V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

ORLANDO CELSO DA SILVA NETO

ARTURO CAUMONT

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/ Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Arturo Caumont, Orlando Celso Da Silva Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-226-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito civil constitucional. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Direito Civil vive um momento de transição. Suas instituições, tradicionais e milenares, vêm se adaptando a novas realidades, em constante, mas saudável, tensão entre uma visão mais publicista e constitucional e uma visão mais privatista. Esta última, apesar de fulcrada na tradição, não se olvida da dinamicidade do presente, com um olhar já no futuro e nas novas demandas. Há, por um lado, na dinâmica atual uma utilização de disposições constitucionais abertas aplicadas à legislação civil (Direito Civil Constitucional), mas por outro o Código Civil permanece como o código da liberdade do indivíduo (Direito Civil contemporâneo).

Os artigos presentes nesta coletânea apresentam os dois pontos de vista, representando a pesquisa de ponta produzida pelas instituições nacionais, com a honrosa colaboração do professor Arturo Caumont, da Universidad de la Republica - Uruguay.

Prof. Dr. Orlando Celso Da Silva Neto - UFSC

Prof. Dr. Arturo Caumont - UDELAR

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO DIREITO À FAMÍLIA: FUNDAMENTALIDADE, FUNÇÕES E A SUA CONFORMAÇÃO PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA FAMILIA: FUNDAMENTALIDAD, FUNCIONES Y SU REGULACIÓN POR EL LEGISLADOR

Beatriz Ferreira de Almeida [1]
Maria Dos Remédios Fontes Silva [2]

Resumo

O artigo analisa o direito à família em sua dimensão constitucional. Infere a sua fundamentalidade e, por isso, utiliza a metodologia da teoria liberal dos direitos fundamentais para o prosseguimento do estudo. Apresenta as duas funções identificadas no direito à família – de garantia de organização e de direito de resistência. Aborda o âmbito de conformação dado ao legislador para a garantia, sobretudo a possibilidade de ampliação além das entidades familiares previstas no texto constitucional. Conclui ser possível essa expansão pelo Legislativo, respeitadas as diretrizes mínimas da Constituição, e não através da interpretação judicial do art. 226 da Carta Magna.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direito à família, Teoria liberal, Entidades familiares

Abstract/Resumen/Résumé

El artículo analiza el derecho a la familia en su dimensión constitucional. Deduce su fundamentalidad y, por eso, utiliza la metodología de la teoría liberal de los derechos fundamentales para proseguir el estudio. Presenta dos funciones identificadas en el derecho a la familia - garantía de organización y derecho de resistencia. Aborda el alcance de regulación dado al legislador para la garantía, especialmente la posibilidad de ampliar las entidades familiares previstas en la Constitución. Concluye por la posibilidad de expansión por el legislador, respetadas las directrices constitucionales mínimas, y no por la interpretación judicial del artículo 226 de la Constitución.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos fundamentales, Derecho a la família, Teoría liberal, Entidades familiares

[1] Advogada. Especialista em Residência Judicial pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Aluna do curso de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

[2] Doutora em Direitos humanos (Université Catholique de LYON – França). Pós-Doutora (Université Lumière LYON II – França). Coordenadora da PPGD – UFRN. Professora Titular do Curso de Direito da UFRN.

1 INTRODUÇÃO

O grande número de matérias previstas na Constituição Federal (CF) caracteriza a sua natureza prolixa. Integrada por uma variedade de ramos do Direito, o estudo associado entre a Constituição e a legislação ordinária é uma necessidade, pois a resolução de diversos conflitos envolve a norma constitucional e, não raro, a aplicação da teoria dos direitos fundamentais.

O direito à família é exemplo da integração entre a Carta Magna e o direito civil ordinário. Está previsto no art. 226, *caput* e parágrafos seguintes, da CF e, muito embora tenha sido protagonista de diversos debates de cunho constitucional, é pouco estudado sob o viés de direito fundamental e todas as consequências que advém dessa constatação. É esse, então, o principal propósito desse artigo: o de fazer uma análise do direito à família e de sua fundamentalidade, investigando as dimensões (funções) que o integram e, ainda, o âmbito de conformação ou concretização desse direito pelo legislador infraconstitucional. Para tanto, optou-se por fazer uso de instrumentos da teoria liberal dos direitos fundamentais por sua abordagem eminentemente jurídico dogmática, rigor metodológico e amplo potencial de solução de conflitos envolvendo os direitos fundamentais.

O primeiro ponto que será abordado é crucial ao objetivo proposto – o de investigar acerca da fundamentalidade do direito em questão, partindo-se dos critérios formal e material utilizados em maior escala pela doutrina.

Seguidamente, investigar-se-á quais as funções que podem ser encontradas no direito à família, cuja complexidade o caracteriza, ao mesmo tempo, como uma garantia de organização – que tutela uma das mais importantes instituições jurídicas de natureza privada – e um direito de resistência, ligado à proteção da esfera de liberdade dos indivíduos frente ao Estado.

Por fim, abordar-se-á o âmbito de conformação ou concretização do direito à família pelo legislador infraconstitucional, incluindo-se nessa discussão aspectos extremamente atuais e relevantes do debate civilista-constitucional como a possibilidade de ampliação do direito através da atuação legislativa e da interpretação feita pela jurisdição constitucional. Nesse tópico serão analisados os casos das uniões homoafetivas e poligâmicas.

Todas as questões enfrentadas ao longo do artigo são relevantes não apenas por proporem uma nova visão acerca do direito constitucional à família, mas também pela

sua contemporaneidade – veja-se o exemplo do reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF. Pretende-se, assim, contribuir para o debate científico com a apresentação de instrumentos de resolução de conflitos envolvendo o direito à família, dando luz a um caminho mais pragmático desse ramo do direito.

2 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À FAMÍLIA E A TEORIA LIBERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar de o termo "família" ser utilizado em diversas partes do texto constitucional, somente no art. 226 e parágrafos é que a CF que ele é especificamente tratado, mediante previsão de que constitui a "base da sociedade" e tem "especial proteção do Estado". Deixou-se claro a importância das entidades familiares para o Poder Público. No entanto, é de relevância a análise acerca da natureza do direito contido na referida norma. É um direito fundamental?

2.1 A ANÁLISE DO DIREITO À FAMÍLIA A PARTIR DOS CRITÉRIOS FORMAL E MATERIAL DE FUNDAMENTALIDADE

O fato de o direito à família ter previsão no art. 226 da CF, para autores como Martins e Dimoulis (2014), que advogam pela tese de que são caracterizados como fundamentais as garantias positivadas no texto constitucional, seria condição suficiente para reconhecer-lhe a natureza de direito fundamental. O critério de fundamentalidade adotado, *in casu*, não se volta para o conteúdo ou relevância do direito, bastando que detenha o *status* de norma formalmente constitucional – portanto, com procedimento específico e mais dificultoso de reforma – para que seja considerado como fundamental.

No entanto, há aqueles que defendem a necessidade, para além da natureza formalmente constitucional, de um conteúdo próprio, com relevância caracterizadora da denominação "fundamental". Sarlet (2012), nessa esteira, explica que os direitos fundamentais são o elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a sua estrutura básica, assim como a da sociedade. Não basta que estejam contidos no catálogo de direitos constitucionais, devendo, ao mesmo tempo,

guardar uma importância tal dentro do ordenamento jurídico que justifique a referida classificação.

Essa perspectiva pressupõe a definição do conteúdo capaz de tornar um direito como fundamental. Sarlet (2012, p. 70-89) menciona alguns requisitos para a sua identificação. Em primeiro lugar, um critério implícito de equivalência, segundo o qual somente serão fundamentais os direitos cuja importância possa ser equiparada àqueles expressos no catálogo constitucional, isto é, cujo valor conferido pela sociedade em determinado momento histórico assim o justifique, fator que guarda relação com a historicidade dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, com a sua dimensão axiológica. Em segundo lugar, é colocado que os direitos fundamentais derivam, necessariamente, do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim também entende Canotilho (2003, p. 378 apud BIELSCHOWSKY, 2015, p. 85), desta vez com fulcro na teoria de Alexy, para quem a fundamentalidade tem como objetivo a proteção da dignidade.

Em se tratando especificamente do direito à família, o critério material de fundamentalidade igualmente aponta no sentido da sua caracterização como direito fundamental.

Extrai-se da própria redação do art. 226 do texto constitucional, segundo o qual "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", que constituinte reconheceu a importância social da comunidade familiar. Essa é uma característica pertinente ao modo de vida humano, à necessidade de estar em contato com seus semelhantes e com eles estabelecer vínculos de afetividade. Não obstante a configuração das famílias e a maneira de compreendê-las tenham se modificado em lugares e épocas diferentes, a escolha desse valor como relevante é algo perene nas sociedades em geral. Corrobora tal constatação o fato de a família ter sido elencada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948[1] e pelo Pacto de São José da Costa Rica[2] como elemento fundamental da sociedade, cabendo a ambos, Estado e sociedade, protegê-la.

[1] A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. 16º, além de reconhecer ser a família "o elemento natural e fundamental da sociedade" devendo ela ser protegida pela sociedade e pelo Estado (n. 3), dispõe ser direito do homem e da mulher o de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião (n. 1)

[2] No Pacto de São José da Costa Rica, o art. 17, que trata da "Proteção à família", está topograficamente situado no Capítulo II, dos Direitos Civis e Políticos, o que revela não apenas a natureza fundamental desse direito, mas também a sua conexão com a ideia de liberdade face ao Estado – apesar de não se esgotar nessa característica a natureza da garantia à família. O mesmo artigo afirma ser a família "elemento natural e fundamental da sociedade", devendo a sociedade e o Estado protege-la (n. 1).

No que tange à derivação da dignidade humana, há que se reconhecer, de pronto, a absoluta dificuldade de definição de seu conteúdo, por se tratar de um conceito abstrato, que pode incluir uma gama infindável de direitos[3]. É clara, todavia, a posição diferenciada ao qual foi alçada por disposição expressa da CF, que, em seu art. 1º, elencou-a como princípio fundante do Estado brasileiro. Com base em nisso é que autores como Dimoulis e Martins (2014, p. 76) afirmam corretamente não se tratar a dignidade de um direito fundamental, e sim de um princípio constitucional, que, por consequência, não pode ser limitado.

O princípio da dignidade da pessoa tem relação *sui generis* com os direitos fundamentais, assumindo, ao mesmo tempo, a função de elemento e medida desses últimos porque sempre que um direito fundamental for violado será constatada uma violação à dignidade humana (SARLET, 2015, p. 117). Veja-se, então, como sobressai clara a conexão entre o direito à família e a dignidade humana: negar aos homens e às mulheres o direito à formação familiar, seja através da união voluntária com outras pessoas ou pela relação de filiação, iria de encontro à sociabilidade humana, ignorando a acepção de origem kantiana de o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizado de nenhuma maneira[4].

O reconhecimento da família enquanto instituição basilar da sociedade é indicativo do papel central que as relações humanas nelas estabelecidas desempenham, até mesmo sobre o aspecto da reprodução humana e da criação dos filhos. Mais especificamente acerca da filiação, é o ambiente familiar o que melhor atende aos interesses das crianças e adolescentes, desempenhando os pais muito mais um múnus

[3] A respeito da definição do conteúdo da dignidade humana, Martins e Schlink (2014, p. 60-61) elencam três principais teorias: (a) axiológico-transcedentais; (b) de autoconstrução da dignidade pelo seu titular; (c) comunicativa. Para a primeira delas (a), com embasamentos que vão do jusnaturalismo à teologia cristã, defende a dignidade como sendo uma característica própria do ser humano, se comparado às demais formas de vida existentes. Já sob a perspectiva da teoria da autoconstrução (b), a dignidade da pessoa não é concebida como algo inerente aos indivíduos, mas sim um atributo conquistado pelo desenvolvimento da personalidade, com a formação da identidade de cada um. Por fim, afastando-se das demais teorias, a comunicativa (c) compreende a dignidade a partir do reconhecimento recíproco de sua existência entre os membros da comunidade jurídica.

[4] Mais especificamente acerca do casamento, Kant compreende-o como forma de afirmação da dignidade humana. Essa visão está relacionada com a interpretação dada pelo filósofo quanto às relações sexuais entre homens e mulheres, as quais, por satisfazerem um desejo puramente físico, fazem com que os indivíduos tratem uns aos outros como meros objetos. Com o casamento pela lei, todavia, as pessoas passam a "usufruir" dos corpos umas das outras e, ao mesmo tempo, respeitar-se mutuamente como seres racionais. A ideia é a seguinte: quando uma pessoa se entrega a outra como um "objeto", ela passa a ser da posse do outro. Porém, se este outro também faz o mesmo, a humanidade de ambos não está perdida, eis que ambas as posses se anulam. O casamento cria um vínculo legal entre os cônjuges torna-os iguais em direitos e obrigações perante a lei (ALTMAN, 2015). Não obstante o anacronismo da ideia kantiana acerca do sexo e do casamento, extrai-se da sua concepção a importante relação entre família reconhecida pelo Estado (representada pelo casamento) e a dignidade humana.

público do que um poder (poder familiar), que consiste primordialmente no sustento, guarda e educação dos filhos. Paralelamente, encontram-se as formas de convivência como o casamento e a união estável, decorrentes da comunidade formada por pessoas que decidem espontaneamente dividir direitos e obrigações recíprocas, ligadas por um laço afetivo e, pelo menos a princípio, com a pretensão da indissolubilidade. São todas elas formas de família e representam uma manifestação da liberdade geral dos indivíduos, materializada na forma de instituições especialmente tuteladas pelo Estado.

Sendo assim, seja pelo critério formal ou material, coloca-se como premissa a natureza fundamental do direito à família. Esse é um importante pressuposto na análise do direito em questão, pois atrai a aplicação da teoria geral dos direitos fundamentais.

2.2 A APLICAÇÃO DA TEORIA LIBERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRINCIPAIS FERRAMENTAS

Ressaltou-se no introito que o presente artigo adere à teoria liberal e o seu método dogmático, afastando-se, portanto, do exame da temática a partir da perspectiva principiológica, fundada, sobretudo, na ideia de que os direitos fundamentais possuem natureza predominantemente de princípios[5].

Sob o viés da teoria liberal, são eles compreendidos como direitos subjetivos dos indivíduos que visam a garantir a sua liberdade em face do Estado. Mesmo aqueles que digam respeito a prestações positivas estatais, como é o caso dos direitos sociais, possuem uma conexão com à liberdade, eis que não se está a tratar apenas de seu aspecto negativo, de autodeterminação das pessoas, mas também de uma liberdade real, em que são fornecidos pelo Estado os meios para que a autodeterminação possa ser efetivamente exercida.

Em estando o Estado diretamente vinculado à observância dos direitos fundamentais, qualquer ingerência em sua área de proteção deve ser justificada, detendo o ônus argumentativo de demonstrar que a medida atende à fins devidos e seja

[5] Para Alexy (2011, p. 85) as normas referentes aos direitos fundamentais poderiam assumir a forma de regras, de princípios ou, ainda, um caráter duplo, se reunirem ambos os níveis quando da inclusão de uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios. Em geral, porém, a redação "aberta" dos direitos fundamentais leva ao seu enquadramento como princípios e, desse modo, a aplicação da teoria principiológica leva à solução para a colisão de direitos em determinado caso concreto mediante a ponderação entre eles a partir dos elementos fáticos daquele caso em específico. O resultado da ponderação será uma regra, a lei de colisão, que deveria ser aplicada aos casos idênticos, nos seguintes moldes: o conflito entre o direito fundamental "A" e o direito fundamental "B", nas circunstâncias fáticas "X", resulta na prevalência do direito fundamental "A".

proporcional, o que se denomina na teoria liberal de intervenção e limite à intervenção. A proporcionalidade *lato sensu* examinada se desdobra na proporcionalidade *stricto sensu* (o exame acerca da licitude do meio utilizado e dos fins que o Estado pretende atingir), na adequação e na necessidade, essas últimas rigorosamente analisadas a partir de dados empíricos[6] (MARTINS, 2012).

Outrossim, é importante elucidar que alguns direitos fundamentais têm seu âmbito de proteção necessariamente "conformado" pela ordem jurídica. Conformar é, em termos similares, regulamentar a área de proteção de um direito fundamental, estabelecendo o seu conteúdo. O direito à família é um deles, dedicando-se as seguintes linhas a um estudo mais detalhado dessa garantia fundamental.

3 FUNÇÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL À FAMÍLIA: GARANTIA INSTITUCIONAL E DIREITO DE RESISTÊNCIA

O direito fundamental à família traz consigo particularidade por estar intrinsecamente relacionado a um fato social em constante mutação. Como o homem é um ser dependente do estabelecimento de conexões com seus semelhantes – cerne das relações familiares desde a origem da humanidade – apesar de a compreensão e constituição da família ter se modificado profundamente ao longo da história e ainda esteja sujeita a novas dinâmicas, não deixará de existir[7].

A noção de família enquanto realidade fática, porém, não se confunde completamente com o respectivo direito fundamental, eis que esse último depende da positivação constitucional para adquirir eficácia jurídica. É com a previsão no texto constitucional que nasce uma relação entre Estado e indivíduo na tutela das entidades familiares como instituições privadas e na garantia do direito dos indivíduos de constituí-

[6] Schlink e Pieroth (2012, p. 107) diferenciam adequação e necessidade nos seguintes termos: "aa) Adequação significa que a situação que o Estado cria com a ingerência e aquela em que o fim prosseguido deve ser considerado como estando realizado se encontram numa relação proporcionada por hipóteses comprovadas sobre a realidade. No entanto, o meio não tem necessariamente de alcançar plenamente o fim, mas precisa facilitar. (...) bb) Necessidade significa que não há outra situação que o Estado possa igualmente criar sem grande dispêndio, que seja menos onerosa para o cidadão e que se encontre igualmente numa relação, proporcionada por hipóteses comprovadas sobre a realidade, com a situação em que deve se considerar como realizado o fim perseguido. O fim não pode, por outras palavras, ser alcançado por um meio igualmente eficaz, mas menos oneroso".

[7] Na antropologia debate-se se a família estaria sofrendo um processo de "desestruturação", parecendo estar prestes a desaparecer. Muitos defendem, no entanto, que as mudanças experienciadas não significam a sua falência, e sim conduzem a modelos mais democráticos das relações familiares, na medida em que a família não pode ser entendida a partir de modelos estáticos. São, em verdade, dinâmicas familiares, capazes de absorver as diversas configurações contemporâneas existentes (SANTIAGO; FEITOSA, 2011).

las livremente e tê-las reconhecidas. O direito fundamental em apreço é, nesse diapasão, complexo por poder se enquadrar em duas das funções dos direitos fundamentais catalogadas[8] – os direitos de resistência e as garantias de organização.

3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À FAMÍLIA ENQUANTO GARANTIA DE ORGANIZAÇÃO

A família representa uma instituição especialmente protegida pelo Poder Público, e, assim sendo, o direito fundamental respectivo pode ser interpretado como garantia de organização, de natureza eminentemente normativa, isto é, dependente de conformação pelo legislador infraconstitucional do conteúdo de seus institutos (seja o casamento, sejam as uniões "informais") para o seu pleno exercício.

Essa função (de garantia de organização) tem como primeira consequência o dever do Estado de protegê-la, vedando-se, portanto, qualquer ato tendente a sua extinção. Cumpre ao Poder Público, ao mesmo tempo, o estímulo ao seu desenvolvimento, o que pressupõe a criação de um arcabouço normativo definidor de direitos e deveres inerentes às relações familiares. É onde se encaixa a necessidade de definição dos referidos institutos jurídicos, uma vez que família é um conceito indeterminado e, assim sendo, necessita da regulamentação estatal para que os indivíduos possam efetivamente gozar de proteção, mediante o reconhecimento da sua existência por lei. Trata-se, pois, de uma instituição condicionada à existência da lei civil, não somente para o caso da fixação dos direitos e obrigações existentes entre pessoas maiores e capazes que decidam conviver, mas também para previsão de direitos entre pais e filhos, a exemplo dos previdenciários e sucessórios.

3.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À FAMÍLIA ENQUANTO DIREITO DE RESISTÊNCIA

Na qualidade de direito de resistência, o direito fundamental à família consiste em uma especificação da cláusula geral de liberdade e, como tal, objetiva impedir as intervenções indevidas do Poder Público na esfera de autodeterminação dos indivíduos

[8] Oportuno esclarecer que a classificação adotada no presente artigo é extraída de Dimoulis e Martins (2014), que apresentam as cinco classificações/funções dos direitos fundamentais: a) direitos de resistência à intervenção estatal ou de *status* negativo; b) direitos sociais ou de *status* positivo; c) direitos de *status activus* ou políticos; d) direitos coletivos e e) garantias de organização.

de em que circunstâncias constituir sua convivência familiar – com quem casar ou constituir união estável, a escolha de ter filhos, a quantidade dos filhos, dentre outros.

Em outros termos, o direito contido no art. 226 da CF, assim como os demais direitos de resistência, é uma norma protetiva das pessoas em relação a atos do Estado, em especial quando desempenha sua atividade legislativa. Pode ser ilustrado o afirmado a partir do seguinte exemplo: ao criar a lei civil do casamento, o legislador fixa uma norma determinando que os nubentes devem se casar com pessoas com até 10 anos de diferença entre as respectivas idades. No caso, a norma seria evidentemente interveniente no direito fundamental à família – em sua função de liberdade específica –, sem a devida justificação lícita para tanto.

Ressalte-se que a atividade legislativa que se restringe apenas à definição de conteúdo do direito (regulamentando, por exemplo, a união estável, mediante fixação de seus requisitos, regime patrimonial, etc.) não consiste, *a priori*, em uma ingerência estatal no direito fundamental. Não existe, nessa hipótese, a necessidade de justificação constitucional, uma vez que conformação apenas o amplia, permitindo o seu pleno exercício.

Todavia, há uma linha – que deve ser precisa – entre a simples conformação do direito fundamental e uma intervenção em sua área de proteção. No caso dos direitos fundamentais de cunho normativo, como é o direito fundamental à família, esse é um ponto sensível. Sendo assim, é imprescindível apurar quais os limites impostos ao Legislativo em sua atividade conformadora do direito[9], uma vez que, ultrapassados, condicionarão o Poder Público à necessidade de justificação constitucional.

4 A CONFORMAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À FAMÍLIA: LIMITES E POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO

Como exposto, na função de garantia de organização, o direito fundamental à família possui natureza normativa, dependente da criação das respectivas instituições civis que tornam possível o seu pleno exercício. Por se tratar de um fato social em

[9] A respeito, é oportuna a dicção de Pieroth e Schlink (2012, p. 93): "Faz parte da natureza do particular viver (art. 2º, n. 2, frase 1) e residir aqui ou ali (art. 11º, n. 1); é da sua natural sociabilidade trocar opiniões (art. 5º, frase 1) e reunir-se (art. 8º, n. 1). Pelo contrário, só a ordem jurídica cria o casamento a partir de uma qualquer vida em comum de mulher e homem (art. 6º, n. 1), e a propriedade a partir de quaisquer bens (art. 14º, n. 1). No caso da propriedade e do direito sucessório, o direito fundamental também exprime claramente a necessária marcação jurídica ou normativa pelo fato de permitir não ainda uma definição de limites, mas já uma definição de conteúdo (art. 14º, n. 1, frase 2)".

constante mutação, essa é uma característica relevante, pois é a criação jurídica dos respectivos institutos civis que dá roupagem jurídica ao fato social e a sua caracterização enquanto entidade familiar.

É esse o elemento chave das discussões em torno da proteção estatal de formas de convivência além daquelas expressamente previstas no texto constitucional (casamento, união estável heterossexual e família monoparental), a exemplo das uniões entre pessoas do mesmo sexo e as uniões simultâneas. Ao cria-las, haveria uma expansão do direito. Seria, então, possível ao legislador fazê-lo? Em havendo uma inação do Poder Legislativo, essa omissão pode ser considerada inconstitucional? Poderia o Poder Judiciário, por meio de sua atividade interpretativa sanar tal omissão? São essas as questões a serem debatidas nos tópicos abaixo.

4.1 OS LIMITES À CONFORMAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À FAMÍLIA PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO

Pieroth e Schlink (2012, p. 94) afirmam que a norma infraconstitucional que quebra com a tradição é limitadora do direito fundamental, e não conformadora. A título de exemplo, citam a reforma do divórcio alemã que permitiu a ruptura das relações conjugais, sem, contudo, ir de encontro à tradição do casamento monogâmico, fundado no comum acordo e em princípio para a toda a vida.

A posição dos autores, porém, se levada às últimas instâncias pode inviabilizar o processo de evolução histórico-social da família pautada na ruptura com muitas das tradições dominantes que lhe digam respeito. Igualmente ao se utilizar do casamento como ilustração, percebe-se que se trata de uma forma de convivência pautada essencialmente em paradigmas conservadores, ligados historicamente aos dogmas religiosos cristãos. Todavia, essa forma de constituição familiar não deve ser capaz de impedir a ampliação do direito fundamental seja por meio da atuação do poder constituinte reformador, seja por meio da conformação infraconstitucional, nesse último caso, se o texto constitucional em questão der margem para tanto.

Propõe-se, então, serem reconhecidos os seguintes limites ao legislador infraconstitucional na conformação do direito fundamental à família: (a) não pode promover o esvaziamento da garantia de organização ou mesmo a extinção da instituição tutelada; (b) não pode violar outros direitos fundamentais ou neles intervir

injustificadamente; (c) não pode ir de encontro às ordens de conformação expressamente contidas no texto constitucional, quando houver.

Quanto ao primeiro limite (a), a lei ordinária deve contemplar, ao menos, as instituições mínimas da garantia de organização. A noção de mínimo pode ser encontrada na tradição mencionada por Pieroth e Schlink (2012), porém apenas para tutelá-la, e não restringir sua ampliação. Tendo em análise o casamento, por exemplo, feriria os limites da conformação uma legislação que não previsse no seu conteúdo ao menos a heterossexualidade, a inexistência de condição ou termo e a monogamia, visto que estaria esvaziando o próprio instituto, por serem essas características basilares segundo a sua construção histórica.

Por sua vez, a segunda barreira elencada (b) está relacionada à intervenção provocada pela norma regulamentadora em outros direitos fundamentais. Tal intervenção não apenas deve atender a um fim lícito, como também deve ser proporcional – utilizar meios eficientes e adequados. Basta pensar em um dispositivo legal que impedisse a livre escolha do parceiro, a quantidade de filhos, a coabitação ou não, a exclusividade sexual, dentre outras decisões atinentes à autodeterminação, por não haver, em princípio, um fim lícito que justificasse tais medidas intervenientes no direito geral de liberdade.

Nesse ponto, é interessante notar ser percebível também a influência da evolução social sobre a aceitabilidade ou não da ingerência estatal em aspectos da vida conjugal. É exemplificativo o caso da coabitação: o art. 1.566, do Código Civil (CC), prevê como um dos deveres de ambos os cônjuges a vida em comum no domicílio conjugal (inciso II), regra essa que era interpretada como o dever de coabitação entre os conviventes. Ocorre que, com a mudança do estilo de vida das pessoas em geral – que, não raro, desempenham ofício em outras cidades –, ou mesmo a quebra da percepção tradicional acerca da obrigatoriedade de um domicílio comum ao casal, a dita regra foi flexibilizada para se afastar esse tipo de intervenção do Poder Público nas decisões dos cônjuges.

Por fim, como última barreira à conformação legislativa (c) considera-se que a própria norma constitucional pode conter diretrizes que devem ser seguidas pelo legislador, seja por meio da existência de ordens de fazer no sentido de criar esse ou aquele instituto, seja por expressamente prever o seu núcleo essencial. É a hipótese da união estável heterossexual na CF. O constituinte, no art. 226, parágrafo 3º, além de ter imposto a obrigatoriedade de regulamentação das uniões estáveis (“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável”), determinou que, no mínimo, o

instituto criado deve abranger as uniões heterossexuais e monogâmicas. (“entre o homem e a mulher”).

4.2 A POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À FAMÍLIA E A PLURALIDADE FAMILIAR

Enquanto a menção à família está expressa no *caput* do art. 226 da CF, somente nos parágrafos que o seguem (1º ao 6º) é que irão ser previstos o casamento, a união estável e a entidade familiar formada por qualquer dos pais e qualquer um de seus descendentes (família monoparental). Da redação apresentada, podem ser extraídas duas percepções iniciais: (a) há uma relação de gênero-espécie entre, de um lado, a família, e, do outro, o casamento, a união estável e a família monoparental; (b) a CF reconhece, *a priori*, o casamento, a união estável e a família monoparental como entidades familiares.

Deve ser compreendida a relevância da primeira conclusão (a) a partir de um comparativo com o direito constitucional alemão. A interpretação da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) feita pela doutrina alemã majoritária, oportunamente representada por Pieroth e Schlink (2012), identifica juntamente com o direito fundamental à família, o direito fundamental ao casamento. São ambos classificados como garantias de organização, porém com âmbitos proteção distintos. Enquanto o casamento consiste em instituição jurídica formada pela união entre o homem e a mulher, de acordo com a intenção de ambas as partes e com a promessa mútua, celebrada na forma normativamente prevista, a família é descrita como o relacionamento entre pais e filhos, não importando a origem dessa filiação, desde que seja verificada a coesão social e haja sido feito reconhecimento público (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 235-237). Não existe, sob tal perspectiva, uma relação de pertença (gênero-espécie), uma vez que o casamento é considerado uma garantia autônoma, paralela à família.

A lógica identificada pela doutrina alemã é coerente com a redação da Lei Fundamental, que, em seu art. 6º, nº 1, diz que “o matrimônio e a família estão sob a proteção especial da ordem estatal”. Ressalta-se a expressa separação feita pelo constituinte entre o casamento e família, demonstrada pela utilização da conjunção aditiva “e” – o matrimônio *e* a família.

O mesmo raciocínio, no entanto, não deve ser aplicado à ordem constitucional pátria. Como colocado anteriormente, a CF não faz distinção entre família e casamento. Note-se que o parágrafo 4º, do art. 226 da Carta Magna, ao tratar das famílias

monoparentais, dispõe que: "Entende-se, *também*, por entidade familiar a comunidade formada por quaisquer dos pais e seus descendentes". Ora, os parágrafos anteriores ao mencionado falam sobre o casamento e a união estável, sendo assim, a presença do advérbio "também" revela que a Constituição pretendeu incluir no conteúdo da garantia institucional da família não apenas essas formas de união, bem assim as famílias monoparentais. Em outros termos, não foi feita uma separação entre família e matrimônio, como na ordem constitucional alemã.

Essa orientação foi seguida pelo legislador ordinário que, no CC, disciplinou no Livro IV, do "Direito de Família", o casamento, a união estável e as relações de parentesco, o que também se nota ser o tom da majoritária doutrina civilista e da jurisprudência. Na ordem jurídica pátria todas as referidas comunidades são tratadas como formas de família, independentemente da existência de prole. Um casal – seja formado pelo matrimônio, seja pela união estável – sem filhos é também considerado como entidade familiar, estando sob a tutela estatal do direito fundamental à família. Nessa toada, pode-se dizer que não há um direito fundamental autônomo ao casamento.

Chega-se, então, à segunda percepção extraída do texto constitucional (b), de que o art. 226 da CF, ao prever o matrimônio, a união estável e a família monoparental como entidades familiares, o fez enquanto conteúdo *mínimo* do direito fundamental à família. Trata-se de uma norma protetiva, que ordena a regulamentação desses três institutos pelo legislador ordinário, segundo as diretrizes ali previstas. Dentre tais diretrizes, está o reconhecimento da união estável heterossexual (parágrafo 3º)[10], a facilitação da sua conversão em casamento (3º), a igualdade entre homens e mulheres na sociedade conjugal (parágrafo 5º), a dissolução do casamento pelo divórcio (parágrafo 6º), dentre outras.

As linhas traçadas quanto à conformação do direito fundamental à família dão conta da necessária preservação dos seus elementos essenciais – histórica e socialmente aceitos como tradicionais– e, ao mesmo tempo, do respeito às diretrizes expressamente fixadas pelo texto constitucional. Pergunta-se, então, se o mencionado direito dá margem à ampliação desse conteúdo mínimo pelo legislador infraconstitucional, seja por meio da criação de novos institutos além da união estável, do casamento e da família monoparental, seja pela expansão daqueles já previstos.

[10] Não obstante tenha o STF equiparado as uniões estáveis homoafetivas às heterossexuais, adota-se uma postura crítica à fundamentação jurídica de tal decisão, apesar de se concordar com a sua posição político-ideológica. A respeito, ver o ponto 4.2.3.

Novamente tomando como ponto de partida o art. 226 da CF, percebe-se que a utilização da palavra "família" no *caput* do mencionado dispositivo é o primeiro indício de que não há restrição prévia ao direito fundamental. A indeterminação do conceito de entidade familiar é conveniente pois possibilita que as transformações fáticas vivenciadas possam ser absorvidas pelo Direito infraconstitucional sem a necessidade de atuação do poder constituinte reformador.

Quanto à abertura existente nos elementos que podem preencher o conceito jurídico de família, alguns defendem que o texto da CF a restringiu apenas aos institutos já mencionados: casamento, união estável heterossexual e monogâmica e, ainda, a monoparentalidade. Não obstante, discorda-se dessa posição, uma vez que não pode ser extraído dos parágrafos 1º a 5º do art. 226 um imperativo deôntico[11] proibitivo, e sim permissivo. Dá-se ao legislador a ordem de definir as regras do matrimônio e da constituição da união estável entre o homem e a mulher, sem, no entanto, proibir que, mediante o regular processo legislativo, novas formas de família fossem criadas e regulamentadas. Há, seguindo tais diretrizes mínimas, amplo poder de conformação do legislador infraconstitucional (MARTINS, 2014, p. 14).

A defesa da interpretação da pluralidade familiar é um movimento crescente dentre os juristas em geral. Afirma-se, nesse mote, que a Constituição deixou expressa a igualdade entre homens e mulheres, conferiu equivalente proteção a outras formas de convivência como a união estável informalizada e a família monoparental e, por esses e outros fatores, deixou límpida a valorização à comunidade familiar enquanto espaço de troca de afeto, solidariedade e convivência entre os indivíduos. Sob essa lógica, o rol de institutos expressamente previstos seria meramente exemplificativo, albergando outras espécies de formações sociais como entidades familiares (MORAES; TEIXEIRA, 2013, p. 2114).

Apesar de não se discordar quanto à pluralidade de entidades familiares que pode ser inserida sob a tutela estatal do direito fundamental à família, entende-se que o art. 226 da CF não pode ser elevado ao patamar de cláusula geral de inclusão, de modo a incluir toda e qualquer forma de convivência humana marcada pela afetividade, estabilidade, ostentabilidade (VASCONCELOS, 2015, p. 162). Não obstante, parece ser essa a

[11] Sem adentrar nas especificidades da lógica deôntica, é necessário esclarecer que ela se dedica ao estudo da validade de argumentos a partir de frases de proibição e permissão. É, nesse sentido, a lógica das normas. No caso das imperativas (comandos ou ordens a serem cumpridos), não há uma concepção de verdadeiro ou falso, e sim de relação lógica entre elas, de modo que não sejam mutuamente contraditórias (GOMES, 2008).

tendência da vanguarda do direito constitucional das famílias, que enxerga no termo "família" uma automática inclusão das mais diversas modalidades de comunidades por meio da simples interpretação da CF, isto é, independente da criação dos respectivos institutos jurídicos regulamentadores[12].

Tal posição é problemática porque parte de um pressuposto político-ideológico, porém sem substrato dogmático que o sustente, o que gera uma série de problemas de ordem prática, sobretudo no que tange à segurança jurídica.

4.3 O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS E POLIGÂMICAS

Como exposto, há, por força da norma constitucional, o dever do Poder Público em proteger a família e uma das principais formas de fazê-lo é por meio da criação por lei dos respectivos institutos. É por isso que algumas dinâmicas familiares não previstas no texto constitucional, a exemplo das uniões homoafetivas e as poligâmicas, pleiteiam o seu reconhecimento pelo Estado, seja por meio do processo legislativo, seja pela imposição judicial de extensão aos institutos já criados. Note-se que elas existem no mundo dos fatos, independentemente de tal reconhecimento, porém é somente quando adquirem roupagem jurídica – incidindo efeitos como a previsão de direitos e obrigações entre seus integrantes, que o direito fundamental passa a ser plenamente exercido.

Por se tratarem as uniões homoafetivas e as uniões poligâmicas das formas de convivência humana mais comuns e com maior destaque no debate jurisprudencial e doutrinário, serão elas utilizadas como amostras do raciocínio jurídico-dogmático ora proposto. Pairam a esse respeito duas questões principais a serem resolvidas: (a) se há uma omissão inconstitucional do legislador ordinário na criação dos institutos respectivos; (b) se é possível que o Poder Judiciário atue no reconhecimento dessas uniões por meio da interpretação sistemática do art. 226 da CF.

[12] Exemplifica-se com o que afirma Lôbo (2012, p. 5): "No caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução "constituída pelo casamento" (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução "a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos". A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos".

Não existe, atualmente, na lei civil a regulamentação de quaisquer das mencionadas uniões. A união estável prevista pelo CC é notadamente heterossexual, eis que o art. 1.727, apenas repetindo o teor do parágrafo 3º do art. 226 da CF, previu-a como sendo a entidade familiar formada entre o homem e a mulher[13]. Sendo assim, não resta dúvidas de que há uma omissão do legislador em cria-las, porém essa não é uma constatação suficiente para afirmar se tratar tal conduta omissiva de uma inconstitucionalidade.

Para autores como Martins (2012, p. 59-60) somente estaria configurada uma omissão inconstitucional quando presente uma ordem de fazer do legislador na criação de determinado instituto jurídico. Como no caso das uniões homoafetivas e poligâmicas não há tal ordem expressa, eventual demanda social ou mesmo o direito de não discriminação consistiria em mero descumprimento do dever de legislar e não em omissão inconstitucional (VASCONCELOS, 2015, p. 167). Contrapõe-se ao entendimento majoritário que inclui dentre as hipóteses de omissão inconstitucional – passíveis de impugnação pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) – as omissões parciais, representadas também pela mudança nas relações jurídicas ou fáticas que impulsionam o dever de adequação por meio da via legislativa (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1.183).

Poderia ser alegado que a ausência da regulamentação dessas uniões provoca um tratamento discriminatório – violador, portanto, do direito fundamental à igualdade – uma vez que não estariam seus integrantes gozando da mesma proteção conferida ao casamento e às uniões estáveis heterossexuais, por exemplo. A problemática de tal raciocínio é falta de rigor em sua aplicação.

Perceba-se que, com base na mencionada premissa, à toda e qualquer forma de convivência afetiva poderia ser identificado tratamento discriminatório e, consequentemente, uma omissão inconstitucional, a ser reconhecida pela jurisdição constitucional. De outro lado, a análise acerca de um "dever de adequação" do legislador abre ao Direito a uma abordagem político-ideológica inadequada, levando à equivocada afirmação de que não há "respostas corretas" para os conflitos envolvendo direitos fundamentais.

Insere-se, aqui, a segunda discussão proposta (b) se o Judiciário, em especial a jurisdição constitucional pode dar reconhecimento às uniões homoafetivas e poligâmicas,

[13] Nesse ponto, é imprescindível ressaltar não se estar aderindo à interpretação conforme feita pelo STF no julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277, que as equiparou às uniões homoafetivas.

por exemplo, sem a atuação do Poder Legislativo. O STF, no julgamento das ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, em apertada síntese[14], estendeu aos casais formados por pessoas do mesmo sexo todos os efeitos da união estável do art. 226, parágrafo 3º, da CF. Fê-lo por entender que a referida norma constitucional não proibiria a união estável homoafetiva, devendo ser imediatamente aplicadas garantias fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a pluralidade e a não discriminação em razão da opção sexual (MARTINS, 2014, p. 249-250).

Deixando de lado as críticas quanto à fundamentação da referida decisão[15], o ponto crucial a ser tocado é o de que não há uma omissão inconstitucional perpetrada pelo legislador infraconstitucional. O art. 226 não dá comando normativo no sentido da criação das respectivas instituições. Em verdade, determinou que a lei civil criasse, além do casamento, a união estável entre o homem a mulher. Assim o fez o CC, que reproduziu os exatos termos do texto constitucional. Sendo assim, não poderia a jurisdição constitucional intervir reconhecendo tais uniões, porquanto não apenas a ausência da sua regulamentação não viola um dever constitucionalmente previsto, como também toda a norma ordinária civil obedece às suas expressas diretrizes.

Não se está a negar a importância da bandeira política daqueles que defendem, por exemplo, a necessidade de inclusão de uniões entre pessoas do mesmo sexo, mas sim de reafirmá-la no espaço em que é cabível a sua discussão, que é o Poder Legiferante. O discurso excludente da pluralidade familiar carece atualmente de popularidade e, nesse sentido, deveria criar o ambiente propício para que o processo legislativo atuasse no reconhecimento dessas uniões.

Na esteira do que é defendido no presente artigo, afirma Martins (2014, p. 251), não haver uma proibição para a criação da instituição jurídica referente às uniões homoafetivas ou mesmo às poligâmicas. O legislador, assim como o poder constituinte originário poderia retirar do art. 226, §3º, da CF ou do art. 1.723 do CC, as expressões "homem e mulher", assim como detém o processo legislativo ordinário a prerrogativa de

[14] Diz-se síntese porque, muito embora esse tenha sido o cerne da decisão, muitos foram os fundamentos e especificidades de cada voto dos Ministros que compõem a Corte Constitucional. Como não há uma redação colegiada, levou-se em consideração o voto do relator.

[15] Dimoulis e Lunardi (2013) apontam uma série de problemas na fundamentação do *decisum*, dentre eles: (a) a visão do texto constitucional ao mesmo tempo como sagrado e obstáculo à realização dos objetivos da CF; (b) carência de tecnicismo jurídico e utilização de um discurso retórico para justificar o posicionamento do Tribunal perante a sociedade; (c) o sincretismo metodológico, mediante utilização de diversos métodos jurídicos sem seguir um padrão; (d) a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição de um artigo de lei (art. 1..723 do CC) que reproduz a literalidade do texto constitucional (art. 226, parágrafo 3º da CF).

regulamentar as comunidades poligâmicas, pois o direito fundamental à família tem abertura suficiente para alberga-las, assim como há compatibilidade com outras garantias constitucionais, tais quais a igualdade e a liberdade geral de ação.

Não há, sob esse viés, engessamento do texto constitucional, permitindo-se a sua porosidade às mudanças sociais. Porém é, ao mesmo tempo, respeitada a segurança jurídica e a coerência do ordenamento jurídico, na medida em que a ampliação do direito fundamental à família mediante a criação de novos institutos jurídicos deve se dar através do processo legislativo, dotado de indiscutível legitimidade democrática para tanto. Essa conclusão, como já ressaltado, decorre de um estudo jurídico-dogmático do direito fundamental à família, afastado de qualquer tipo de preconcepção, bandeira política, religiosa ou ideológica, no mister de fornecer um instrumento útil à resolução de conflitos que o envolvam.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tinha como objetivo a abordagem constitucional do direito à família a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. Assim o pretendeu porque apesar de utilizada menos comumente, tal teoria é capaz de fornecer ferramentas precisas em questões práticas de conflitos das garantias previstas na CF.

Como primeira conclusão tem-se a natureza fundamental do direito em questão, seja por se tratar de uma norma contida no texto da Constituição (critério formal), seja por seu conteúdo (critério material), que tutela uma instituição indiscutivelmente relevante do ponto de vista social e, simultaneamente, relações humanas essenciais para o desenvolvimento da personalidade, formadas a partir do afeto e a solidariedade mútua entre os seus integrantes. Procurou-se demonstrar que o critério material de fundamentalidade também está presente no direito à família pela íntima relação que a sua proteção possui com o respeito ao princípio da dignidade humana.

O estudo seguiu para avaliar que a norma do art. 226 da CF é de complexidade peculiar por se inserir em duas das cinco funções identificadas como pertinentes aos direitos fundamentais. Pode ser analisado sob o viés de um direito de resistência, porque se volta à liberdade específica dos indivíduos de determinar de que modo irão constituir suas comunidades familiares – com que se relacionar, ter ou não filhos, a forma de cria-los, dentre outras. Porém, é igualmente uma garantia de organização, que resguarda a família enquanto instituição privada.

As entidades familiares são fatos sociais que, a partir da regulamentação infraconstitucional (atividade conformadora do legislador), ganham a roupagem de instituto jurídico, mediante a previsão de direitos e obrigações de seus integrantes. Foi ressaltada, nesse ponto, a constatação da relevante interdependência entre o pleno exercício do direito fundamental e a criação do respectivo instituto na lei ordinária.

A margem de conformação do Poder Legislativo é ampla, mas deve obedecer às diretrizes constitucionais mínimas, não devendo intervir, ao fazê-lo, em outros direitos fundamentais sem a devida justificativa constitucional. Especificamente no caso do direito fundamental à família, o constituinte deu ordens de regulamentação de determinadas formas de convivência – o casamento, a união estável heterossexual e a família monoparental. Não determinou a criação de outros institutos, mas, ao mesmo tempo, não os proibiu.

Daí a conclusão de que a norma do art. 226 da CF pode ser ampliada por meio do poder constituinte reformador ou mesmo pelo processo legislativo ordinário para a inclusão de outras formas de família além das expressamente previstas. Não há que se falar, por outro lado, em uma omissão inconstitucional na não criação desses outros institutos, por não haver uma ordem expressa nesse sentido. Também por isso, não caberia ao Poder Judiciário, ainda que por meio da jurisdição constitucional o reconhecimento de entidades familiares não regulamentadas, como é o caso das uniões homoafetivas e poligâmicas.

Ressaltou-se, como constatação final, que não se pode olvidar da atuação do Poder Legislativo no reconhecimento de formas de família não contidas ainda no texto constitucional não apenas por questão de legitimidade democrática e segurança jurídica, mas também por necessitar o Direito de uma abordagem mais dogmática, sem se contaminar por posicionamentos político-ideológicos, de modo a manter a coerência do ordenamento como um todo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

ALTMAN, Matthew C.. Kant on Sex and Marriage: The Implications for the Same-Sex Marriage Debate. **Kant-studien,** [s.l.], v. 101, n. 3, p.309-330, jan. 2010. Walter de Gruyter GmbH. http://dx.doi.org/10.1515/kant.2010.020.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Notas sobre a jusfundamentalidade: ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 208, n. 52, p.81-100, dez. 2015. Trimestral. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517699/001055693.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 maio 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____, Dimitri; LUNARDI, Soraya. A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união entre pessoas do mesmo sexo. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **STF e direitos fundamentais.** João Pessoa: GIW, 2013. p. 95-107.

GOMES, Nelson Gonçalves. Um panorama da lógica deôntica. **Kriterion,** Belo Horizonte, v. 49, n. 117, p.9-38, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100512X2008000100002>. Acesso em: 02 maio 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do numerus clausus. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=264>. Acesso em: 30 out. 2012.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: uma leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

_____, Leonardo. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional. **Direito UnB,** Brasília, v. 01, n. 01, p.221-244, jun. 2014. Disponível em: <http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/26/23>. Acesso em: 03 mar. 2016.

_____, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. **Bioética à luz da liberdade científica:** Estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. In: CANOTILHO, J.j. Gomes et al (Org.).

Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/almedina, 2013. p. 2113-2137.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Franciso de Sousa e Antônio Franco.

SANTIAGO, Marcelo; FEITOSA, Lourdes Conde. Família e Gênero: Um estudo antropológico. **Mimesis,** Bauru, v. 32, n. 1, p.29-41, dez. 2011. Semestral.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

VASCONCELOS, Carmen Sylvia Alves de. **O direito fundamental à igualdade no contexto da identidade sexual no Brasil:** Um estudo da situação jurídico-constitucional com ênfase no exame da suposta inconstitucionalidade por omissão do legislador civil. 2015. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015.