas vezes diferenciador – para que todos tenham a mesma compreensão substancial da igualdade.

É nessa medida, portanto, que na família nuclear da modernidade, ou, melhor dizendo, na grande família da modernidade ou na família dita nuclear da contemporaneidade ou na família agora já denominada de pós-nuclear – tanto que, para determinados efeitos, a pessoa solteira família também é em si mesma considerada, como no caso da proteção do bem legal de família –, nesta dimensão, não há dúvida alguma de que a família se apresenta como um direito.

Ela também se apresenta, em segundo lugar, como um dever. E isso também decorre da Constituição, nomeadamente do art. 229, porque a família corresponde, portanto, a esta comunidade de entajuda, comunidade de entajuda que significa, portanto, uma comunhão de projetos de vida, onde cada um deve ter respeitada a liberdade de ser o que é na exata medida que respeita a liberdade do outro de constituir-se como assim o almeja e, na interseção dessas liberdades, encontrar uma zona comum a partir da qual os laços são tecidos e essa tessitura dá razão de ser ao ninho de afeto e de entajuda.

É isso que está na *ratio* do art. 229 e do art. 230 da Constituição: cuidado, ajuda, amparo; são todas ações, atuações, que revelam – não apenas quando vamos discutir esse tema em matéria de alimentos para saber, afinal de contas, se os avós respondem, se é preciso constituir litisconsórcio –, todos esses debates processuais que acabam sendo relevantes, mas aqui estamos a tratar de uma dimensão material, ou substancial; vale dizer, nós também temos deveres.

Como não somos sós, ainda que sós estejamos, e ao estarmos sós, sozinhos não estamos, porque nós somos nessa comunidade de entajuda. E essa comunidade de entajuda, portanto, ela é formada por diversos arquétipos e modelos, por diversas circunstâncias, algumas já capturadas pelas

lentes da juridicidade e outras que estão sendo construídas, daí a ideia que antes mencionei da constitucionalização prospectiva.

Há uma atuação contínua e incessante de ressignificação dos significados que compreendem a razão de ser dos significantes no discurso e na prática do Direito. Hoje, não há dúvida alguma que se fala em paternidade socioafetiva. Há 30 anos atrás isso pareceria um ponto fora da curva: hoje seria a curva que estaria fora desse ponto.

Se nós negássemos a dimensão jurídica do princípio da afetividade, que foi construída pela doutrina, como chamamos de doutrina, pela literatura jurídica, pelo legislador infraconstitucional e, obviamente, pela prestação jurisdicional. Portanto, a família como direito, a família como dever e, por último e não menos importante, a família como fato.

Os fatos não consultam os sujeitos para se apresentarem como tais. Há uma dimensão ontológica da vida que não faz assembleia com os valores dominantes num dado momento da sociedade para saber se, efetivamente, determinadas relações passam pelo crivo da inclusão.

Daí as tensões, que são bem-vindas. Esta clivagem que muitas vezes há entre o discurso normativo e a força construtiva dos fatos sociais muitas vezes nos abisma, porque, não raro, nós desejamos um corrimão de segurança formal com respostas adrede, aprioristicamente, estabelecidas e imaginamos que o dissenso seja a antessala da ruína. Não!

A crise, o dissenso, a controvérsia, o contrastar entre o discurso e a prática, pode ser, na verdade, um caminho para ressignificar determinados significantes. Como é que foi possível que os filhos denominados adulterinos comessem a ser, progressivamente, reconhecidos? Pela força construtiva dos fatos: filhos nasciam fora do casamento e não consultavam os legisladores do Código Civil, nem os grandes professores de Direito Civil!

Os fatos caminham a sua própria estrada e impõem interrogações para o Direito. A nossa grande habilidade, portanto, não está em decorar os conhecimentos, mas aprofundar tópica e sistematicamente as possibilidades hermenêuticas de encontrar respostas racionais e sistemáticas nesta crise entre a força construtiva dos fatos e o discurso jurídico, que não raro, por razões inerentes à noção de unitariedade, de sistematicidade, busca totalidade, completude, segurança jurídica formal.

Mas um pensamento tópico-sistemático que não descarta da unidade do ordenamento jurídico dirá que esse ordenamento, ele também é poroso e plural, ele também, sem perder a sua dimensão unitária, revela que a unitariedade convive com a heterogeneidade e que os saberes do Direito dialogam com a Economia, com a Filosofia, com a Cultura e, no caso do Direito de Família, nomeadamente com a Antropologia Cultural. Isto, portanto, significa reconhecer que numa sociedade

plural como deve ser a nossa só podemos ter famílias plurais, porque o contrário significa ir de encontro com a previsão da própria Constituição.

E creio que isto não depende do juízo de valor de cada um de nós: cada um de nós tem o inafastável direito de ter juízos de valor sobre as mais diversas circunstâncias, inclusive sobre arranjos e desenhos familiares. Mas o juízo de valor não pode ser um juízo de valor excludente. Ele pode ser e deve ser, sem dúvida, um juízo de valor de dissenso, de dissonância, mas não, evidentemente, de exclusão, porque se eu excludo o que de mim é diferente eu, na verdade, estou aniquilando as possibilidades construtivas e emancipatórias do entrechoque entre a teoria e a prática do Direito.

Colocadas as coisas deste modo e valendo isso, por assim dizer, como introdução, vou ver se resumo um pouco as outras ideias que gostaria de lhes mencionar: vejamos algumas das bases constitucionais dessa tríplice dimensão em face da qual a família se coloca como direito, como dever e como fato.

Pois bem. Desse ponto de vista, eu gostaria de inicialmente chamar a atenção para um dispositivo que muitas vezes passa ao largo da nossa compreensão em matéria de família, porque ele não está no capítulo da família na Constituição: é o que está no inciso 2º do art. 216 da Constituição e se refere ao respeito aos modos de viver. Tenho para mim que a compreensão que ali está – e eu entendo que a família é antes de tudo uma realidade cultural, sociológica e antropológica –, antes de ser uma destinação da ordem jurídica, portanto, ela se apresenta antes na ordem dos fatos; portanto, o Direito de Família é, antes de tudo, um direito de ser e de estar, que foi alçado pela Constituição ao patamar de uma existência digna e, portanto, nesta medida, a dignidade jurídica corresponde ao respeito dos modos de viver.

Isso significa, portanto, que, nas bases constitucionais, a família dialoga de maneira intensa com a dignidade humana – não apenas a dignidade da pessoa humana, mas a dignidade humana em sentido amplo – e, evidentemente, com os direitos humanos, significando, obviamente, que esta conquista, que muitos denominam de conquista civilizatória dos Direitos Humanos por Tratados e Convenções Internacionais, encontra-se presente na ordem constitucional do Brasil.

No Brasil, cumprir a Constituição significa atentar para a cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição e, portanto, normas e convenções internacionais, por exemplo, que protegem crianças e adolescentes, que protegem direitos humanos e garantias fundamentais; esses tratados e convenções se projetam na ordem jurídica interna pela cláusula de abertura. Aditem, portanto, o controle de convencionalidade, desafio esse que o Supremo Tribunal Federal ainda poderá realizar para dar plenitude ao controle de convencionalidade e representa, portanto, o compromisso

constitucional em face do qual, em termos da Construção de 1988, nós estamos apenas no começo desse caminho.

Não há um exaurimento da Constituição, quem está sentindo náusea constitucional mal começou a viagem. Esta narrativa de uma morte sem lágrimas da Constituição, cogitando alguns já de uma nova Constituição, é, a rigor, uma deslealdade ao projeto constitucional de 1988.

O nosso compromisso, portanto, é o compromisso que está na Constituição, é a sociedade constituída pela Constituição, o Estado constituído pela Constituição. Isso corresponde, portanto, a respeitar, por exemplo, não apenas o art. 5º e seu *caput* da Constituição, mas nomeadamente o seu inciso I, que é um vetor normativo vinculante e se aplica, tem sua eficácia, não apenas vertical, mas também horizontal: igualdade substancial significa igualdade nas relações interprivadas.

Daí porque, de há muito, quer no Brasil e quer em outros tribunais que se ocupam de missões constitucionais de modo parecido com o Supremo Tribunal Federal, emerge a teoria do impacto desproporcional como legitimadora de ações afirmativas, porque, precisamente, é disso que se trata quando se cogita da igualdade substancial. Assim também o § 6º do art. 226 e assim também causas de abertura que demandam uma atenção especial para todas as perspectivas da família constitucionalizada, inclusive na órbita do cuidado, que é extremamente importante, mas que não pode se converter no seu exercício na outra face da violência.

É fundamental ter presente, especialmente nos tempos de pandemia, é fundamental termos um olhar vigilante sobre todas as formas de violência redutíveis às violências de gênero e de modo especial a violência contra a condição feminina, que numa sociedade discriminatória já tem ínsita densidade de violência que é inaceitável e que às vezes se agrava do ponto de vista concreto e físico pelo feminicídio e tantas outras facetas desse horror que diz respeito à circunstância atinente às questões de gênero no Brasil.

Qual outra base constitucional coloca a família dialogando não apenas consigo mesma e com a órbita jurídica dos incluídos, mas especialmente a família com a pobreza e com desigualdade? É preciso levar a sério o § 7º do art. 226 da Constituição: 30 anos estão a reclamar um aprofundamento das políticas públicas de planejamento familiar e, nesse sentido, é fundamental, às vezes, colocar à mostra determinadas feridas e temas íngremes ou ásperos que precisam ser enfrentados, dentre eles a questão da interrupção voluntária da gravidez. Não é possível que não falemos sobre isso, porque debater de maneira nítida e transparente significa, no dissenso, independentemente do juízo de valor que cada um de nós tem sobre determinadas matérias. Nós não devemos fazer juízos de exclusão epistêmica e é nesta medida que nos aproximamos, como aquele infectologista que no laboratório examinando um vírus e, embora o considere como uma prova de animosidade contra si próprio, não

deixará de examiná-lo. A postura do plano do conhecimento não convive com o desconhecimento e com a não discussão e, portanto, com toda desigualdade discriminatória que há nesta matéria.

A família também chama, na sua base constitucional, um diálogo importante para superar os preconceitos de raça, de sexo e de tantas outras formas de discriminação. A família também dialoga, nas suas bases funcionais, com essa era que nós tivemos – e de algum modo ainda recebemos os seus efeitos –, a chamada era estatutária, a era dos estatutos, do que é exemplo o Estatuto da Criança e do Adolescente, do que foi exemplo a seu tempo a impropriamente chamada Lei do Divórcio e, muito antes, lá no início da década de 60 do século passado, com o chamado Estatuto da Mulher Casada, que alterava o art. 246 do velho Código Civil de 1916.

Por isso, essas bases funcionais todas procuram dar sentido ao que lhes falei ao começo: ou seja, a este tripé de que a família constitucionalizada, ou seja, o direito coexistencial visto nas lentes do pensamento constitucionalizador contemporâneo, apresenta-se do ponto de vista formal, substancial e prospectivo. Formal é a instância do sentido da regra positivada na legislação constitucional e infraconstitucional, com seus limites e possibilidades. Substancial é a expressão normativa e vinculante dos princípios expressos ou implícitos na ordem jurídica positivada e que compõem o ordenamento: sua previsão, explícita ou não, é também elemento da unidade de sua compreensão e aplicação. E prospectiva é a atuação hermenêutica da reconstrução permanente, correta e adequada dos significados que se aplicam aos significantes que integram a teoria e a prática do direito coexistencial.

Sobre o tema do retrocesso, vejo com duas perspectivas muito nítidas, pelo menos do meu ponto de vista. A primeira delas é que talvez nós subestimemos a força motriz da Constituição. O valor gerador da energia constitucional está presente, não acredito que ele será afastado.

É claro que há ameaças e para isso o silêncio não é um bom companheiro, mas ele representa esse valor, esse combustível constitucional, ele representa a possibilidade de nós, com alguns solavancos, algumas sístoles e diástoles, mantermos a órbita constitucional. Portanto, aqui eu tenho um certo credo normativo – para usar uma palavra do professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz –, um certo credo normativo na Constituição.

A Constituição produz confiança e, portanto, mantermo-nos próximos da Constituição, na defesa da Constituição, significa produzir confiança, no sentido de que os limites e as possibilidades nela estão dados.

Quanto ao retrocesso, especificamente, retrocesso constitucional é uma antinomia, do ponto de vista da teoria constitucional contemporânea. Não há retrocesso dentro da mesma moldura de legalidade constitucional. Esse retrocesso é, na verdade, uma violação constitucional, porque dentro

de uma mesma ordem constitucional do Estado Democrático de Direito, as ordenações que implicam em furtar avanços que se deram filtrados pela Constituição, esses recuos são, na verdade, afrontas à Constituição e são, portanto, ilegítimos, além de serem violadores da legalidade constitucional.

Por isso, vejo com bastante nitidez que, no Brasil, há essa riqueza: esses 30 anos propiciaram ganhos institucionais extraordinários.

Vejamos e façamos uma radiografia do Direito de Família até 1968 e o que se passou nesses 30 anos: temos ganhos institucionais celebráveis, comemoráveis. É certo que temos problemas quiçá do mesmo tamanho, mas temos ganhos a registrar – e não me refiro apenas às instituições do Estado: eu poderia dizer do aumento das instituições formais do Estado, como a Magistratura, o Ministério Público, a organização das Defensorias, que foi um passo importantíssimo para o Estado brasileiro, o princípio do concurso público e toda esta dimensão republicana que trouxe um ganho institucional imenso para o País. Tudo isso tem uma energia muito grande, é um combustível que, em meu modo de ver, constitui uma boa resposta a toda e qualquer tentativa de retrocesso. E as tensões fazem parte desse caminho.

Eu estava como aluno na Faculdade de Direito quando os senadores Nelson Carneiro e Accioly Filho, que foi, aliás, Senador – o Accioly Filho – pelo Paraná, apresentaram a proposição que culminou na chamada Lei do Divórcio, a Lei 6.015/77: o que se dizia é que a família iria acabar, que era uma lei que iria dizimar as famílias no Brasil.

Portanto, havia uma tensão imensa do ponto de vista da discussão e do debate que se deu em torno daquela dimensão. E notem: temos aí presente um dos três agentes desta constitucionalização. Eu lhes mencionei que são o doutrinador, o legislador e o aplicador da norma. Nesse caso, era o legislador que dava um passo adiante para reconhecer, até mesmo por uma antevisão da Constituição de 1988, até porque liberdade tem previsão constitucional, mas é um valor que deve ser ínsito à própria humanidade, a prever a liberdade de constituir e, nos devidos termos, desconstituir desenhos jurídicos familiares, assumindo, evidentemente, as respectivas responsabilidades.

Nessa medida, portanto, o art. 38, que resultou na unicidade do então pedido de divórcio, foi objeto de uma tensão que se revelou construtiva, porque, a rigor, como escreveu num texto que eu sempre cito nas minhas aulas – professora Ana Carla e professor Sergio certamente irão lembrar –, o texto da Michelle Perrot sobre o nó e o ninho: quando se desatam alguns nós é que nós percebemos o que é que realmente fica no ninho, o que é que efetivamente vale. E a família se manteve não por laços formais apenas, mas por ser uma comunhão de afeto, por ser uma história construída em comum.

Mas isso não nos imuniza de tensões e, portanto, nós que fazemos parte, nós que trabalhamos com Direito – e todos nós fazemos isso e, indisfarçavelmente, fazemos todos os dias –, a nossa vida é um canteiro de obras, há bastante sons, ruídos, a vida do Direito é um canteiro de obras.

Nós, que fomos vocacionados para o Direito, não fomos chamados a ir a uma visita ao Louvre contemplar o quadro de Mona Lisa em silêncio com aquele olhar de transcendente admiração, beleza e introspecção e compondo naquela solidão um contato com o que é possível do divino.

A vida é muito mais perto do chão, é recheada de barulhos, é recheada de todas as circunstâncias que compõem um canteiro de obras. Por isso há tensões, por isso também se pergunta, nas problematizações, como já se perguntou, se existe hierarquia entre as modalidades de família no texto constitucional.

Essa é uma interrogação tensionadora. É cabível um juízo moral prévio sobre modelos de família e formas de convivência familiar, eis outra interrogação tensionadora. As interseções entre Direito, Ética e Moral nas relações familiares – também interrogo – e, na verdade, o que me parece fundamental constatar é que não há “terapia constitucional apriorística” que solva todas essas tensões.

Não há um “divã constitucional” em que o doutrinador, o legislador, o julgador pode se sentar e freudianamente, após muita fala, encontrar o desate para compreender o agridoce que saboreia e a dor que carrega. Não há. Essa “terapia constitucional”, de fato, não existe! São tensões e nós vivemos e viveremos com essa tensão!

Mas para isso creio e assim concluo a exposição, para podermos compreender as famílias nossas de cada dia, cada uma no seu projeto de vida e todas com uma zona de interseção que nos faz sentir comunidade, que nos dá ideia de um pertencimento dos modos de viver, que respeita o que nos é diferente, modelos de família que precisam respeitar, numa sociedade livre, justa e solidária, outras culturas, como os povos indígenas, as famílias que têm arranjo cultural e vivencial diferente daquele arranjo dos descendentes do processo colonizador do País, o que pode nos dar um pouco mais de humanidade e de sentido de sociedade inclusiva e não de uma sociedade includente.

Para isso, superar a “família das formas” pela “família das funções” e ao mesmo tempo reconhecer que família e subjetividade é imprescindível, tanto quanto a família e a coexistencialidade. O livre desenvolvimento da personalidade, o livre desenvolvimento do projeto de vida leva em conta aquilo que, dentre tantos, escreveu Dworkin como sendo uma liberdade positiva. Disse ele: a essencialidade de uma liberdade positiva se realiza no âmbito de uma comunidade política verdadeira, assim entendida uma comunidade política que detém as condições estruturais que permitem ao indivíduo reputar-se efetivamente seu integrante moral, é se sentir pertencente, se sentir integrante da comunidade, não assimilado, não domesticado, não normalizado ou naturalizado, integrado na

diferença, no respeito à diferença. E diz ele, ainda: uma comunidade que expresse concepção de igualdade e de consideração para com todos os membros da Comunidade. É a igualdade na diferença e uma comunidade – conclui ele – que seja feita de agentes morais e independentes, o que significa não impor concepções unitárias de bem aos seus integrantes.

Portanto, acolhimento, respeito à diferença, respeito à diversidade é que podem caracterizar a nossa casa comum, como disse recentemente a encíclica de Francisco. Nesta medida, eu espero que todo conhecimento também, que seja uma casa comum, que o conhecimento nós o utilizemos para dele fazer uma dimensão inclusiva, para nos fazer seres humanos melhores e para que no presente a nossa tessitura seja olhada no futuro como algo que se comprometeu com o hospedeiro e não cerrou fileiras ao lado daquilo que é parasitário na vida de hoje.

Muito obrigado. Espero que lhes tenha sido útil. Cumprimento a professora Ana Carla, o professor Gustavo e o professor Sergio.

Muito obrigado pela vossa atenção.