

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À DIMENSÃO EXISTENCIAL DO DIREITO DAS FAMÍLIAS SOB UMA PERSPECTIVA *QUEER*: pela desconstrução do sistema heteronormativo, normalizador e excludente

VILMÁRIA CAVALCANTE ARAÚJO MOTA¹

Sumário: *INTRODUÇÃO. 2. O MACROPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO, MEDIDA E FIM DO DIREITO. 3 A IGUALDADE NA DIFERENÇA E A LIBERDADE: PILARES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 4 O PLURALISMO FAMILIAR E A PROIBIÇÃO ÀS DISCRIMINAÇÕES ODIOSAS, COMO PROTEÇÃO AO MULTICULTURALISMO E À DIFERENÇA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS FINAIS.*

RESUMO: A ordem social e a jurídica aceitam a heterossexualidade como natural e compulsória; uma lei da coerência social que impõe uma lógica linear entre sexo-gênero-sexualidade e estabelece privilégios, promovendo desigualdades e legitimando violências e opressões a toda forma de ser e viver sexo-gênero-sexualidade que refugue essa ordem heteronormativa. O presente artigo tem por objetivo apresentar uma visão constitucionalizada do Direito de Família e, para tanto, estuda-se o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, em que o sujeito é mais importante que o objeto em qualquer relação jurídica, sendo esse um imperativo ético necessário para o Direito Contemporâneo, dotado de importância emblemática para o reconhecimento de outras tipologias familiares e a construção de uma dimensão existencial para o *Direito das Famílias*. Para tanto, o levantamento bibliográfico qualitativo utilizado como instrumental do método dedutivo aplicado nesta pesquisa permitiu concluir que o positivismo se tornou insuficiente para regulamentar os direitos das novas modalidades de família construídas a partir das novas identidades de gênero, por excluir do sistema heteronormativo as tipologias de famílias constituídas pelos homossexuais e

¹ Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP em São Paulo/SP, Mestra em Administração na linha de pesquisa Gestão Pública pela Faculdade de Estudos Administrativos- FEAD em Belo Horizonte/MG (2014), Especialista em Direito Processual pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES em Montes Claros/MG (2001), Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES em Montes Claros (1999); Professora em cursos de Graduação e Pós-Graduação. Email: vilmaria.cavalcante1@gmail.com

transgêneros. A efetiva aplicação dos princípios constitucionais sob uma perspectiva *Queer*, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, é essencial para realizar uma releitura do Direito de Família existente, objetivando construir uma dimensão existencial do *Direito das Famílias* que traduza e ampare juridicamente as famílias contemporâneas, adotando uma hermenêutica contextualizada numa revolução paradigmática.

PALAVRAS-CHAVE: Novas Famílias. Novas Identidades. Hermenêutica Principiológica. Direito Existencial das Famílias.

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES APPLICABLE TO THE EXISTENTIAL DIMENSION OF FAMILY LAW FROM A QUEER PERSPECTIVE: by the deconstruction of the heteronormative, normalizing and excluding system

ABSTRACT: The social and legal order accept the heterosexuality as natural and compulsory, a law of social coherence that imposes a linear logic between sex-gender-sexuality, establishing privileges, promoting inequalities and legitimizing violence and oppression when all forms of being and living sex- gender-sexuality that refuses this heteronormative order. The purpose of this article is to show a constitutionalized view of Family Law, and for this purpose we study the phenomenon of the Constitutionalisation of Civil Law, in which the individual is more important than object in any legal relation, being this an ethical imperative necessary for Law Contemporary, endowed with emblematic importance for the recognition of other familiar typologies and the construction of an “Existential Law of Families”. For this purpose, the qualitative bibliographic survey used as an instrument of the deductive method applied in this research allowed to conclude that positivism became insufficient to regulate the rights of the new family modalities constructed from the new gender identities, by excluding from the heteronormative system the typologies of families that are constituted by homosexuals and transgenders, and that the effective application of constitutional principles from a *Queer* perspective, especially the principle of the dignity of the human person, are essential to carry out a re-reading of the existing Family Law, aiming to build an existential Family Law that means and protects legally contemporary families, adopting a contextualized hermeneutics in a paradigmatic revolution.

KEYWORDS: New Families. New Identities. Principle Hermeneutics. Existential Family Law

INTRODUÇÃO

Incontestavelmente, a família é uma das esferas sociais na qual as dicotomias de sexo e gênero são facilmente observadas e construídas, configurando-se um fenômeno extremamente conflituoso que tem deixado a sociedade e o Direito sem saberem como lidar com as novas tipologias de família que se formam a partir das novas identidades e subjetividades humanas que rompem, além da heterossexualidade, os papéis sociais, como, por exemplo, as constituídas pelos homossexuais, pelos transgêneros, intersex e travestis.

Sabe-se que a *heterossexualidade* se manteve silente, mas salientemente como norma dominante (heteronormatividade), estabelecendo privilégios, promovendo desigualdades e legitimando violências e opressões quando toda forma de ser e viver o sexo-gênero-sexualidade refugasse essa ordem heteronormativa.

Assim, o fenômeno da constitucionalização do Direito de Família deve se dar sob uma perspectiva *Queer*, na qual o sujeito é mais importante que o objeto em qualquer relação jurídica, em que esse é um “sujeito de desejo”, que visa ser feliz e se encontra num constante porvir na construção de sua subjetividade. Portanto, adotar esse discurso psicanalítico na análise dessas novas modalidades de família é um imperativo ético-jurídico necessário para se realizar uma releitura da família contemporânea ou pós-moderna, dotando de importância irrefutável o reconhecimento da *Família Queer* para a construção de uma dimensão existencial do *Direito das Famílias*.

Nesse sentido, deve-se demonstrar que o positivismo tornou-se insuficiente para regulamentar as relações sociais que se impõem, por excluir do sistema normativo a subjetividade das pessoas que constituem essas novas tipologias de famílias, e que a utilização dos princípios constitucionais sob uma perspectiva *Queer* que leve em consideração essas subjetividades, sobretudo, quanto às relações familiares e, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana, é essencial para realizar essa releitura do conceito de família e de um Direito que traduza essa dimensão das famílias contemporâneas, adotando uma hermenêutica contextualizada numa revolução paradigmática.

Ao analisar os princípios sob uma perspectiva queer, adota-se uma posição de fluidez na observação e constatações sobre os sujeitos. Registre-se que a adoção de uma metodologia anarquista para essa análise não significa a total inexistência de um método a seguir. Antes, ela aponta para um conjunto de ferramentas, as quais devem ser renovadas, afiadas para serem usadas na medida certa.

Assim, realizar essa hermenêutica principiológica sob uma perspectiva *Queer*, reconhecendo essas subjetividades, requer a adoção do discurso psicanalítico pelas ciências jurídicas, pois, de acordo com os ensinamentos de Rodrigo da Cunha Pereira, “o discurso psicanalítico introduziu na ciência jurídica uma nova noção de relação conjugal [...] uma outra noção de sexualidade”². De acordo com o autor, é uma ordem do desejo e não da sexualidade

² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores do direito de família*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 30.

que constrói seus vínculos com base no amor e no afeto; fato que tem desinstalado velhas concepções e instalado uma nova ordem jurídica para a família. Continua o autor, afirmando que “a psicanálise, ao anunciar um outro sujeito, o sujeito do inconsciente, provoca uma perturbação na tradição jurídica”³.

Nesse sentido, eis a proposta para a construção de uma dimensão existencial do *Direito das Famílias* que reconheça a constituição familiar baseada tão somente no afeto como valor jurídico que irá marcar e definir as entidades familiares contemporâneas e não o gênero, sexo ou a sexualidade de seus componentes ou sua forma de amar, se exclusiva ou múltipla (poliamor). Destarte, são as relações de afeto que se estabelecem entre as pessoas que possibilitam o estabelecimento de uma vivência familiar, responsável pela realização da personalidade dos membros do núcleo familiar, que encontram uns nos outros os referenciais necessários para construção de sua dignidade e autonomia.

Assim a definição do que seja uma entidade familiar não pode ficar atrelada unicamente ao que se encontra disposto no Código Civil, mas deverá buscar nos princípios constitucionais compreendidos dentro de um discurso psicanalítico o aparato jurídico necessário para legitimar e reconhecer os arranjos familiares que refuguem a heteronorma, bem como todas as suas consequências jurídicas e sociais, concretizando o Estado social Democrático por meio do respeito aos direitos fundamentais e efetivação deles.

Desse modo, a passagem das ciências objetivistas e positivistas para uma ciência mais reflexiva significa optar por uma verdade que não exclua a subjetividade do sujeito que decide (juiz, médico) e daquele sobre o qual se decide alguma coisa.

2 O MACROPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO, MEDIDA E FIM DO DIREITO

O princípio da dignidade da pessoa humana consubstancia fundamento da República Federativa do Brasil⁴, limitando e orientando, assim, toda a legislação infraconstitucional, que de tal preceito não pode se afastar. Com base nessa premissa, a atuação dos órgãos e poderes

³ *Idem*, p. 62

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana.

responsáveis deve-se dirigir para sua implementação, sobretudo em relação ao Direito de Família e às pessoas que se encontram em situação de maior vulnerabilidade social, como é o caso da população LGBTTI que tem sido alvo de preconceito e discriminação durante décadas.

O conceito de dignidade humana não é algo contemporâneo, pelo contrário, trata-se de tema corriqueiro em debates e pesquisas jurídico-acadêmicas. Na antiguidade, a dignidade humana estava atrelada à posição social que ocupava o indivíduo, inclusive considerado o seu grau de reconhecimento por parte da comunidade em que estava integrado.

Em contraponto, o pensamento estoico considera a dignidade humana como uma qualidade diferenciadora do ser humano em relação às demais criaturas da Terra, pois somente o homem é detentor de dignidade; esse conceito remete à ideia de liberdade do indivíduo, considerando-o como um ser capaz de construir sua própria existência e destino.

Adverta-se que não consiste numa tarefa fácil definir o conceito de dignidade da pessoa humana, visto que o seu conteúdo se encontra imbricado de elementos históricos, culturais, éticos, estéticos, dentre outros que se sobressaem em cada época.

Enfatiza Andrade que

A complexidade inerente ao conceito de dignidade torna dificultosa a determinação do seu conteúdo. O que venha a compor o conceito de dignidade é algo que não pode ser definido abstratamente, mas apenas em concreto, à luz de um determinado ordenamento jurídico e dos influxos históricos e culturais de cada sociedade. Toda essa dificuldade teórica em identificar com precisão o conteúdo da dignidade da pessoa humana decorre da circunstância de que o conceito de dignidade se insere na categoria dos denominados *conceitos jurídicos indeterminados*, caracterizados pela vagueza e subjetividade de sentido, a exigir do intérprete a formulação de juízos intelectivos mais ou menos complexos.⁵ (grifo nosso).

Não obstante os elementos culturais e econômicos de cada país interferirem de maneira diferente na definição de dignidade da pessoa humana, ora alargando, ora diminuindo sua abrangência, Nunes aponta que “dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer

⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua Concretização judicial. 2008, p. 9-10. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe. 18 de agosto de 2008. Acessado em: 20/06/ 2017.

da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica”⁶.

A partir dessa premissa, pode-se afirmar que o ser humano se encontra no centro de todo sistema jurídico, sendo ele o fim do direito, mesmo nos países onde os direitos humanos são menos protegidos, pode-se afirmar que essas diferenças não eliminam o caráter universal da ideia de respeito à dignidade humana ou da existência de um direito inato da pessoa de ser tratada dignamente. Vale dizer que todo o direito é feito pelo homem e para o homem, que constitui o valor mais alto de todo o ordenamento jurídico em qualquer de suas representações: *homo sapiens* ou, mesmo, *homo demens*; *homo faber* ou *homo ludens*; *homo socialis*, *politicus*, *economicus*, *tecnologicus*, *mediaticus*.

Destarte, o homem deve estar no centro de qualquer reflexão jus-filosófica, até quando se pensa o coletivo, priorizando um interesse público ou social em detrimento de um interesse individual, ainda assim estar a tutelar, mesmo que indiretamente, o interesse de um número maior de pessoas, mesmo que não individualizadas. Por essa razão, todos os princípios constitucionais encontram sua razão e origem no homem, fundamento de todo o dever-ser.

Sarlet define a dignidade da pessoa humana como sendo

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável [*sic*] nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁷.

Todo pessoa humana tem sua dignidade, pois ela é composta por um conjunto de *direitos existenciais* compartilhados por todos os homens, em igual proporção por todos esses, não se encontra fundamentada na autonomia de vontade, pois, mesmo aquele que perdeu a capacidade de se expressar, relacionar-se, sentir, não pode ser restringido em seus direitos

⁶NUNES, Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.

⁷SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 60

existenciais. O homem – apenas por sê-lo – não perde a sua dignidade, por mais indigna ou infame que seja a sua conduta⁸.

Sendo assim, não se podem negar direitos existenciais relacionados à identidade, à personalidade, à constituição familiar, dentre outros, tendo por base o sexo ou gênero de uma pessoa, bem como seu jeito individual de se relacionar com o amor, se de maneira mono ou poliafetiva. Ressalte-se que os fundamentos constitucionais de igualdade e dignidade da pessoa humana não podem ficar restritos ao campo meramente retórico, mas devem ser traduzidos em ações efetivas, em benefício de toda a população. A homossexualidade, a transexualidade e a intersexualidade são um fato social, uma realidade que necessita ser reconhecida pelo direito e pelos juristas.

Nesse sentido, enfatiza Mattos que

Com efeito, a prática de crimes tendo como motivação principal a homofobia, a lesbofobia, a bifobia e a transfobia tem se tornado frequente. Ademais, a negativa de direitos é algo que se evidencia de forma acentuada, como a possibilidade de utilização do nome social, a vedação ou dificuldade para ingresso em determinados lugares, a possibilidade de adotar, de casar etc.⁹

Sendo assim, deve-se compreender que a dignidade tem como pressuposto a ideia de democracia, justiça social, de igualdade e de solidariedade humanas. Sendo inerente à condição de toda pessoa, independentemente de sua classe, cor, credo, sexo, gênero, enfim, a dignidade não comporta gradações, sendo um direito de todo ser humano.

Nessa óptica, Mattos defende que

Viola a dignidade da pessoa humana a manutenção, entre os juristas, de uma visão androcêntrica e homofóbica, que reforça e reproduz as inculcações realizadas no interior da família patriarcal, no sentido de impor a heterossexualidade como algo “normal” e a homossexualidade como algo “anormal”, na medida em que trata os sujeitos que não estejam de acordo como esse parâmetro de “normalidade” estabelecido, como indivíduos possuidores de menor dignidade. Ao diminuir a dignidade dos que não se enquadram nesse padrão de normalidade, com base em argumentos morais ou religiosos, nega-se a parte da população acesso pleno ao ideal de igualdade estabelecido na Constituição Federal¹⁰ (grifo nosso)

⁸ Ibidem, p. 60

⁹ MATTOS, Fernando da Silva. Direitos Fundamentais da população LGBT e seu fundamento judicial. s/d, p. 02. Disponível em: http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/direitoslgbt_1.pdf. Acessado em : 20 de agosto de 2017.

¹⁰ Ibidem. p. 04/05.

Diante dessa constatação, o discurso jurídico não pode ser utilizado como instrumento para imposição de arbitrários culturais¹¹ dominantes ou para manutenção da situação de invisibilidade de determinados segmentos sociais. O Direito precisa deixar de ser violência, harmonizando-se de forma plena com o princípio da dignidade da pessoa humana, resguardado na Constituição Federal como fundamento republicano. Para tanto, deve reconhecer as diversas manifestações da condição humana, sobretudo na constituição de uma entidade familiar, como merecedoras de igual consideração e proteção, sem a imposição de qualquer obstáculo fundamentado em preconceito ou discriminação.

Dessa feita, nenhum direito pode ser limitado ou mesmo negado com base na sexualidade da pessoa humana, haja vista encontrar-se o homem num eterno processo de ser e aprender-se. Conforme Mattos,

A sexualidade deve ser concebida como direito que decorre da própria condição humana, que tem como supedâneo a liberdade do indivíduo de se orientar sexualmente da maneira que quiser, sem ingerência por parte do Estado. O direito à igualdade não pode ser condicionado à orientação sexual do indivíduo¹² (grifo nosso).

Destarte, o Direito não pode servir de palco para a reprodução de inculcações de arbitrários culturais, tendo como suporte um modelo heteronormativo e sexista. Não obstante a necessidade de desconstruir esses paradigmas em todas as áreas do Direito, ressalta-se sua urgência em relação ao Direito de Família, por ser essa a célula *mater* da sociedade, em que está inserido o indivíduo em suas primeiras relações no mundo e com o mundo.

Embora o Poder Judiciário brasileiro juntamente com órgãos administrativos (Cartórios de Registros, INSS, dentre outros) venham garantindo, de forma corajosa e pioneira, a igualdade de direitos à população LGBTTI, o mesmo não ocorre em relação ao Poder Legislativo, como poder responsável pela criação de leis que regulamentem as relações sociais,

¹¹ Arbitrário cultural é um termo que advém da construção teórica de Pierre Bourdier, muito caro para os sociólogos e antropólogos. Outros termos como violência simbólica, habitus foram cunhados e trabalhados por Bourdier, os quais foram estendidos para uma análise da questão de gênero em um Art., publicado originalmente em 1990, chamado A dominação masculina (1995), que pouco mais tarde se transforma num livro homônimo. Por definição, arbitrário cultural consiste numa concepção cultural dos grupos e classes dominantes, que é imposta a toda a sociedade por meio do sistema de ensino. Tal imposição não aparece jamais em sua verdade inteira e a pedagogia nunca se realiza enquanto pedagogia, pois se limita à inculcação de valores e normas.

¹² MATTOS, Op. cit. p. 05

pois se mantém covardemente inerte à necessidade de positivação de leis que versem sobre as temáticas que envolvam direitos assegurados a essa população, dentre eles os atinentes à formação das entidades familiares que refuguem os preceitos e preconceitos contidos na heteronorma.

Por todo o exposto, pode-se observar que as relações sociais estão em constante evolução, sofrendo transformações significativas com o passar dos tempos e a normativa jurídica tem por escopo regular a vida em sociedade e, dessa forma, também deve estar em constante evolução, igualmente sofrendo transformações significativas com o transcorrer dos anos. No entanto, é fato *in contesti* o descompasso existente entre o desenvolvimento social e a evolução legal. Tal descompasso acontece porquanto as relações sociais se modificam numa progressão geométrica, principalmente no mundo globalizado do século XXI, ao passo que o processo de adaptação legislativa é consideravelmente mais lento, gerando, dessa forma, as anomias¹³.

No caso da evolução do conceito e formação da estrutura familiar, a dificuldade de adaptação legislativa aliada aos grandes avanços conquistados pela população LGBTTI a partir dos anos 1990 e, principalmente, depois do ano 2000 em diante geraram omissões legais que, por si sós, ferem de forma latente os princípios básicos dos seres humanos resguardados na Carta Magna e que precisam ser colmatados com urgência por normas que reconheçam essas novas identidades de gênero e sexuais, bem como as entidades familiares constituídas por elas, dentre outros direitos existenciais.

3 A IGUALDADE NA DIFERENÇA E A LIBERDADE ENQUANTO PILARES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Destaque-se que o direito à diferença e à liberdade são pilares da dignidade da pessoa humana, salutares para que se assegurem direitos existenciais a toda humanidade, pois a dignidade pressupõe a *igualdade* entre os seres humanos. Extrai-se da ética o princípio de que

¹³ O conceito de **anomia** foi cunhado pelo sociólogo francês Émile Durkheim e quer dizer: ausência ou desintegração das normas sociais. O conceito surgiu com o objetivo de descrever as patologias sociais da sociedade ocidental moderna, racionalista e individualista. O acelerado processo de urbanização, a falta de solidariedade, as novas formas de organização das relações sociais e a influência da economia na vida dos indivíduos após a Revolução Industrial são objeto de estudo de Durkheim.

os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de suas características individuais (raça, sexo, classe social, credo etc.).

Todavia, a dialética da modernidade tem sido a lógica de uma igualdade que resguarda a existência de sujeitos com os mesmos desejos, implicando o desprezo pelas diferenças. Assim, a dialética pensada neste artigo descansa seus argumentos no campo da construção das diferenças, na afirmação de que inexistem identidades fixas e as posições binárias existentes são falseadas. Nesse mister, faz-se necessário advertir que a estrutura heteronormativa torna a heterossexualidade como uma sexualidade sempre existente, natural, normal e pura, implicando uma ditadura do desejo heterossexual.

Assim, a igualdade aqui esboçada deve ser apreciada sob a perspectiva deleuziana, pela qual o desejo torna o ser ambíguo, ambivalente e diferente. Há uma *virtualidade* que aponta para uma divergência da multiplicidade de seres existentes. Nesse sentido, o *Ser é pura diferença*, e a *diferença pura* expressa-se por meio do *devenir* como uma finitude infinita¹⁴.

Assim, o direito à diferença encontra-se no âmbito da luta por reconhecimento, consolida a ambição de diferenciação nas sociedades modernas que tendem a produzir homogeneização e padronização. É de modo reativo, portanto, que a luta pela diferença se inscreve, dialeticamente, ao lado da identidade de uma luta não interrompida por igualdade.

Por isso, o direito à diferença se distingue do direito à igualdade. Percebe-se que o mero decreto de igualdade formal não salvaguarda a possibilidade de realização do reconhecimento pleno do sujeito, na vida social. Essa versão da igualdade formal está falseada pelo pressuposto liberal de que a justiça como igualdade de direito é suficiente para provocar um equilíbrio nas relações intersubjetivas.

Com base nessa argumentação teórica é que se devem respeitar os direitos do *outro* não por generosidade, mas por solidariedade, pois Durkheim enfatiza que a força da sociedade advém da união dos indivíduos por laços de solidariedade, regulado pelas mesmas leis e de igual forma¹⁵.

O direito à diferença enfaixa a ideia de que é possível que as pessoas sejam *iguais na diferença*, e a melhor forma de respeito à condição humana é a garantia do reconhecimento da

¹⁴ DELEUZE, Gilles. *Diferença e repetição*. Trad. Luiz Orlandi; Roberto Machado. 1ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000

¹⁵ DURKHEIM, E. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

reserva de lugar para a *diferença* do outro. Não existe *alteridade* sem *diversidade* (diversidade étnica, cultural, ideológica, estética...), e essa é uma conclusão que convida à prática de uma visão de mundo descentrada, imbuída na construção de uma sociedade que respeita o pluralismo democrático, por meio de uma cultura centrada nos direitos humanos e que respeita o diferente.

Outro pilar da dignidade é a *liberdade*, que permite ao homem exercer plenamente os seus direitos existenciais, dentre eles o de ser e aprender-se. O termo “liberdade”, segundo o Dicionário da Língua Portuguesa, significa “a faculdade de fazer ou deixar de fazer uma coisa por vontade própria sem se submeter a imposições alheias; condição de homem livre, não pertencente a nenhum senhor; gozo dos direitos de homem livre”¹⁶.

Partindo desse conceito, percebe-se, sem grande esforço intelectual, que a dignidade humana somente pode existir se o homem for livre, capaz de ter e exercer direitos, pessoas com aptidões e possibilidade de realizar suas escolhas, elaborar planos e projetos de vida, refletir, ponderar, manifestar suas opiniões. Por isso, a censura, o preconceito, a exclusão, dentre outras formas de abjeção constituem graves ataques à dignidade humana.

Portanto, o exercício da liberdade em toda a sua plenitude pressupõe a existência de condições materiais mínimas. Não é verdadeiramente livre aquele que não tem direito de autodeterminar-se, não tem acesso à educação, à saúde, ao trabalho, à constituição de uma família etc. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em seu Art. 1º, põe em destaque os dois pilares da dignidade humana: “Todas as pessoas nascem *livres e iguais em dignidade e direitos*. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”¹⁷.

O espírito de fraternidade e solidariedade que preenche o princípio da igualdade encontra-se demonstrado na ética kantiana, que tem por imperativo categórico a máxima “age de tal maneira que tu possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio”¹⁸.

Agindo sob o fundamento da ética kantiana, deve-se reconhecer a humanidade a todo ser humano, independentemente de sua categorização identitária e, assim, não o tratar como um

¹⁶ NASCENTES, Antenor. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1988.

¹⁷ FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA- UNICEF/BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 20 ago.2017

¹⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

objeto, uma coisa ou um meio para realização de qualquer vontade, mas deve ser considerado em suas ações como um fim em si.

Infelizmente a sociedade categorizou o ser humano em uma prática social abarrotada de binarismos e, em seguida, atribuiu valores a essas características de maneira diferente, uns com maior valor e outras com menor valor. E, quando se tem numa diferença uma atribuição de maior e menor valor, gera-se a desigualdade.

Assim sendo, para que se possa atingir o equilíbrio social, isso precisa ser desconstruído, porque se foi aprendido dessa forma pode ser aprendido de outra, que possibilite a todos os seres humanos desenvolver seu potencial pleno e acessar as oportunidades da mesma maneira. As desigualdades não são naturais e essas podem ser revertidas e modificadas.

Advirta-se que as pessoas, ao se colocarem contra a discussão de gênero, satanizando o discurso, não poderão compreender como uma questão de direito o fato de que todo ser humano tem assegurado seu desenvolvimento pleno; desrespeitam e ignoram a liberdade, a justiça e a solidariedade como valores que estão vinculados, indissociavelmente, à dignidade humana, porque constituem condições para a sua efetivação.

Por conseguinte, distorcem a discussão e ainda dizem que estão fazendo isso em nome da família, dos bons costumes e em nome de Deus, defendendo que o único modelo de família é homem, mulher e filhos, excluindo as demais formações familiares, colocando numa ordem cartesiana **casamento-sexo-procriação**, bem como **sexo-gênero-sexualidade**.

Observa-se que, embora existam imperativos constitucionais determinando o direito à igualdade formal e à liberdade, não são suficientes para que se efetive a dignidade da pessoa humana. Para que a democracia realmente seja exercida e a justiça social ocorra, é necessário que o Estado aja positivamente protegendo o direito à diferença, mediante ações afirmativas, políticas públicas e atos normativos, em especial no que tange aos direitos das pessoas que se adequam ao grupo LGBTTI, rejeitando o heteronormativismo.

4 O PLURALISMO FAMILIAR E A PROIBIÇÃO ÀS DISCRIMINAÇÕES ODIOSAS, COMO PROTEÇÃO AO MULTICULTURALISMO E À DIFERENÇA

Percebe-se, portanto, que o Direito está intimamente ligado ao homem, que passa por modificações constantes, quebrando paradigmas, ultrapassando os ditames jurídicos, sobretudo na seara familiar, na qual ocorreu a superação do patriarcalismo, da diferenciação entre filhos, da indissolubilidade do casamento, dentre outras. Nesse ínterim, a “família deixou de ser um instituto formal e absolutizado, que atraía a tutela jurídica de per si, para se transmudar em um núcleo social funcionalizado ao desenvolvimento da personalidade e da dignidade de seus membros”¹⁹. Dessa feita, paira a liberdade de cada um escolher o modelo de família que mais lhe satisfaça e adeque ao seu modo de vida, cabendo ao Estado proteger essa família, independentemente da maneira que ela for constituída.

Porquanto consista a família numa estruturação psíquica, na qual cada membro ocupa um lugar e exerce uma função, independentemente de sexo, sexualidade ou da presença de laços biológicos, tem-se que o afeto será o valor jurídico que irá marcar e definir as entidades familiares contemporâneas. Sendo assim, são as relações de afeto que se estabelecem entre as pessoas que possibilitam o estabelecimento de uma vivência familiar, responsável pela realização da personalidade dos membros do núcleo familiar, que encontram uns nos outros os referenciais necessários para construção de sua dignidade e autonomia.

Fato é que os novos arranjos familiares não mais consideram modelos fechados e baseados exclusivamente no casamento, de tal sorte que o *Direito Existencial das Famílias* ora proposto se alicerça sobre uma principiologia, a qual assegura a autonomia privada, a isonomia e a pluralidade da família. Portanto, o princípio do pluralismo familiar, implícito na redação do Art. 226 da Carta Magna, considera o seu *caput* como cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Nessa perspectiva, as famílias ali relacionadas são meramente exemplificativas, embora represente as mais comuns, sendo que outras comunidades também se encontram implícitas no texto constitucional, uma vez que se cuida de, efetivamente, o direito instituir o princípio da igualdade pela não discriminação de sexos, tanto na esfera privada como na pública, sendo a igualdade e a paridade objetivos constitucionais.

Assim, se a liberdade de constituição de família é um direito fundamental, o Estado não pode limitar as formas de família, ou os modos de exercício desse direito fundamental. Afinal,

¹⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo. Atlas, 2010, p. 191.

se os núcleos humanos cumprem a mesma função de estruturação psíquica e de livre desenvolvimento da personalidade de seus membros, não há razão para não qualificá-los como família.

Advirta-se que a conservação da categoria “gênero” não se restringe tão somente à condição das mulheres, ao contrário, permanece muito atual, como dispositivo da diferença dos sexos, base do laço conjugal e parental. O principal obstáculo à igualdade deixa de ser o gênero como “classe das mulheres” para ser o gênero como complementaridade, critério que se refere à preeminência da heterossexualidade nas instituições de direito da família²⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se deve prestar para desigualdade jurídica, sobretudo com relação à formação das entidades familiares, pois se deve considerar que um vínculo criado pela afetividade, pelo carinho, pelo desejo de estar com o outro numa convivência harmônica, duradoura e marcada pelo amor, é o que caracteriza a existência de uma família, não as identidades sexuais e de gênero de seus componentes.

O ser humano deve ser livre para *ser e aprender-se* e, ao mesmo tempo, ser protegido, exigindo dos poderes instituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) a execução das ações necessárias para que se dê a concretização de direitos relativo à adequada convivência social. Entretanto, em virtude das desigualdades culturais, políticas e econômicas, a concretização das garantias constitucionais é feita de maneira diferente, de acordo com a realidade de cada indivíduo ou grupo, muito embora a defesa da dignidade, liberdade e igualdade a todas as pessoas esteja literalmente prevista na Carta Magna.

Sob a ótica da igualdade, vale ressaltar que ao falar sobre diferença deve-se atentar para o fato de que a identidade de um ser humano é marcada por ela, afinal, ninguém é igual a ninguém, portanto, faz-se necessário entender que a identidade não é o oposto da diferença, mas que depende desta para ser construída. Contudo, sabe-se que a aplicação dessa relação de

²⁰ BORRILO, Daniel. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 289-321, jul./dez. 2010.

alteridade à vida cotidiana não é fácil, pois envolve diversas práticas sociais; especialmente quanto à formação da família, que é objeto de séria controvérsia na sociedade. O preconceito ainda é uma realidade marcante e injustificável, em que se percebe a resistência da sociedade, ainda conservadora, no sentido de respeitar os seres humanos que simplesmente buscam felicidade fora dos padrões convencionais de família.

A luta por condições igualitárias e humanas tem dado o tom à história da humanidade e, muitas vezes, essa luta é ignorada. Por isso, na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito, as pessoas devem rever suas perspectivas, seus preconceitos, aceitando os seres humanos como eles são, independentemente de sua sexualidade, gênero, origem, classe social etc. Urge a necessidade de se quebrarem os paradigmas heteronormativos existentes nas construções sociais e jurídicas para que se possam reconhecer a todo ser humano os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS FINAIS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *O princípio fundamental da dignidade humana e sua Concretização judicial*. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe. 18 de agosto de 2008. Acessado em: 20 de junho de 2017.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999

BORRILLO, Daniel. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 289-321, jul./dez. 2010.

DELEUZE, Gilles. *Diferença e repetição*. Trad. Luiz Orlandi; Roberto Machado. 1ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000

DURKHEIM, E. *Da divisão do trabalho social*. Martins Fontes, São Paulo, 2010

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA- UNICEF/BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 20 ago.2017

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MATTOS, Fernando da Silva. *Direitos Fundamentais da população LGBT e seu fundamento judicial*. Disponível em: http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/direitoslgbt_1.pdf. Acessado em : 20 de agosto de 2017.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1988.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores do direito de família*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo. Atlas, 2010.