

FUNDAÇÃO DE ENSINO EURÍPIDES SOARES DA ROCHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

MARCELO ROSSI DA SILVA

**TUTELA CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE
1988**

MARÍLIA
2014

MARCELO ROSSI DA SILVA

TUTELA CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Orientador:

Prof. Dr. LUÍS HENRIQUE BARBANTE
FRANZÉ

SILVA, Marcelo Rossi da.

Tutela constitucional da família na Constituição de 1988 / Marcelo Rossi da Silva; orientador: Luís Henrique Barbante Franzé. Marília, SP: [s.n], 2014.

112 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Marília, 2014.

1. Direito Constitucional 2. Família 3. Dignidade da pessoa humana
4. Tutela 5. Efetividade

CDD:

MARCELO ROSSI DA SILVA

TUTELA CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Banca Examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

Marília, _____ de _____ de 2014.

A

Paulo Bruno e Fernando.

AGRADECIMENTOS

Aos **meus pais**, que ensinaram a importância da família.

Ao talentoso jurista **Luís Henrique Barbante Franzé**, que contempla seus discípulos
com admiráveis ensinamentos.

SILVA, Marcelo Rossi da. **Tutela constitucional da família na Constituição de 1988**. 2014. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2014.

RESUMO

O presente estudo, tendo como base e linha de pesquisa Construção do Saber Jurídico, versa a respeito da tutela constitucional da família, concebida esta – a família – como núcleo garantir do desenvolvimento do indivíduo e mecanismo para propiciar o alcance de sua dignidade. Para tanto, faz-se análise da evolução histórica da família, bem como a mutação de seu conceito. É ainda tratada a base principiológica, bem como as inovações consideradas de maior relevância insertas na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e noutras normas de índole infraconstitucional. Assim, o objeto desse estudo é demonstrar a importância que o núcleo familiar assume no estado democrático de direito, garantindo a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Busca-se evidenciar a família como célula *mater* da sociedade, sua verdadeira base, figurando como local de realização da afetividade e dignidade, fazendo-se um deslocamento de sua função religiosa, econômica e procracional para sua função social. O resultado é a valorização da pessoa humana e não apenas de suas relações patrimoniais, prestigiando-se, dentro do núcleo familiar, as relações de coordenação e a solidariedade entre seus membros, enaltecendo o fortalecimento psíquico e moral de seus integrantes. Conclui-se, dessa forma, que a tutela constitucional da família propicia a evolução da própria sociedade e fomenta seu grau de organização, fazendo com que tenhamos um porto seguro ante as adversidades que a vida em coletividade nos traz.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Família. Dignidade da pessoa humana. Tutela. Efetividade.

SILVA, Marcelo Rossi da. **Tutela constitucional da família na Constituição de 1988**. 2014. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2014.

ABSTRACT

This present research is about the constitutional protection of the family, conceived - the family - as core that ensures the individual development and mechanism to provide the reach of its dignity. Therefore, we analyze the historical evolution of the family as well as the mutation of its concept. The principled basis is also treated, as well as the most relevant innovations considered inserted in the 1988 Federal Constitution, the Civil Code of 2002 and other infraconstitucional-natured rules. Thus, the object of this study is to demonstrate the importance that the family core assumes in the democratic state of law, ensuring the construction of a more free, fair and solidary society. It's sought to evidence the society mother cell, its true base, appearing as local of affection and dignity accomplishment, analyzing a displacement of its religious, economic and procracional function to its social one. The result is the human person appreciation and not only their property relations, esteeming, within the family core, coordination and solidarity relations among its members, enhancing the mental and moral fortification of its members. We conclude, therefore, that the constitutional protection of the family fosters the evolution of society and promotes its level of organization, causing us to have a safe haven against the adversities that life in community brings to us.

Keywords: Constitutional Law. Family. Human person dignity. Protection. Effectiveness.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

DNA – Ácido Desoxirribonucléico

OMS – Organização Mundial da Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – DA FAMÍLIA COMO CÉLULA MATER DA SOCIEDADE.....	14
1.1 Considerações gerais	14
1.2 Escorço histórico	14
1.3 Conceito de família.....	17
1.4 Espécies de família	19
1.4.1 Família matrimonial	20
1.4.2 União estável	22
1.4.3 Monoparental.....	24
1.4.4 Anaparental.....	25
1.4.5 Recompuestas.....	27
1.4.6 Unipessoal	29
1.5 Repersonalização da família e sua função social.....	31
1.6 Família para o Estado	34
1.6.1 Proteção estatal.....	36
1.6.1.2 Proteção ou controle estatal?	40
CAPÍTULO 2 – DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À ENTIDADE FAMILIAR	42
2.1Direitos fundamentais e a entidade familiar	42
2.1.1 Conceitos básicos	44
2.1.2 Características dos direitos fundamentais	46
2.1.3 Aspectos históricos e evolução dos direitos fundamentais.....	47
2.1.3.1 Direitos fundamentais de primeira geração	49
2.1.3.2 Direitos fundamentais de segunda geração	50
2.1.3.3 Direitos fundamentais de terceira geração.....	52
2.1.3.4 Direitos fundamentais de quarta e quinta gerações	53
2.2 A validade ou eficácia social dos direitos fundamentais.....	54
2.3A família e as Constituições brasileiras.....	55
2.3.1 A Constituição de 1824	56
2.3.2 A Constituição de 1891	56
2.3.3 A Constituição de 1934	57
2.3.4 A Constituição de 1937	58
2.3.5 A Constituição de 1946	59
2.3.6 A Constituição de 1967	61
2.3.7 A Constituição de 1969	62
2.3.8 A Constituição de 1988	62
CAPÍTULO 3 – PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ENTIDADE FAMILIAR	65
3.1 Conceito de princípios no direito	65
3.2 Princípios positivos do direito e princípios gerais do direito	69
3.3 Normatividade dos princípios.....	71
3.4 Conflitos entre princípios	73
3.5 Princípios constitucionais	75
3.5.1 Características dos princípios constitucionais	76
3.5.2 Interpretação ou hermenêutica dos princípios constitucionais.....	78

3.6 Princípios constitucionais relativos ao direito de família.....	80
3.6.1 Generalidades	82
3.6.2 Dignidade da pessoa humana e a tutela da família.....	82
3.6.3 Solidariedade familiar.....	88
3.6.4 Igualdade	89
3.6.5 Afetividade	92
3.6.6 Convivência familiar	95
3.6.7 Melhor interesse da criança	97
3.6.8 Diversidade familiar	99
3.6.9 Intervenção mínima do Estado na entidade familiar	101
3.6.10 Proteção ao idoso.....	102
CONSIDERAÇÕES FINAIS	105
REFERÊNCIAS	107

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, impôs novas diretrizes jurídicas à vida social brasileira, trazendo alterações no universo do Direito de Família, fomentando o que a doutrina denominou de constitucionalização do Direito Civil.

A família ganhou corpo na disciplina constitucional, considerada base da sociedade e merecedora de especial proteção do Estado, conforme estabelece o artigo 226 da Lei Maior. Valores, até então inexistentes ou tímidos na ordem jurídica, tornaram-se pulsantes e passaram a informar o legislador, o administrador e o magistrado.

As questões de cunho patrimonial, dantes exaltadas na legislação disciplinadora do Direito de Família, deram lugar à valorização da dignidade da pessoa humana, fundamento albergado no artigo 1º, inciso III, Carta da República. Instalou-se verdadeira repersonalização das relações interpessoais no âmbito familiar, trazendo o homem como destinatário da máxima proteção.

A magnitude e força da nova ordem inspiraram o legislador ordinário a confeccionar diplomas que, efetivamente, levassem especial proteção à família, atendendo-se ao comando constitucional. Vieram à lume mecanismos como a tutela do Bem de Família (Lei 8.009, de 23 de março de 1.990), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1.990), a disciplina da investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento (Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992), a proteção da união estável (Leis 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003) e a conhecida Lei Maria da Penha, que coíbe a violência doméstica (Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006), entre outros.

É certo também que o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), pautado nos princípios da eticidade, solidariedade, socialidade e operabilidade, atendeu ao comando constitucional e pôs o Direito de Família em evidência, certamente porque se trata do ramo mais sensível do direito.

Sexo, casamento e procriação não podem mais ser concebidos como elementos estruturais da família, eis que há concepção sem sexo e família sem casamento ou vínculo de sangue, além de termos plena liberdade para o planejamento familiar, ai certamente incluído o controle da natalidade.

É visível que a Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, inaugurou para a família uma nova fase, prestigiando-se a chamada função social da família,

permitindo que sua sanidade viabilize a plena realização do indivíduo e a consecução de seu projeto pessoal de felicidade.

O modelo igualitário de família constitucionalizada se contrapõe ao modelo autoritário preconizado no Código Civil revogado. A solidariedade, o consenso, o respeito à dignidade de seus integrantes põem-se como fundamento dessa notável mudança paradigmática que inspirou o marco regulatório encontrado nos artigos 226 a 230 da Constituição Federal de 1988.

O presente estudo pretende demonstrar que, na ideia de família, o que realmente importa – a cada um e a todos seus membros – é pertencer ao seu âmago, encontrando-se naquele lugar idealizado onde se torna possível integrar valores, sentimentos e esperanças.

Pretende-se comprovar que a tutela da família, enquanto instituição, é condição para a existência de uma sociedade equilibrada e apta a permitir o pleno desenvolvimento dos indivíduos.

Com a finalidade de alcançar o objetivo pretendido, o presente trabalho será dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo buscaremos abordar a evolução da entidade familiar, bem como seu conceito, analisando o que a doutrina denomina de despatrimonialização das relações na família, revelando que a família apresenta uma função primordial: a função social.

No segundo capítulo o escopo é demonstrar a família como destinatária dos direitos fundamentais, bem como o tratamento que a família recebeu nas constituições que seguiram à Independência do Brasil, fazendo breve análise desde a Constituição do Império, de 1824, até a atual Constituição de 1988, denominada Constituição Cidadã.

O terceiro capítulo adentrará na questão dos princípios constitucionais norteadores da entidade familiar, cuidando da análise de seu conceito e características, dando-se especial atenção àqueles especialmente destinados ao Direito de Família.

O trabalho será confeccionado por meio da realização investigativa multidisciplinar, enveredando pelas searas do direito constitucional e direito civil, utilizando-se metodologia qualitativa baseada exclusivamente em levantamento e análise bibliográficas de livros, revistas e artigos.

Conclui-se que a tutela constitucional da família é o argumento primordial para a satisfação da necessidade que cada um de nós apresenta de possuir um refúgio, pronto a nos acolher em dias sombrios, permitindo que sintamos a segurança e o conforto que nenhum outro grupo social pode nos dar.

Espera-se, ao final do estudo, demonstrar ao leitor a importância do núcleo familiar para a construção de um mundo melhor e a vocação encontrada em nosso ordenamento jurídico de viabilizar sua tutela, garantindo-se ao homem aquilo que mais lhe interessa em sua efêmera existência: seu pleno desenvolvimento e a felicidade.

CAPÍTULO 1 – DA FAMÍLIA COMO CÉLULA MATER DA SOCIEDADE

1.1 Considerações gerais

No presente capítulo busca-se alcançar a compreensão da família, sua evolução, extensão e conceito. Certamente são elementos que sofreram profundas mudanças no curso da história, especialmente em razão das transformações sociais ocorridas a partir do século XVIII, partindo da revolução industrial, alcançando-se a sociedade globalizada, o fomento dos meios de comunicação e até o mesmo todo o avanço científico.

É preciso ainda lembrar que a família, antes de ser um instituto jurídico, deve ser compreendida como um verdadeiro fenômeno sociológico e, como tal, reclama não raras vezes análise multidisciplinar. Assim, a sociologia, a filosofia e a economia também dão subsídios para a análise e compreensão de tão importante instituição.

Desponta ainda o interesse em compreender seu conceito, mormente para que se possa identificá-la e promover a necessária proteção de seus membros, conhecendo-se, por igual, o arcabouço legislativo que a ele se destina.

Deve também ser considerado o fenômeno denominado despatrimonialização ou repersonalização da família, trazendo o indivíduo como destinatário primeiro da tutela jurídica, ressaltando a solidariedade entre os membros da família e a coordenação que deve existir entre suas relações. Tal também recebe o nome de função social da família.

As linhas seguintes pretendem demonstrar não somente a gênese do núcleo familiar e a preocupação do Estado em promover sua preservação, mas também chamar atenção acerca de sua constante evolução.

1.2 Esboço histórico

O homem é um ser social por natureza e, para satisfazer suas necessidades e transpor obstáculos que dificilmente venceria com suas forças, tende a se unir a outros indivíduos, ou seja, tem vocação para viver em grupo, sendo da sua essência a vida em comunidade.

Na concepção aristotélica o homem isolado é um deus ou uma besta. Experimenta, pois, a latente necessidade de conviver, dividindo experiências e anseios.

O próprio Texto Sagrado ensina que o homem não pode viver só, retratando em Gênesis os personagens Adão e Eva, criados um para o outro e vivenciando as experiências do paraíso e as agruras da realidade, notadamente os conflitos de se viver em grupo.

Assim, a família se revela como fenômeno natural e decorrente da própria natureza humana. Mas, onde exatamente surgiu a família?

Na era primitiva certamente a preocupação do homem residia na busca pelo alimento e abrigo das feras, não existindo noção de propriedade privada e tampouco organização familiar. O poder encontrava-se nas mãos do mais forte e a endogamia era prática comum, razão pela qual a paternidade era sempre duvidosa. Pondera-se, por tal motivo que, sendo a maternidade certa, a família teve inicialmente um caráter matriarcal, eis que a criança, via de regra, ficava sempre com a mãe, responsável por sua alimentação, proteção e educação (VENOSA, 2003).

Engels apud Gagliano e Pamplona (2011, p. 46), em sua obra “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado”, observa:

1) – nos tempos primitivos, os homens viviam em total promiscuidade sexual – chamada impropriamente de heterismo por Bachofen; 2) – esse tipo de relações excluía qualquer possibilidade de estabelecer, com segurança, a paternidade, de modo que a filiação só podia ser contata por linha feminina, segundo o direito materno, e que isso ocorria em todos os povos antigos; 3) – por conseguinte, as mulheres, como mães, como únicos genitores conhecidos da nova geração gozavam de elevado grau de apreço e consideração chegando, segundo afirma Bachofen, ao domínio feminino absoluto (ginococracia); 4) – a transição para a monogamia, em que a mulher passava a pertencer a um só homem, encerrava em si uma violação de uma lei religiosa muito antiga (ou seja, efetivamente uma violação do direito tradicional que os outros homens tinham sobre aquele mulher), transgressão que devia ser expiada ou cuja tolerância era compensada com a posse da mulher por outros durante determinado período.

Para Gaudemet (data) apud Venosa (2003), na Babilônia a família fundava-se no casamento monogâmico, mas o direito, sob influência semítica, autorizava esposas secundárias. O marido podia, por exemplo, procurar uma segunda esposa, se a primeira não pudesse conceber um filho ou em caso de doença grave.

Entretanto, é no direito romano que encontramos a estrutura inconfundível da família, tornando-a unidade jurídica, econômica e religiosa, sempre fundada na autoridade soberano do chefe. Assim, a família romana assentava-se no poder incontestável do *pater familiae*, o qual representava os papéis de sacerdote, magistrado e senhor em sua casa (GOMES, 1999).

É certo que os vínculos da família romana não tinham origem no sangue ou no afeto, mas sim decorriam da prática religiosa, o chamado culto dos antepassados realizado exclusivamente pelo filho.

A mulher, por sua vez, ao deixar a autoridade paterna, tornava-se verdadeira serva do marido, sujeita que ficava ao poder marital. Na falta deste, ficava até mesmo sob a autoridade do filho, sem esperanças de alcançar sua plena emancipação.

Caso não concebesse filhos, a mulher colocava em risco a própria continuidade da família, eis que comprometia a prática do culto doméstico, vedado às mulheres e aos filhos bastardos. Do mesmo modo, o celibato era tido por afronta à continuidade da família porque comprometia a continuidade do culto doméstico.

Com o advento do Cristianismo e passando o casamento a ostentar o status de sacramento, por conduzir à santificação, impôs-se aos nubentes a comunhão espiritual e a necessidade de sua indissolubilidade, fortalecendo, de igual modo, as bases da Igreja. É certo que, ante a confusão entre Estado e Igreja, as uniões *extra matrimonium* tornaram-se marginalizadas, espúrias, quadro que somente encontrou alteração com o advento do Estado Social.

A Revolução Industrial, fenômeno verificado em meados do século XVIII, fez surgir nova realidade na composição familiar, eis que a maior demanda por mão de obra fez com que as mulheres deixassem o labor unicamente doméstico para ingressar no mercado de trabalho, não mais sendo o homem a única fonte de manutenção da família.

O Estado Social, desenvolvido ao longo do século XX, influenciou sobretudo na família, mormente no que diz respeito a solidariedade e promoção da justiça social que apregoava. Limitados foram os poderes marital e paterno, abrindo-se espaço para a oxigenação do princípio da dignidade humana (LÔBO, 2009).

A família, no seu quadro atual, deixou sua função econômica e procracional, assumindo verdadeira função social, garantindo ao indivíduo alcançar seu desenvolvimento. Mas, é claro, a família está em constante transformação, sendo construída diariamente sua história, de modo que eventual abordagem histórica força o intérprete a olhar para o futuro, deparando-se com intrigante questão: qual o futuro da família? Espera-se, com essas singelas linhas, levar elementos para formular a necessária resposta.

1.3 Conceito de família

O conceito revela importância para o conhecimento de algo ou alguém. Retrata as características da pessoa, objeto ou instituto analisado, permitindo situá-los em dado local e discipliná-los de forma adequada.

Contudo, conceituar não é tarefa das mais simples, eis que o conceito não é algo rígido, pois sofre influências de vários fatores, como históricos, geográficos e culturais. Como exemplo, tome-se o conceito de casamento, outrora visto apenas como união entre homem e mulher, para hoje ser admitido entre pessoas do mesmo sexo.

Conceituar família é tarefa multidisciplinar, eis que ocupa o historiador, o sociólogo, o jurista e o legislador, todos com interesse em conhecê-la para melhor discipliná-la. Cabe-nos, no presente trabalho, tecer considerações sob o enfoque jurídico.

Como dito alhures, a família é posta como base da sociedade e esta, não se pode olvidar, está em constante transformação, notadamente ante os avanços tecnológicos e científicos.

Engels apud Madaleno (2008, p. 5), ao analisar a questão ressaltou “a importância da família na estrutura social, pois ela é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema.”

O grupo familiar não mais ostenta o perfil do início do século XX, eis que sofre, de forma direta, a influência de toda sorte de fatores. As relações se modificam, suas expectativas, seus anseios, forçando a remodelagem de seu conceito.

Para Gonçalves apud Santos (1984, p. 8), o conceito de família abrange

[...] não somente a família oriunda da consanguinidade, isto é, a família legítima e, pois, parentesco legítimo, mas também a família ilegítima ou natural, e ainda aquele tipo de família criado pela lei sobre a base da vontade das partes, ou seja, a família adotiva. O que importa dizer que a palavra família, nesse sentido, usado pela lei, compreende todas as pessoas unificadas pela convivência, sob o mesmo teto e economia comum.

É certo que o conceito acima deve ser assimilado à luz do atual texto constitucional, eis que não há mais que se falar em família ilegítima, mormente ante o princípio da igualdade, apregoado no artigo 5º, *caput*, da Lei Maior. Aliás, Lôbo (2009, p. 1) adverte que “a família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.”

Diniz (2009, p. 9-10), anota três acepções fundamentais para a compreensão do conceito de família: a) amplíssima; b) lata e c) restrita.

No sentido amplíssimo teríamos a comunidade formada pelos indivíduos unidos pelo laço da consanguinidade e pela afinidade, incluindo-se até mesmo estranhos, como admite o Código Civil, em seu artigo 1.412, parágrafo 2º, ao disciplinar o direito real de uso.

Na acepção lata teríamos o grupo formado pelos pais e filhos, abrangendo também os parentes em linha reta e colaterais até o quarto grau, bem como os afins (vínculo resultante do casamento ou união estável).

No sentido restrito a família seria a comunidade formada por qualquer dos pais e sua prole, esteja presente o vínculo do casamento ou da união estável. Também é incluída nesse contexto a família monoparental ou unilinear, formado por qualquer dos pais e seus descendentes.

Mas qual conceito adotar? O amplíssimo, o lato ou o restrito? Certamente cada um e todos eles, pois há que ser indagada qual sua finalidade.

Assim, se o observador pretender fazer uma análise tendo em vista o critério da autoridade parental deverá adotar o conceito restrito. Se, porém, pretender o observador trilhar o direito das sucessões deverá ter em mente a acepção lata, notadamente considerando a ordem de vocação hereditária trazida pelo artigo 1829 do atual Código Civil.

Inovando a questão acerca do conceito de família, chama-nos atenção a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, que teve por escopo trazer mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar. Trata-se da conhecida e reconhecida Lei Maria da Penha, a qual, em seu artigo 5º, inciso II, trouxe-nos a seguinte acepção de família:

Art. 5º. *omissis*

I- *omissis*

II- no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

Assim, entre nós, considerando a tutela que se deve garantir à família, destinatária da especial proteção do Estado, a família há que ser admitida em seu sentido mais amplo, revelando-se como uma comunidade formada por indivíduos não somente ligados pelo vínculo do sangue ou da afinidade, mas também unidos pelo vínculo da afetividade. Talvez este – o vínculo da afetividade – seja o mais forte de todos, pois tem origem naquilo que se mostra a maior força do universo: o amor.

1.4 Espécies de família

A simples análise do texto constitucional, mais precisamente de seu artigo 226 e parágrafos, demonstra ter o legislador optado pela pluralidade de modelos familiares, além de revelar a vinculação do próprio Estado no que tange à especial proteção às famílias, seja qual for sua composição e origem e tudo isso em igualdade de condições.

Sob tal prisma duas questões surgem: (a) se há pluralidade de modelos familiares é correto afirmar existir hierarquia axiológica entre os diferentes modelos?; (b) o texto constitucional, ao apontar diversas entidades familiares, traz rol exemplificativo (*numerus apertus*) ou taxativo (*numerus clausus*)?

A primeira pergunta formulada neste item – acerca de eventual hierarquia axiológica entre os diversos modelos familiares – merece resposta negativa na medida em que não existe pior ou melhor modelo de família sugerido na Constituição Federal. Assim, não existe família *puro sangue* ou família de *primeira linha*, mas sim entidades familiares diferentes com características próprias, portadoras de diversidades e que, por tais motivos, acabam por receber tratamento infraconstitucional diferenciado, sem que isso acarrete a pecha de inconstitucionalidade. Tome-se, à guisa de exemplo, a imposição do regime da separação de bens no casamento àquele que se casa com mais de 70 anos de idade, sendo que, no âmbito da união estável, tal restrição não se impõe.

Não se vislumbra também qualquer hierarquia nas diferentes formas de estabelecimento do vínculo de filiação, seja o parentesco decorrente da consanguinidade, adoção ou até mesmo da afetividade, o que se denomina filiação socioafetiva.

Quanto à segunda indagação – se o texto constitucional, ao apontar diversidade familiar, traz rol exemplificativo ou exaustivo – deve-se ponderar que a Lei Maior tão somente anunciou algumas formas ou espécies de família, não tolhendo a existência ou surgimento de outras, desde que preenchidos certos valores sociais e culturais que admitam seja o grupo de convivência admitido como família. Nesse contexto caberia indagar se a unidade de convivência onde presente a poligamia seria considerada família, ao abrigo do texto constitucional, o que se denomina de poliamor, poliamorismo ou união poliafetiva.

Considerando a tutela que se pretende dar à família e o princípio da intervenção mínima do Estado na entidade familiar, tem-se como perfeitamente cabível a família oriunda da poliafetividade, sob pena de se avivar preconceitos e atitudes reacionárias. De qualquer modo, ainda que se afastem tais uniões do âmbito do Direito de Família, tais relações –

poliafetivas – produzem efeitos que o Direito não pode ignorar, acarretando, por exemplo, reconhecimento de sociedade de fato e partilha de eventual patrimônio constituído pelo esforço comum, aplicando-se regras pertinentes ao Direito das Obrigações.

De qualquer forma identificar a presença da família em certa unidade de convivência é questão merecedora de primazia, pois a existência ou não da família irá determinar o regime jurídico a ser aplicado não somente no campo dos direitos pessoais, mas também nas diversas relações patrimoniais.

1.4.1 Família matrimonial

É o matrimônio apontado como umas das mais importantes instituições que se tem notícia, ocupando posição de destaque na história da humanidade. O próprio Texto Sagrado aponta que Jesus operou seu primeiro milagre num casamento, realizando a transformação da água em vinho, iniciando daí sua vida pública. É ainda considerado, no Direito Canônico, como um Sacramento, revelando-se indissolúvel, somente deixando de existir com a morte de um dos cônjuges. Não há dúvida que se trata de uma das bases e fonte da família, pilar da sociedade.

No Brasil o casamento era indissolúvel por força do artigo 175, §1º, da Constituição de 1967, nos termos da Emenda Constitucional nº 1/69, dando origem à chamada família legítima, nos seguintes termos: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos poderes públicos. §1º. O casamento é indissolúvel”.

O próprio legislador constituinte, na Carta de 1988, a ele faz menção, afirmando que o casamento é civil, além de ser gratuita sua celebração. De fato, ante a completa separação entre Estado e Igreja, de outra forma não poderia ser, muito embora tenhamos preservado o casamento religioso com efeitos civis, conforme autoriza o artigo 226, §2º da Constituição Federal, desde que observado o regular procedimento de habilitação perante o Oficial do Registro Civil.

Vetusto o conceito que admitia ser o casamento a união, sob o manto da lei, entre homem e mulher, eis que acolhida a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, conhecidas como uniões homoafetivas. Tais uniões devem ser admitidas em respeito à dignidade da pessoa humana, não se podendo a elas negar o *status* de família, muito embora tal possibilidade no direito pátrio tenha sido admitida pela jurisprudência, eis que inerte foi o legislador em disciplinar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Com efeito, a Resolução

175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça pôs fim ao drama de muitos casais, em uniões homoafetivas, que esbarravam no preconceito de Juízes, integrantes do Ministério Público e até mesmo Oficiais do Registro Civil que se recusavam promover a habilitação para o casamento de tais pessoas.

É certo que a definição de casamento sempre despertou controvérsias, dividindo as opiniões dos doutos, ora despontando a corrente que defende sua natureza contratual, pois necessário o livre consentimento dos pretendentes, sob pena de inexistência do ato. De outro lado, outra corrente atribui ao matrimônio o caráter de instituição, eis que operam no casamento normas de ordem pública, com nítido caráter cogente, estabelecendo direitos e deveres, tolhendo a autonomia privada.

Interessante a abordagem de Rodrigues (2002, p. 22), afirmando ser o casamento um ato complexo, eis que dependente não somente da vontade dos pretendentes quando exercem sua autonomia privada, mas também da ingerência do Estado ao disciplinar, de forma minuciosa, sua celebração e ao impor um conjunto de direitos e deveres. Tanto é assim que se considera aperfeiçoado, conforme prescreve o artigo 1.535 do Código Civil, somente após o celebrante proferir as seguintes palavras: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados”.

É certo que tal frase está a merecer o devido reparo do legislador, eis que, num casamento homoafetivo, não cabe apontar o marido e a mulher, mas sim pessoas que, segundo seu projeto pessoal de felicidade, decidiram unir-se sob o manto do matrimônio. A expressão, como lançada na Lei, encontra-se desatualizada e é capaz de provocar constrangimentos desnecessários.

De qualquer forma, o matrimônio, entre sexos opostos ou pessoas do mesmo sexo, dá origem à família matrimonial, tendo sua origem no Concílio de Trento, realizado em 1563 e convocado pelo Papa Paulo III, através da Contrarreforma da Igreja.

O conceito de família matrimonial ganha força quando se afirma ser o casamento o principal vínculo da família. Aponta-se, nesse sentido, o artigo 226, §1º e §2º da Constituição Federal, eis que, topograficamente, privilegiam o matrimônio. O mesmo artigo da Lei Maior, em seu §3º, ao apontar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em matrimônio parece reforçar tal tese.

Todavia, enquanto na sistemática do Código Civil de 1916 e nas letras da Constituição de 1967, o casamento despontava como o marco identificador da família, hoje preponderam o sentimento e o vínculo afetivo como elementos primordiais no contexto

familiar, sendo correto admitir o princípio da igualdade entre os diversos vínculos familiares, onde o casamento surge apenas como umas das formas de surgimento da família. Aliás, esta a posição adotada no Projeto de Lei 2.285/2007, conhecido como Estatuto das Famílias.

1.4.2 União estável

Não paira dúvida que a união de pessoas de sexos opostos é anterior à instituição do casamento e decorre da necessidade maior do ser humano de viver em grupo e atender seus instintos sexuais.

Ainda que convenções eclesíásticas ou legais tenham estabelecido e disciplinado o casamento, as uniões de fato sempre existiram e não poderiam ficar à margem da tutela que o Estado deve proporcionar a toda pessoa.

Contudo, se voltarmos algumas páginas na história recente, veremos que a união estável foi marginalizada, bastando lembrar que a Carta de 1967, nos termos da Emenda Constitucional nº 1/69, anunciava ser a família oriunda apenas do casamento. Destarte, o Código Civil de 1916, conhecido como Código de Beviláqua, poucas referências fazia à união estável e, quando o fazia, trazia restrições e sanções. Como exemplo lembramos da incapacidade da companheira do testador casado para adquirir por testamento (art. 1.719, III) e discriminações contra a filiação fora do casamento, tido como ilegítima (art. 337).

Em contrapartida à verdadeira ojeriza do Código Civil de 1916 às uniões familiares fora do casamento, as uniões sob o manto do companheirismo tiveram reconhecidos alguns direitos na legislação complementar mesmo antes da Carta de 1988, podendo ser citadas a Lei 6.015/73, em seu artigo 57, §2º ao §6º, admitindo à companheira adotar o patronímico do convivente e a Lei 7.841/89, permitindo o reconhecimento dos filhos taxados de espúrios (incestuosos ou adúlteros).

As uniões familiares *extra matrimonium* também mereceram a atenção da jurisprudência. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal cristalizou entendimento favorável a uniões concubinárias em casos de indenização acidentária (Súmula 35), disposição testamentária em favor de filho adúltero (Súmula 447), dissolução da sociedade de fato com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum (Súmula 380) e admissibilidade de união estável mesmo sem vida em comum sob o mesmo teto (Súmula 382).

Contudo, a Constituição Federal de 1988 foi o instrumento que rompeu com todo o histórico de marginalização, elevando as entidades familiares, constituídas fora do casamento,

à condição de união estável, anunciando no artigo 226, §3º que, “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Porém, não se pode deixar de dizer que o legislador constituinte, talvez ante o ranço histórico de discriminação às uniões *extra matrimonium*, foi tímido ao estender proteção à união estável, pois além de utilizar a expressão *entidade familiar* ao invés de família, apontou que a lei deveria facilitar sua conversão em casamento, como se este – casamento – tivesse o condão de criar famílias melhores ou fosse o destino inevitável da agora reconhecida união estável.

Mas, exatamente, o que é a união estável apta a criar a família?

Nos termos da Constituição Federal, com visto acima, é a união entre homem e mulher que, de forma estável e pública, vivem como se casados fossem, ou seja, *more uxorio*. Outrossim, alguns requisitos são apresentados para caracterização da denominada união estável, entre os quais se destacam a convivência pública e duradoura entre homem e mulher com o fito de constituir família.

Aliás, esta a orientação adotada no artigo 1.723 do Código Civil, nos seguintes termos: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Questão merecedora de destaque foi a exigência da diversidade de sexos para a efetiva caracterização da união estável, conforme preconizado na Constituição Federal e repetido no Código Civil. Tal tema, como é cediço, foi levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, tendo o Pretório Excelso, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, reconhecido a união estável para casais do mesmo sexo. Em referido julgamento deu-se interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impedisse o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Não há dúvida que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi acertada, pois deu efetividade à tutela da dignidade da pessoa humana (cumprindo o verdadeiro sentido do Estado Democrático de Direito), além de prestigiar o quanto contido no artigo 3º, IV, da Constituição Federal, impedindo qualquer preconceito que tivesse origem na orientação sexual do indivíduo.

Assim, a união estável, seja entre homem e mulher, seja entre pessoas do mesmo sexo, permite o nascimento da instituição mais eficaz para a construção de uma sociedade equilibrada: a família.

1.4.3 Monoparental

Conforme reforça Madaleno (2008, p. 6),

[...] a noção primeira de família é de ela ser bilateral, como modelo ideal na formação da sociedade, com marido e mulher, companheira e companheiro unidos em relação afetiva, como família formal ou informalmente constituída, cuidando dos seus descendentes.

A chamada família tradicional, portanto, retratada pelas figuras dos genitores e sua prole impregnou a coletividade e influenciou sobretudo o legislador. Contudo, a sociedade está em constante mutação, surgindo novos valores e necessidades. O fato social muda e o jurista não pode cerrar seus olhos a tais transformações e à necessidade de sua disciplina.

Assim, ao lado da família tradicional, constituída pelos pais e filhos, surge a chamada família monoparental, revelando-se como a família constituída por apenas um dos genitores e sua prole.

É certo que tal fenômeno sempre existiu, assim como o concubinato ou a poligamia em certos povos, mas acentuou-se a partir da Segunda Guerra Mundial, quando a mulher teve ampliado o acesso ao mercado de trabalho, passando, muitas vezes, a ser responsável pelo sustento do lar.

Certamente a liberdade mais fortalecida da mulher, quebrando a tradição de manter-se vinculada ao varão, visto este como provedor e dominador, fomentou o surgimento da família monoparental, permitindo às mulheres sua maior realização e desenvolvimento.

Não somente a emancipação da mulher revela a gênese da família monoparental, mas outros fatores podem ser citados, tais como o celibato, a plena liberdade ao divórcio, viuvez, adoção por solteiros e os avanços nas técnicas de reprodução assistida (LEITE, 1997).

Sensível ao fenômeno social, o legislador constituinte inseriu na Carta de 1988 a previsão e tutela da família monoparental, conforme revela o artigo 226, §4º, assim dispondo:

Art. 226. *omissis*.
[...]

§4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A ruptura com vetustos conceitos e ultrapassados valores permitiu àquelas famílias, dantes marginalizadas, a necessária tutela constitucional. É sabido que, não raras vezes, filhos oriundos de mães solteiras eram profundamente marginalizados, chamados de *filhos sem pai* ou coisa pior, numa demonstração de total afronta à dignidade da pessoa humana.

A atual Constituição Federal, em flagrante prestígio à autonomia da vontade, assegurou às pessoas optar pelo formato da família que melhor lhes permita alcançar seu projeto pessoal de felicidade. Desse modo, seja resultante do casamento, da união estável ou mesmo a família monoparental, procura-se viabilizar a oxigenação da dignidade da pessoa humana, fazendo com que a família, com ambos ou apenas um dos pais, seja o porto seguro que todos buscamos nos dias sombrios.

1.4.4 Anaparental

O avanço da sociedade e a nova ordem trazida principalmente pela Carta de 1988, fomentando e prestigiando a dignidade da pessoa humana, permite-nos afirmar que o conceito de família estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas, mas pode e deve ser ampliado para abranger a noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas.

Assim, a existência de casamento, união estável ou ainda a presença de um ancestral comum, não mais pode ser admitida como pressuposto para caracterização da família, pois esta – a família – revela-se através de elementos subjetivos que podem ou não estar presentes, a despeito do estado civil e grau de parentesco.

Tais elementos subjetivos são compreendidos pela verificação de laços afetivos, confluência de interesses, identidade de ideias e principalmente solidariedade social, psicológica e financeira. A conjugação de todos esses fatores, aliados a outros porventura existentes, podem permitir a visualização da estabilidade necessária para a identificação do núcleo familiar.

Nesse contexto surge a denominada família anaparental, sobre a qual esclarece Dias (2007, p. 46):

A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental.

A família anaparental seria, nesse contexto, a relação que possui vínculo de parentesco, mas sem vínculo de ascendência e descendência ou ainda a relação, mesmo desprovida de parentesco, onde os envolvidos constroem uma estruturação com identidade de propósitos, notadamente o afeto.

O Projeto de Lei do Senado n° 470, de 2013, de autoria da senadora Lídice da Mata, dispondo sobre o Estatuto das Famílias, em seu artigo 69 e §2º, disciplina a questão nos seguintes termos:

Art. 69. As famílias parentais se constituem entre pessoas que têm relação de parentesco ou mantêm comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar.

§1º *omissis*

§2º Família pluriparental é a constituída pela convivência entre irmãos, bem como as comunhões afetivas estáveis existentes entre parentes colaterais (BRASIL, 2013).

A família anaparental traz, inevitavelmente, duas questões: (a) a afetividade, isoladamente, pode servir de fundamento para a constituição de vínculos familiares?; (b) se já existe vínculo de parentesco entre irmãos, portanto, família, há interesse em admitir referida classificação?

A matéria, porém, não é tão simples assim.

A afetividade, por si só, é capaz de gerar vínculos familiares, traduzindo a conhecida e reconhecida filiação socioafetiva, do mesmo modo que o reconhecimento da família anaparental, ainda que entre os envolvidos já existam vínculos de parentesco (como se dá entre irmãos, por exemplo), pode ser crucial para atender interesse juridicamente tutelado, notadamente de natureza personalíssima. É o que ocorreu na hipótese apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial n° 1.217.415-RS (2010/0184476-0), figurando como relatora a Ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2012b).

No referido julgamento foi reconhecida a família anaparental e deferida adoção póstuma a dois irmãos, considerando-se meramente exemplificativas as possibilidades de adoção conjunta descritas no artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Abaixo trecho do acórdão:

O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que a atrelam a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares. Nessa senda, a chamada família anaparental – sem a

presença de um ascendente –, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA (BRASIL, 2012b).

1.4.5 Recompostas

“Querido, o meu filho e o teu filho estão brigando com nosso filho” [FRASE NOSSA].

A frase acima retrata o que se denomina família recomposta, mosaico ou pluriparental, sendo mister compreendê-la, até porque seu reconhecimento constitui forma eficaz de promover a tutela da família e preservar os direitos fundamentais da pessoa humana.

O casamento, nas letras do próprio artigo 1.511 do Código Civil, estabelece comunhão plena de vida, regra que, por analogia e com base no princípio da isonomia, também pode ser estendido à união estável. Constituem o casamento e a união estável (seja hetero ou homoafetiva) mecanismos através dos quais as pessoas buscam a concretização de seu projeto pessoal de felicidade, onde é comum a ideia de dar início ou educar determinada prole já existente (BRASIL, 2002).

Assim, o enlace matrimonial ou o estabelecimento de união estável inauguram nova fase na vida das pessoas, onde seus caminhos, anseios e expectativas se confundem, fazendo com que os cônjuges ou conviventes compartilhem a mesma sorte.

Contudo, aqueles indivíduos que se escolheram podem ver sua relação se fragilizar, caminhando ao inevitável desenlace ou ruptura. Contudo, ainda que o casamento ou união estável não mais persistam, a família continua e, não raras vezes, com filhos comuns ou até mesmo frutos de relacionamentos anteriores.

Na busca incessante pela felicidade (peculiar a todo ser humano) esses indivíduos, que viram naufragar o casamento ou anterior união estável, procuram novo parceiro ou parceira, dando início a novas famílias. Assim, outros vínculos são constituídos, sem que se possam apagar os anteriores, até porque o afeto e o amor são as forças maiores da natureza.

É justamente nesse contexto que surge a família pluriparental, mosaico ou recomposta, a qual, na definição de Lôbo (2009, p. 73), são “as que se constituem entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro, vindos de relacionamento anterior.”

Ora, mosaico, no sentido léxico, significa desenho feito com vários fragmentos de um material com o objetivo de preencher algum espaço ou tipo de plano. Nesse sentido, família mosaico seria aquela nova família que se forma com fragmentos de uma família anterior.

O fenômeno social é mais recorrente do que se imagina, eis que a possibilidade do divórcio (ampliada com Emenda Constitucional 66/2010), a união estável homoafetiva e o casamento entre pessoas do mesmo sexo permitem não somente o desfazimento de relacionamentos, mas a constituição de outros a uma velocidade que, não raras vezes, escapa à atuação do legislador e confunde até mesmo o sociólogo.

A criança ou adolescente se vê inserido em novo contexto familiar, passando a conviver com o novo companheiro ou marido da mãe ou nova mulher ou companheira do pai, isso sem falar na possibilidade de uniões homoafetivas. Estes – novos cônjuges ou companheiros – por sua vez também se veem atingidos por tarefas antes somente do genitor ou genitora.

Em outras palavras, o padrasto ou madrasta, por força da convivência, passa a exercer funções próprias dos genitores, interferindo na vida dos enteados ou enteadas, sejam em aspectos educacionais, de saúde e até mesmo atividades de lazer e tudo sem excluir o exercício do poder familiar do pai biológico ou adotivo, eis que divórcio, separação judicial ou ruptura da união estável não o excluem.

Outrossim, os vínculos afetivos oriundos da família mosaico, não se constituem apenas entre padrastos, madrastas e respectivos enteados, mas também em relação aos filhos dos relacionamentos anteriores, chamados por alguns de irmãos afins. Interessante notar que, nesse caso – irmãos afins – não persistiria, na sistemática legal vigente, qualquer impedimento para casamento. Assim o enteado poderia ser casar com a filha do padrasto ou madrasta, muita embora alguns apontem impedimento de ordem moral para tal hipótese.

São várias as situações que podem surgir decorrentes da família mosaico, tendo o atual Código Civil, de forma surpreendente, a ignorado. O Projeto de Lei 470, de 2013, já citado, contempla, nos artigos 70 a 74, a disciplina das famílias recompostas, nos seguintes termos:

Art. 70. O cônjuge ou companheiro pode compartilhar da autoridade parental em relação aos enteados, sem prejuízo do exercício da autoridade parental dos pais.

Art. 71. Os enteados e o padrasto ou madrasta vinculam-se em parentesco por afinidade.

Art. 72. Na dissolução do casamento ou da união estável assegura-se ao padrasto ou à madrasta o direito de convivência com os enteados, salvo se contrariar o melhor interesse destes.

Art. 73. O enteado pode requerer a adição do sobrenome do padrasto, ou da madrasta.

§ 1º O pedido pode ser formulado ao oficial do registro civil diretamente pelo enteado, quando maior, por seu representante legal, se menor de idade, com a anuência do padrasto ou da madrasta.

§ 2º É necessária a intimação do genitor, mas dispensável sua concordância.

Art. 74. Pode o enteado pleitear do padrasto ou madrasta alimentos em caráter complementar aos devidos por seus pais (BRASIL, 2013).

A jurisprudência, antes da iniciativa do legislador, já cuidou de disciplinar algumas questões decorrentes da família mosaico, reconhecendo legitimidade e interesse do padrasto para postular, no melhor interesse do enteado, a destituição do poder familiar em relação ao pai biológico, conforme acórdão proferido no Recurso Especial nº 1106637/SP (2008/0260892-8), relatora a Ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2010). Trecho da referida decisão bem ilustra a tutela que merece a família recomposta:

O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filhacomum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados (BRASIL, 2010).

Não se olvida que as famílias mosaico, recompostas ou pluriparentais constituem realidade que não passou despercebida ao Judiciário e que despertou recente interesse do legislador, tendo este, na seara dos direitos fundamentais (notadamente o direito à convivência familiar), a tarefa de bem disciplinar a questão envolvendo *os meus, os teus e os nossos*.

1.4.6 Unipessoal

Se, na anterior ordem constitucional, a família decorria do casamento, a atual Carta Política quebrou paradigmas, trazendo como mandamento expresso o reconhecimento da pluralidade familiar. Assim, além do casamento como fonte da família, contemplou-se expressamente a união estável e a ainda a família monoparental.

Destarte, a ideia de família, seja qual sua origem, traz a noção de grupo, ou seja, um conjunto de indivíduos ligados por laços biológicos, legais ou de afetividade, ou seja, exige-se a pluralidade subjetiva para a caracterização da família.

Nesse contexto o indivíduo, considerado isoladamente, pode ser considerado família?

A questão traz à tona o que se denomina família unipessoal, ou seja, a família composta por um só indivíduo, também conhecida por família solitária. A discussão torna-se mais acentuada quando se invoca a Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: “O conceito de impenhorabilidade do bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Vê-se que o Estado, ao exercer sua função jurisdicional, foi chamado a julgar hipóteses de impenhorabilidade e apontar as circunstâncias onde se operava a tutela patrimonial dos interesses da família. Ao elencar as entidades familiares que deveriam ficar ao abrigo da Lei, o Superior Tribunal de Justiça acabou por anunciar a impenhorabilidade dos imóveis habitados por viúvos, separados e celibatários. Daí passou-se a difundir a ideia de família solitária ou unipessoal. Mas, de fato, trata-se de família?

Se observado o disposto no parágrafo 4º do artigo 226 da Constituição da República, tem-se que o legislador, ao introduzir a ideia de comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos, utilizou o advérbio *também*, o qual significa o mesmo que *outrossim*, ou *da mesma forma*, termos que indicam um sentido de inclusão e não separação. Assim, a redação do texto constitucional evidencia tratar-se de norma aberta, apta a admitir a inserção de outras células. Nesse exemplo (justificando tratar-se de norma aberta) veio a jurisprudência a admitir a existência de família homoafetiva.

Por outro norte, a Carta Política de 1988 não pode ser vista como um sistema fechado; ao contrário, se alimenta de novidades na vida social, admitindo a renovação de seus princípios, regras e conceitos.

Contudo, sem embargo do trato constitucional e da tutela destinada ao Bem de Família, expressa de forma contundente na sobredita Súmula, tem-se que a pessoa solitária não se inclui no conceito de entidade familiar, mesmo porque esta – entidade familiar – obedece ao princípio da afetividade, o que somente pode ser verificado em grupo.

No máximo pode-se dizer que o indivíduo que vive só é equiparado à entidade familiar para fins de impenhorabilidade do imóvel residencial, não se podendo olvidar que a moradia, no contexto do artigo 6º da Constituição da República, é contemplada como direito social. De família, portanto, não se trata.

1.5 Repersonalização da família e sua função social

Uma das primeiras lições que se tem acerca da função do direito é que o mesmo tem por escopo defender os interesses do homem e permitir a satisfação de suas necessidades. Fala-se ainda em função pacificadora e até mesmo estrita função social.

Certamente tal afirmação reclama cuidadosa análise, mesmo porque os interesses do homem obedecem a vários fatores e suas necessidades são ilimitadas, não se podendo olvidar que vivemos numa sociedade; portanto, a convivência entre as pessoas deve ser disciplinada, sob pena da sociedade degenerar-se.

Enfim, onde há homens, há interesses; onde há interesses surge o conflito; o conflito, por sua vez, ainda que inevitável, deve ser solucionado e o direito, até hoje, é a melhor convenção criada pelo homem para sua acomodação.

Todo ser humano, em regra, busca seu desenvolvimento, sua segurança e certamente sua felicidade ou bem estar. A família deve ser um dos locais onde tais anseios são alcançados. Mas é preciso impedir que a satisfação das necessidades de um indivíduo não acabe sepultando os sonhos do outro, até porque todos, em razão da igualdade, têm garantida sua dignidade.

Vale lembrar que nem sempre a família recebeu a disciplina que hoje é apregoada. Se voltarmos nossos olhos para o passado poderemos verificar que as relações no seio da família traziam verdadeira subordinação entre seus membros, não existindo nenhum traço de solidariedade.

Na idade média é sabido que se defendia a seguinte máxima: a mesma obediência que o súdito deve ao príncipe, uma mulher deve ao seu marido.

Entre nós e já vigente o Código de 1916, ou seja, em pleno século XX, a mulher casada dependia de autorização do marido para o exercício de profissão. Tal situação perdurou até o advento da Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada.

Aliás, o Código Civil de 1916 parece ter dado mais importância a questões patrimoniais inseridas no contexto da família do que àquelas de ordem pessoal entre seus integrantes, bastando lembrar a distinção que fazia entre filhos naturais e adotivos, impedindo reconhecimento de filhos *extra matrimonium*. Não cuidou da união estável, nem tampouco contemplou o divórcio, mas conferiu extrema importância ao casamento, tanto é que o artigo

222 do Código de Beviláqua contemplava a figura do curador do vínculo, para as hipóteses onde se buscava a declaração de sua nulidade.

Conferia, outrossim, o pretérito Código Civil total autoridade máxima ao marido, taxando-o de chefe da sociedade conjugal, situando a mulher como mera coadjuvante, simples colaboradora do lar e cidadã de segunda classe.

O revogado Código, retratando o perfil de uma sociedade deveras preconceituosa, contemplava o chamado *errorvirginitatis*, permitindo ao marido demandar a invalidade do casamento se desposasse mulher já deflorada, como estabelecia seu artigo 178, § 1º.

Mas, como já dito, a sociedade é *in fieri*, sendo que a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, assegura às pessoas o *direito de fundar uma família*, dispondo o art. 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Essa constante construção e transformação alcançou o núcleo familiar, de modo que a família brasileira experimentou significativa mudança a partir do final do século XX, estabelecendo-se novos valores.

Mas como esse fenômeno, de inquestionável ocorrência, pode ser retratado?

Lôbo (2009, p. 11) aponta que

[...] a família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito.

Tepedino apud Madaleno (2008, p. 15) aduz que

[...] também realça como novo fundamento da República de um Estado Democrático de Direito o respeito à dignidade da pessoa humana, definindo outra tábua de valores na disciplina familiar, tangente é certo, aos primados da equalização do homem e da mulher, dentro e fora do casamento; a pluralização das entidades familiares e sua proteção estatal, sem descurar da igualdade dos direitos tangentes aos filhos. Dessa sorte, por princípio de direito, importando ao legislador buscar a proteção dos fins sociais da lei e as exigências do bem comum, como especificado no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, para chegar à matriz de um Direito de Família desmaterializado, desvinculado das relações de dependência econômica e, sob a auspiciosa égide constitucional de edificação, proteção e elevação sócio-familiar do indivíduo.

Nota-se, portanto, que a repersonalização da família decorre da premente necessidade do homem em alcançar sua plena realização, o que somente é possível se, no núcleo familiar, reinar a afetividade entre seus integrantes, valorizando-se cada indivíduo enquanto pessoa.

Para Lôbo (1989, p. 78),

[...] a repersonalização das relações jurídicas de família é um processo que avança, notável em todos os povos, em qualquer regime político-econômico, revalorizando a dignidade humana, e tendo a pessoa como centro da tutela jurídica civil, mais que seu patrimônio.

O “ter” cede lugar ao “ser”, devendo as relações intrafamiliares ter por base a solidariedade entre seus integrantes, verificando-se verdadeiros mecanismos de coordenação, colaborando cada qual com a realização e desenvolvimento do outro, primando-se pela dignidade de seus integrantes e sua afetividade. A família repersonalizada tem como alicerce não o patrimônio, que pode ser efêmero e improdutivo, mas sim o amor e o afeto, forças maiores a unir seus personagens.

Desponta, portanto, a função social da família, como mecanismo para crescimento de seus membros, sobrepondo-se à função econômica, política ou procracional. Em outras palavras, a família não mais pode ser encarada com um fim em si mesmo, mas sim como verdadeiro instrumento, ou seja, um local privilegiado para o pleno desenvolvimento da pessoa humana, o pleno desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

É o que bem retrata o disposto no artigo 1.511 do Código Civil, apontando que o casamento (muito embora não seja a única fonte da família) estabelece comunhão plena de vida.

Referido desenvolvimento, por outro lado, não pode ser visto apenas sob o prisma da proteção única do indivíduo, mas sim tal desenvolvimento deve espalhar seus efeitos benéficos para toda a coletividade.

Nesse sentido esclarece Pereira (1998, p. 19-39):

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais.

A renovação saudável dos vínculos familiares, estruturados na afeição concreta e na comunicação não opressiva, produzirá número muito menor de

situações psicopatológicas, originadas de ligações inadequadas, quer pela dominação prepotente, quer pela permissividade irresponsável.

A função social da família é fenômeno que surge como evolução da própria sociedade e permite consagrar, como valores essenciais no contexto familiar, o sentimento de afetividade, a solidariedade, o respeito e proteção mútua. O projeto pessoal de felicidade, construído com base na família, vincula-se indissolavelmente à noção de sua função social. Observada esta – função social – os integrantes desse primeiro núcleo de indivíduos alcançará o pleno desenvolvimento de suas personalidades e potencialidades, efetivando-se a dignidade da pessoa humana na sua dimensão social.

1.6 Família para o Estado

A família, na sua concepção mais simples, antecede o próprio direito e, por consequência, o Estado. Surgiu como grupamento de indivíduos que, para assegurar a satisfação de necessidades primárias, começou a reconhecer na proximidade de seus integrantes, a força necessária para sobreviver. Essa relação, de índole embrionária, foi se fortificando e se consolidando na medida em que as estruturas familiares, ora matriarcais, ora patriarcais, foram, pouco a pouco, se consubstanciando nas primeiras relações sociais, germe de uma organização social mais complexa e multifacetada observada nos dias de hoje e, segundo a Constituição Federal, base do Estado.

É certo que, para assimilar a família no contexto do Estado, necessário compreender seu conceito e sua finalidade. Por outro lado, qualquer definição de Estado traz numerosos problemas, todos derivados da dificuldade de análise da diversidade de relações que se criaram entre Estado, complexo social, sistema político e jurídico.

Considerando o propósito do presente estudo, partiremos de um conceito básico que possa orientar o desenvolvimento de considerações sobre a importância da família para o Estado e vice versa e se deve vir tratada no corpo do texto constitucional.

Sob o prisma da Teoria Geral do Estado, Dallari (1989, p. 100) define Estado como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.

O conceito permite visualizar os elementos que compõem o Estado: povo, território, soberania e finalidade. Esta – a finalidade – apresenta-se como elemento essencial do Estado,

traduzindo-se na defesa, no progresso e no completo bem-estar do povo. Como então a família relaciona-se com a finalidade do Estado?

Muito embora o conceito supra apresente o elemento povo, tem-se, em verdade, a família como elemento primordial do Estado, causa maior de sua existência e de sua finalidade.

A família, considerada base da sociedade, tem papel fundamental na construção de uma sociedade livre, justa e fraterna, bem como no próprio fortalecimento do Estado. É – a família – anterior ao Estado e pressuposto para sua continuidade.

Pretende-se dizer que a família tem papel fundamental na construção e manutenção do Estado Democrático de Direito, até porque o nível de desenvolvimento e organização das unidades familiares revela, via de regra, o degrau de desenvolvimento e estruturação do próprio Estado. De outro lado, a preocupação do Estado com a sanidade das unidades familiares revela o grau de seriedade dos agentes públicos e políticos.

Mas, se de um lado, a família é primordial para o Estado, há que se indagar, de outro, qual o papel do Estado para a família. Nesse sentido o Estado assume papel de protagonista no resgate, construção e manutenção da instituição familiar, notadamente como forma de extirpar as desigualdades sociais. Deve o Estado, no exercício de suas funções (legislativa, administrativa e jurisdicional) fomentar programas e políticas sociais para permitir a subsistência dos pais e sua prole, tudo sem eternizar a política do assistencialismo.

O emprego agressivo de políticas públicas para promover a qualificação dos mantenedores familiares e a geração de oportunidades para que as famílias possam ascender na vida é atribuição do Estado, além de preparar as famílias para os novos desafios que aguardam, notadamente ante a constante automação dos meios de produção, isso tudo sem falar no novel mundo digital.

O Estado, com mais virilidade, deve fazer-se presente no cotidiano das famílias, garantido a elas melhor perspectiva de progressão social, como, por exemplo, oferecimento de uma rede de educação com excelência, como se dá, por exemplo, oferecendo vagas em escolas com período integral que, efetivamente, preparem o indivíduo para o exercício de uma profissão, além de investir maciçamente em novas tecnologias de informação.

Deve o Estado atuar na assistência à saúde das famílias, notadamente em tratamentos preventivos, o que inclusive proporciona economia aos cofres públicos. Atuar, com mais intensidade, na recuperação de dependentes químicos e combater, com veemência, qualquer iniciativa de legalização do uso de entorpecentes.

Para garantir-se a família, como base da sociedade e razão de ser do próprio Estado, deve este dar cumprimento a Constituição Federal quando esta estabelece, como garantias fundamentais e direitos sociais, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à educação, ao trabalho, ao lazer, à proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados.

Pode-se dizer que a relação do Estado com a família é sistêmica. É no grupo familiar que tem início a construção, transformação e progresso da sociedade ou sua derrocada, pois de nada adianta qualquer medida instrumentalizada pelo Estado se a família não reunir o mínimo desenvolvimento para absorver os valores necessários ao crescimento social.

É na família que a saúde é prevenida, que a educação é absorvida, que o caráter das pessoas se forma para toda a vida. É na família que o Estado deposita toda sua perspectiva para a continuidade do que se denomina Democracia. Se, por um lado, a família constrói o Estado, de outro, deve o Estado apresentar-se como primeiro baluarte na tutela dessa comunidade, pois, como já dito, antes da existência do próprio Estado, teve nascimento a família. Mas como se dá sua tutela? As linhas seguintes ocupam-se de tal questão.

1.6.1 Proteção estatal

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, conforme estabelece o artigo 1º da Carta Política de 1988. Logo, tratando de Estado Democrático de Direito, podemos afirmar que a finalidade precípua do nosso Estado é, em última análise, promover o bem comum, garantindo, ao máximo, o desenvolvimento de seu povo.

Para Dallari (1989, p.91),

[...] o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa JOÃO XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.

É certo que nem sempre realidade social e norma jurídica andam de mãos dadas, existindo, muitas vezes, grandes discrepâncias entre o estabelecido na lei e à prática social e,

não raramente, o Estado, defensor primeiro que deveria ser dos interesses de seu povo, acaba sendo o algoz, o carrasco que sepulta as esperanças e sonhos de seus súditos.

Não precisamos voltar muito na história para afirmarmos que, por décadas, vivemos períodos nefastos para os direitos e garantias individuais, tendo as pessoas experimentado verdadeira supressão de atributos básicos para o alcance de sua dignidade. Exemplo disso foi o período de ditadura militar que vivenciamos a partir da década de 1960 até meados dos anos 1980, onde o Estado, em muitas oportunidades, privou indivíduos e famílias do direito à felicidade. Aliás, até hoje nos deparamos com exemplos de verdadeira omissão do Estado no quesito respeito à dignidade da pessoa humana e, infelizmente, isso também passa pela família.

Araújo e Nunes (2001, p. 405), ressaltam que

[...] inegavelmente, quando da promulgação da Constituição, o País vivia (e ainda vive) um momento difícil, em que havia marginalização da criança, que era colocada de lado no processo de integração social. Tal preocupação fez com que o constituinte de 1988 destinasse longo capítulo à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. Mantendo uma tradição de nossas Constituições (com exceção da de 1891), assegurou os efeitos civis ao casamento religioso. Determinou que a união estável fosse reconhecida como entidade familiar, emitindo comando ao legislador infraconstitucional para que facilitasse a sua conversão em casamento.

É certo que o advento do Estado social permitiu aparar algumas arestas deixadas pelo Estado liberal e pôs a família sob sua tutela, principalmente inserindo nas suas Constituições normas que procuram dar ênfase à entidade familiar, pregando sua proteção. Assim também a nossa Lei Maior.

Estabelece o artigo 226 da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988).

Assim, o legislador constituinte reafirma ser a família base da sociedade. Ora, base é aquilo que dá sustentação, aquilo que evita ruína, o alicerce mesmo de uma estrutura. Nesse sentido, a família, na concepção do constituinte, é a comunidade primeira que permite a preservação da sociedade organizada. O nível ou grau de organização das famílias certamente refletirá o desenvolvimento do Estado.

Desse modo, famílias desestruturadas, sem comprometimento e solidariedade entre seus integrantes, acabam por comprometer a sociedade como um todo e colaboram para a existência de um Estado fraco e decadente.

A base, portanto, deve ser preservada. Mas, de fato, como promover tal preservação da família?

A resposta é, do mesmo modo, encontrada no citado art. 226 da Lei Maior. Assim, a família é merecedora de especial proteção do Estado e, com tal proteção, é preservada. Contudo, o que entender por especial proteção do Estado?

Certamente o dispositivo é por deveras amplo e sugere cuidadosa exegese, pois, Estado aqui é compreendido *lato sensu*, ou seja, não somente as esferas federal, estadual e municipal, mas também engloba as funções administrativa, legislativa e jurisdicional.

Desse modo, a máxima proteção ou especial proteção do Estado à família deve revelar-se na atividade legislativa, devendo o legislador, ao estatuir normas que, de forma direta ou indireta, alcancem a família, atuar no sentido de preservar sua unidade, garantindo o respeito e desenvolvimento de seus membros, viabilizando a satisfação das necessidades do grupo.

Exemplos de leis voltadas à proteção das famílias, promulgadas após a Carta Política de 1988, foram o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e a Lei do Bem de Família (Lei 8.009/90).

Deve também a especial proteção ser observada pelo administrador público, encontrando a família prioridade nas políticas e ações públicas, na elaboração do orçamento, na tributação, na realização de despesas e em todas as condutas do gestor público, até porque, não nos esqueçamos, assim estará preservando a base da sociedade.

Por último, a especial proteção à família deve também ser efetivada por ocasião da entrega da prestação jurisdicional. Assim o magistrado, ao apreciar e decidir questão que lhe foi apresentada, afeta às relações familiares, deve ter em mente que seu julgamento irá atingir o núcleo básico da sociedade. Desse modo, o julgador deve ser sensível às transformações sociais e estar atento à realidade que o cerca, abandonando preconceitos e valores ultrapassados para atender as reais necessidades daqueles que buscam a felicidade no seio familiar.

Felizmente o Poder Judiciário tem se mostrado atento às novas exigências da família moderna e, de forma coerente, vem atendendo àqueles que, não se encaixando em modelos tradicionais, buscam na família a realização de seu projeto pessoal de felicidade. Não é novidade o reconhecimento das uniões homoafetivas, a autorização para casamento entre pessoas do mesmo sexo, a adoção por casais homossexuais e o reconhecimento da filiação socioafetiva.

A questão – especial proteção do Estado – continua despertando interesse, pois é preciso impedir que o Estado, sob o pretexto de levar proteção à família, acabe imiscuindo-se em seu âmago e retirando de seus integrantes a necessária autonomia, até porque o sentido de intervenção que o Estado assumiu foi antes de proteção do espaço familiar, ou seja, de sua garantia e não sua substituição.

A influência do Estado na família, mormente manifestada pela Constituição Federal de 1988, causou reações na doutrina, tendo Pereira (2004, p. 30) cogitado da substituição da autoridade paterna pela estatal. Há, certamente, equívoco em tal perspectiva, até porque tal não foi a intenção do legislador, pois a intervenção realizada pela Constituição teve o condão de libertar a família do elemento despótico.

Lôbo (1989, p. 58), anota que “traçar uma linha demarcatória entre espaço do Estado e espaço da família é sempre muito difícil. Juridicamente, será possível encontrá-la a partir dos valores constitucionalmente estabelecidos.”

A impune violação da família pelo Estado certamente comprometerá o próprio comando constitucional, fazendo fenecer a especial proteção que deve merecer, devendo ser reconhecida a autonomia de seus integrantes para a construção e realização de seus projetos.

Há, todavia, determinadas situações que forçarão a intervenção do Estado e a prevalência de seu comando, notadamente quando houver conflito entre interesse social e interesse privado.

Lôbo (1989, p. 59) anota referidas situações:

- a) é social a obra de higiene, de profilaxia, de educação, de preparação profissional, militar e cívica;
- b) é de interesse social que as crianças sejam alfabetizadas e tenham educação básica, sendo necessária a obrigatoriedade;
- c) é de interesse público a política populacional do Estado, cabendo a este estimular a prole mais ou menos numerosa. O planejamento familiar será livre, pela nova Constituição, mas o Estado não está impedido de realizar um planejamento global;
- d) é de interesse social que se vede aos pais a fixação do sexo dos filhos, mesmo diante dos avanços da ciência, pois gera discriminação sexual e pode afetar o equilíbrio populacional;
- e) é de interesse social que se assegure a ajuda recíproca entre pais e filhos e parentes próximos e que o abandono familiar seja punido;
- f) é de interesse público que seja eliminada a repressão no seio das famílias;
- g) é de interesse público que a intimidade familiar não descambe para a licenciosidade patológica etc.

É, pois, necessário garantir proteção à família, colocando-a a salvo de interferências indevidas e isso é tarefa do Estado. Mas o próprio Estado não pode, a pretexto de dar

efetividade a essa proteção, ultrapassar a tênue barreira entre o espaço público e o privado e pretender exercer controle indevido das famílias. É preciso, portanto, estar vigilante, mormente para que os valores estabelecidos pela Constituição sejam observados e respeitados, não podendo o Estado transformar-se no algoz daquilo que deve proteger.

1.6.1.2 Proteção ou controle estatal?

Como se pode facilmente observar, a partir da Constituição Federal de 1988, a família foi contemplada com novo conteúdo, ampliando-se definições e conceitos, notadamente no que diz respeito aos direitos da criança, do idoso e da mulher. É a família vista como verdadeira portadora de direitos e responsabilidades, bastando, para tanto, a lembrança do disposto no artigo 227 da Lei Maior.

Foi decididamente colocada como um ancoradouro, representando a base do próprio Estado e passando a ter sua especial proteção. Nesse contexto ganha importância a discussão se todo esse foco na família (notadamente através de políticas públicas) visa, precipuamente, sua proteção ou seu controle pelo Estado.

O discurso oficial, de fato, aponta o reconhecimento e a preocupação com a família nesses dois aspectos: estruturante do Estado e destinatária de sua especial proteção:

O grupo familiar pode ou não se mostrar capaz de desempenhar suas funções básicas. O importante é notar que esta capacidade resulta não de uma forma ideal e sim de sua relação com a sociedade, sua organização interna, seu universo de valores, entre outros fatores, enfim, do estatuto mesmo da família como grupo cidadão. Em consequência, qualquer forma de atenção e, ou, de intervenção no grupo familiar precisa levar em conta sua singularidade, sua vulnerabilidade no contexto social, além de seus recursos simbólicos e afetivos, bem como sua disponibilidade para se transformar e dar conta de suas atribuições (BRASIL/PNAS, 2004, p. 35).

Nota-se que a família, nesse contexto, é encarada como mecanismo de proteção, mas ao mesmo tempo é carecedora de cuidados. Precisa, pois, de especial atenção para que possa dar cabo de sua função protetora.

Outra pergunta que desponta é se a família, dado nosso grau de desenvolvimento econômico e considerada a distribuição de renda, é capaz de ser, efetivamente, instância de proteção social, notadamente aqueles núcleos familiares de baixa renda.

Deve-se ter em mente que, em nenhum caso, pode-se levar à total responsabilização da família pelo cumprimento das tarefas que são peculiares e dever do Estado, mas sim deve-

se procurar estabelecer um pacto onde família e Estado revelam-se atuantes pela proteção social.

Nesse contexto exemplo interessante é o do Programa Bolsa Família, criado pela Lei 10.836, de 9 de janeiro de 2004, onde a família recebe o benefício monetário (de preferência, administrado pela mulher), mas compromete-se à observância de certas condutas, denominadas aqui contrapartidas sociais. Assim, o Estado entrega dinheiro às famílias que, comprovadamente, demonstram fazer *jus* ao benefício; estas – as famílias – por seu turno e para continuar no Programa, devem realizar uma série de condutas, como, por exemplo, manter os filhos na escola ou levá-los periodicamente aos serviços básicos de saúde.

Pode-se apontar que o Programa Bolsa Família, além de trampolim eleitoral, apresenta-se como nítido mecanismo controlador do Estado, pois o uso da figura da família, quer pela definição do público alvo, quer pela denominação do próprio programa, representa nitidamente um recurso ideológico, utilizado como instrumento e caminho para controle e manipulação dos pobres e da pobreza em si.

Não se pode ignorar que, como exemplifica o Programa Bolsa Família, a família apresenta-se como alvo de controle indevido pelo Estado, pois, a despeito de poder representar muito para aquelas famílias que se encontram em situação de miséria, mais fortalece e reproduz a pobreza do que propriamente a minimiza ou a combate; mais controla a família, do que permite seu desenvolvimento, alijando-a do processo democrático.

É preciso estar atento porque o Estado ainda tem o enorme potencial e vocação para controlar e normatizar indevidamente a vida privada das pessoas.

CAPÍTULO 2 – DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À ENTIDADE FAMILIAR

2.1 Direitos fundamentais e a entidade familiar

Os direitos fundamentais apresentam-se como aqueles necessários para o caminhar e desenvolvimento da sociedade. Não há mais lugar, nos dias de hoje, para o individualismo calcado no patrimonialismo. A submissão do homem em relação ao Estado e em relação ao próprio homem, caracterizadora das relações de subordinação, não tem mais expressão num Estado Democrático de Direito, onde a sociedade deve ser livre, justa e solidária.

A fraternidade deve estar presente nas intrincadas relações sociais, seja no ambiente laboral, extralaboral ou familiar. O homem deve auxiliar no desenvolvimento de seu próximo, em seu engrandecimento, pois o alicerce da sociedade não olvida nenhum de seus membros.

Não é tarefa simples, pois o conflito e a competição são inerentes aos seres humanos e é sabido que os recursos são limitados. O conflito que permanece, que se eterniza, mostra-se sério gravame ao equilíbrio social. É preciso, pois, conciliar essa escassez de recursos e a natureza humana, com a necessidade de assegurar a continuidade da sociedade, cuja base é a família.

A família, como não poderia deixar de ser, revela-se como mecanismo onde tal equação pode ser realizada, apresentando-se como a primeira comunidade vivenciada pelo indivíduo. É o local onde se tem as primeiras notas de educação e preparo para a vida.

Seus integrantes, seja qual for a natureza do vínculo que os une – consanguinidade, afeto ou afinidade – tem, um para com o outro, grande responsabilidade. Cada um dos integrantes da família deve buscar o desenvolvimento do outro, seja desenvolvimento moral, material ou até mesmo intelectual.

Por seu turno, o Estado, ao mesmo tempo em que não pode imiscuir-se indevidamente na privacidade da família, tem a tarefa de proporcionar terreno fértil para a sanidade da entidade familiar, seja através de políticas públicas, normas destinadas à tutela da família ou conferindo, ante a presença do conflito, a necessária proteção.

A família é, como se pode notar, o local onde se deve priorizar o ser humano, dando-se importância ao seu bem estar e pleno desenvolvimento de suas capacidades, suas virtudes.

Não há mais lugar para aquela família de outrora, perfeitamente estratificada e engessada, onde cada um de seus integrantes, em verdadeira relação de subordinação, ocupava

lugar específico e assumia papel previamente determinado, onde, por exemplo, a criança nada mais era que um objeto, ou um utensílio, vinculado a um grupo de filhos, apenas garantir de valores ultrapassados ou onde o idoso era simplesmente aliado do convívio familiar ou descartado em depósitos humanos.

Não há mais lugar para aquele casamento rigidamente controlado, preso às amarras jurídicas e muitas vezes imposto aos jovens, visando, no mais das vezes, a união não de dois indivíduos, mas sim de duas famílias (LEITE, 1997).

Urge, portanto, levar à família a necessária proteção, proteção que deve garantir sua permanência, sua continuidade, fomentando o desenvolvimento de seus membros e, por consequência, da própria sociedade.

Mas como levar referida proteção à família? Como permitir que sua formação seja livre? De que forma garantir que cada um dos membros ou integrantes da entidade familiar tenha respeitada sua individualidade e sua dignidade, alcançando sua capacidade e desenvolvimento? Como impedir que o poder hierárquico ou econômico de um dos integrantes da família imponha relações de indevida subordinação entre seus integrantes?

Certamente, pela própria natureza da organização familiar, as indagações acima retratam temas controvertidos, complexos, de tormentosa solução, até porque ainda sofremos a influência do passado. Ainda colhemos os frutos de uma sociedade preconceituosa, patriarcal e machista, onde o homem era tido como o chefe da família, onde a mulher ocupava, no seio da entidade familiar, posição secundária e de submissão e onde os filhos apenas figuravam como força de trabalho.

Considerando tais resquícios do passado e a nova ordem trazida pela implantação do Estado Democrático de Direito, é preciso que a família esteja, efetivamente, ao abrigo da tutela máxima conferida pela Lei Maior, ao abrigo de seus princípios norteadores.

Mas para conferir à família a necessária proteção, inclusive tutela constitucional, é preciso investigar a efetiva salvaguarda conferida pelo texto constitucional, ou seja, investigar os princípios que se aplicam à família à luz da Constituição Federal. É necessário que o intérprete esteja ciente da exata dimensão que se procura conferir à família considerando os contornos do Estado que desejamos construir e vivenciar.

Certamente que a eficácia dos direitos fundamentais alcança a entidade familiar, defendendo-se um modelo igualitário de família, a qual se contrapõe ao modelo autoritário esculpido no Código Civil de 1916. A solidariedade e o respeito à dignidade das pessoas que a compõem são os alicerces dessa tutela pretendida às famílias. Não poderia ser diferente pois, como afirma Canotilho (2003, p. 416) os direitos humanos são “direitos de todos” e não

apenas de determinados cidadãos. Logo, a família, como célula básica da sociedade, não poderia escapar ao seu alcance.

2.1.1 Conceitos básicos

Sendo os direitos fundamentais direitos de todos, dá-nos a ideia de que não pertencem a uma determinada categoria de indivíduos, mas a toda e qualquer pessoa, independentemente de seu estado ou condição. Surge, portanto, a noção de um valor supremo, atuando como fundamento básico da ordem jurídica e democrática, enaltecendo a pessoa, não enquanto ser individual, mas sim como partícipe de toda uma história. A própria história da humanidade.

Pardo (2003, p. 12) anota que fundamentais

[...] são todos aqueles direitos declarados em uma comunidade política organizada, para satisfação das necessidades ligadas ao reconhecimento dos princípios da liberdade, igualdade e dignidade humana; todos conformes com o momento histórico e reconhecidos na ordem jurídica constitucional.

Para alguns a expressão direitos fundamentais é reservada aos direitos humanos positivados na esfera do direito constitucional do Estado; a expressão direitos humanos guardaria relação com todos os povos, tendo validade universal e independente de estar prevista expressamente em dado sistema constitucional (SCHÄFER, 2001).

Parece haver verdadeira sinonímia entre as expressões liberdades públicas, direitos humanos, direitos naturais, direitos subjetivos públicos, direitos fundamentais e liberdades públicas, as quais são empregadas com a mesma significação.

Liberdades públicas é a expressão utilizada pela doutrina francesa onde se procura abranger a totalidade dos direitos fundamentais, indicando direitos do homem despididos de sua concepção jusnaturalista pela positivação estatal (SILVA, 1991).

A expressão direitos humanos é encontrada nos documentos internacionais, mas talvez não seja a que melhor atenda o interesse do pesquisado, até porque não há direito que não seja humano, eis que somente a pessoa é capaz de titularizá-los, muito embora hoje se defenda um direito especial de proteção aos animais, como apregoam os veganistas.

A designação direitos naturais aponta que se tratam de direitos inerentes, inatos, à natureza humana. Alcançariam o homem pelo simples fato de sua condição humana. Rebate-se tal teoria afirmando-se que, na verdade, são direitos positivos, que encontram seu fundamento nas relações sociais em certo momento histórico.

Direitos públicos subjetivos encerra um conceito técnico-jurídico oriundo do Estado Liberal, lembrando a concepção individualista do homem. Assim, não mais atende a atual conjuntura, onde o coletivo se sobrepõe ao individual.

Como se pode notar não há consenso doutrinário no campo terminológico e conceitual dos direitos fundamentais. Revela-se comum, seja em doutrina ou jurisprudência, o uso de diversas expressões para identificar os direitos da pessoa, enquanto homem e enquanto cidadão.

Tal multiplicidade de expressões deve-se à ampliação e transformação dos direitos fundamentais da pessoa ao longo da história e, até certo ponto, dificulta apontar um conceito sintético, mais preciso.

Um ponto não comporta divergência: no conteúdo de fundamental encontra-se enraizada a ideia de situação essencial ao desenvolvimento e realização da pessoa humana.

Ante a diversidade de expressões existentes para apontar o mesmo instituto, deve o intérprete ter cautela, mesmo porque todas elas apresentam pontos que merecem ser considerados, permitindo inferir a exata dimensão do conteúdo dos direitos fundamentais. Tal se revela de especial importância, pois, conhecendo o conteúdo dos direitos fundamentais, seu alcance, ter-se-á a possibilidade de conferir à família a especial proteção que o Estado lhe deve.

Para Araújo e Nunes (2001, p. 78),

[...] a expressão direitos fundamentais é a mais precisa. Primeiro, pela sua abrangência. O vocábulo direito serve para indicar tanto a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o Estado como os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso protegidos pela Constituição. De outro lado, o termo fundamental destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana.

Imperioso apontar que os direitos fundamentais não podem ser vistos apenas como um conjunto de princípios morais que informam dada sociedade e a criação do direito. Apontados em inúmeros tratados internacionais e constituições, acabam por estabelecer direitos individuais e coletivos, estabelecendo, outrossim, obrigações aos Estados. Cuidam-se de normas cogentes cuja observância impõe-se sobremodo.

A expressão *direitos fundamentais* parece ser a de uso mais corrente, inclusive utilizada no próprio texto constitucional. Contudo, mais importante do que defender essa ou aquela expressão, apontando seu acerto léxico ou correção semântica, é compreender a dimensão e alcance dos direitos fundamentais. É dar efetividade a tais direitos, permitindo que

seus destinatários possam ter a experiência de uma vivência e convivência onde os mesmos sejam respeitados, garantindo-se seu pleno desenvolvimento. A família, núcleo primeiro e base da sociedade, sem dúvidas, deve ser destinatária dos direitos fundamentais. Mas é preciso identificar os mecanismos pelos quais a tutela proporcionada por tais direitos será levada à família. As linhas seguintes buscam elucidar tal questão.

2.1.2 Características dos direitos fundamentais

O estudo de certo instituto, seja qual for a área do conhecimento, envolve a análise de suas características. Deve o estudioso ou intérprete buscar, ao investigar o objeto em questão, vislumbrar suas peculiaridades, suas nuances, enfim, seus aspectos intrínsecos e extrínsecos. Somente assim, conhecendo o objeto analisado, poderá, com a necessária certeza, estabelecer sua disciplina e, se for o caso, permitir dele extrair os esperados benefícios.

A questão envolvendo os direitos fundamentais não foge a tal regra, devendo o estudioso identificar seus caracteres, suas peculiaridades, mormente para que possa aplicá-los de forma consentânea, permitindo que os destinatários de tais direitos possam, de fato, alcançar o máximo benefício deles resultantes e tudo sem qualquer desvirtuamento. Mas quais são tais características?

A doutrina, sem muitas variantes, aponta para os direitos fundamentais as seguintes características, conforme esclarece Silva (1991, p. 162):

I- Historicidade. São históricos como qualquer direito. Nasceram, modificaram-se e desaparecem. Eles aparecem com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas.

II- Inalienabilidade. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis.

III- Imprescritibilidade. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

IV- Irrenunciabilidade. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.

A par de tais características, Araújo e Nunes (2001, p. 80-81) apontam as seguintes:

Universalidade. Os direitos fundamentais, por natureza, são destinados a todos os seres humanos. Constituem uma preocupação generalizadora da raça humana. Logo, é impensável a existência de direitos fundamentais circunscritos a uma classe, estamento ou categoria de pessoas. Com efeito, a ideia de direitos fundamentais tem um forte sentido de acúmulo de direitos relativos à dignidade humana, que constituíram produto de um quadro evolutivo patrocinado pelos movimentos humanistas que pautaram a história do mundo.

Teríamos uma insuperável contradição caso cogitássemos de direitos do homem que partissem de uma ideia segregacionista ou discriminatória.

Limitabilidade. Os direitos fundamentais não são absolutos. Isso quer dizer que, por vezes, dois direitos fundamentais podem chocar-se, hipótese em que o exercício de um implicará a invasão no âmbito de proteção do outro. É o que, vezes a fio, ocorre entre o direito de informação e o de privacidade, ou entre o direito de opinião e o direito à honra. Nestes casos, a convivência dos direitos em colisão exige um regime de cedência recíproca.

Concorrência. Tal predicado indica que os direitos fundamentais podem ser acumulados. Exemplo dessa situação é o jornalista, âncora de um jornal falado, que, após transmitir a informação, faz uma crítica. A um só tempo, exerceu os direitos de informação, opinião e comunicação. Esse fenômeno é que recebe a denominação de concorrência de direitos fundamentais.

Como se nota, as características ou caracteres dos direitos fundamentais permitem afirmar que constituem aspectos sem os quais o homem não teria preservada sua verdadeira essência. Revelam-se, tais características, condições para que, efetivamente, os direitos fundamentais possam atuar na existência do homem e contribuir para o alcance daquilo que certamente mais deseja: a felicidade.

Mas o caminho da felicidade ou o pleno desenvolvimento do indivíduo muitas vezes não é perene, oferecendo toda sorte de obstáculos, sendo que o homem nem sempre teve reconhecidos os chamados direitos fundamentais. Como todo instituto na história da humanidade, os direitos fundamentais também tiveram sua gênese e ainda se encontram em evolução, até porque a sociedade, não há dúvidas, não alcançou seu pleno desenvolvimento. Mas qual a trajetória de evolução dos chamados direitos fundamentais? O tópico seguinte abordará tal questão.

2.1.3 Aspectos históricos e evolução dos direitos fundamentais

O cristianismo, aliado à teoria do jusnaturalismo, são apontados como as fontes inspiradoras da gênese dos chamados direitos fundamentais, onde se busca colocar o homem

como destinatário de uma especial proteção, calcada na dignidade eminente da pessoa humana, eis que o homem revelava-se à imagem e semelhança de Deus (SILVA, 1991).

Não é novidade que, por séculos, a sociedade ficou sujeita aos arbítrios e mandos de poucos. Basta voltar os olhos para a história recente e ver que o homem nem sempre teve respeitada sua especial condição de destinatário da máxima proteção que o direito deve lhe dar. Exemplos são retirados da Idade Média, onde não havia, em certas ocasiões, o mínimo traço de dignidade a certos grupos. O sistema feudal é um exemplo de como o homem pode oprimir seu semelhante. Os vassallos não tinham direito ao mínimo de dignidade. Nem mesmo direito à família, pois enquanto os filhos eram recrutados para servir em frentes militares, as filhas não raras vezes eram obrigadas servir o Senhor Feudal. Aliás, no Brasil colonial não tinham situação diferente, eis que os Senhores de Engenho intitulavam-se proprietários daqueles que estavam sob seu jugo, notadamente os filhos e filhas de escravos.

Mas o homem, ainda que resistência exista, está em desenvolvimento e seus anseios não calam. A sede pela conquista de direitos, a busca pelo respeito ao mínimo para a existência digna fomentou movimentos sociais onde se buscava mais liberdade e igualdade material. Podemos apontar o Manifesto Comunista, a doutrina social da Igreja, a partir do Papa Leão XIII e o crescente intervencionismo estatal no sentido de levar proteção às classes menos favorecidas, o que fez germinar a semente dos direitos fundamentais.

Mas vale dizer que os direitos fundamentais, como princípios jurídico-constitucionais, tiveram seu nascedouro com a criação do Estado Constitucional, no fim do século XVIII, o que não impede reconhecer sua anterior existência embrionária.

De fato, com as chamadas Declarações de Direitos, os direitos humanos passaram a ser formalmente conhecidos, passando a ter dimensão jurídica, sendo que tais declarações revelam a crença na existência de referidos direitos e na sua condição de bens anteriores e superiores ao próprio Estado.

Ferreira Filho (1998, p. 05) revela que os “direitos humanos prescindem de um documento escrito”. Porém, nada impede que sejam reduzidos a termo em texto solene, com os benefícios da clareza e precisão, além do caráter pedagógico.

Os direitos do homem começaram a ser formalmente admitidos no século XIII com a denominada Magna Carta, documento assinado pelo Rei João sem Terra, em 1215, que teve como principal virtude declarar que o rei achava-se forçosamente vinculado às leis e normas que editava.

Destaca-se também o *Bill of Rights*, de 1689, onde na Inglaterra se firmou a supremacia do Parlamento, dando o decisivo passo para a doutrina da separação dos poderes, fazendo surgir a monarquia constitucional, prestigiando a soberania popular.

Contudo, foi no século XVIII, com a revolução liberal na França e a independência das colônias inglesas na América do Norte, que os direitos fundamentais tiveram maior expressão, tendo destaque a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Após referidas Declarações, revelou-se tendência que as Constituições dos países apresentassem disposições sobre Declarações de direitos, afirmando, portanto, a importância dos direitos fundamentais para o desenvolvimento de toda e qualquer sociedade e, por consequência, da família.

Contudo, sem embargo da importância de referidas Declarações, sua evolução pode ser vislumbrada em etapas, cada qual correspondendo ao momento histórico de sua ocorrência.

De qualquer modo, ante de analisarmos o elemento histórico, mister advertir que tão importante quanto contemplar os direitos fundamentais, é o fato da Constituição Federal admitir a família como alvo maior de proteção. Em outras palavras, revela-se essencial que a instituição família tenha sido alvo de expressa previsão constitucional, podendo ser até mesmo vista como a destinatária especial da tutela viabilizada pelos direitos fundamentais. Em outras palavras, de nada valeria a previsão do mecanismo protetivo se não houvesse o objeto a ser tutelado.

Agora podemos nos ocupar em abordar a evolução dos direitos fundamentais.

2.1.3.1 Direitos fundamentais de primeira geração

Não se pode admitir, como já se pretendeu, que o Estado se confunda com o governante, devendo ser afastada a frase *L'État c'est moi*, atribuída a Luís XIV. O Estado passou a ser concebido como local onde as funções do poder são atribuídas a órgãos distintos, evitando-se, assim, a hegemonia de um soberano. Surgia a ideia de Estado de Direito, submetido a uma constituição, em reação ao sistema onde o governante era a lei, decidindo, segundo seu alvedrio, a vida de seus súditos.

Assim, paralelamente ao constitucionalismo, ou seja, ao chamado Estado de Direito, surgem os direitos fundamentais de primeira geração, conhecidos também por direitos civis

ou individuais. Surgem, num primeiro momento, como reação às ofensas até então praticadas pelo Estado.

Os direitos fundamentais de primeira geração tiveram como escopo traçar uma linha entre o que seria a área de domínio do Poder Público e aquilo que seria domínio individual, onde se teria um território de segurança garantido ao indivíduo ou súdito.

Conforme sugerem Araújo e Nunes (2001, p. 85), os direitos fundamentais de primeira geração

[...] são integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplo o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio etc. Trata-se de direitos que representam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, apresenta exemplos caricatos, como o direito de propriedade, sem qualquer limitação (ainda não havia a concepção do cumprimento da função social da propriedade).

Também chamados de primeira dimensão, tais direitos representam poderes de agir, reconhecidos pela ordem jurídica a todos os indivíduos, independentemente da interferência do Estado, fazendo ressaltar a nítida separação entre Estado e sociedade.

Não há dúvidas que são conquistas que já se consolidaram universalmente, não existindo Estado de Direito que não os reconheça em toda sua extensão. Ainda que, hodiernamente, tenham sido reconhecidos diversos outros (também chamados fundamentais), eles ainda ocupam lugar de destaque no cenário constitucional.

Porém, a personalidade humana tende a se ampliar, forçando a ampliação de direitos, razão pela qual o reconhecimento dos chamados direitos fundamentais de primeira geração não cessou a busca pela conquista de novos direitos necessários à satisfação de outras necessidades do homem e da coletividade. Surgem, dessa forma, os direitos sociais, culturais e econômicos, cujas linhas abaixo dedicamos.

2.1.3.2 Direitos fundamentais de segunda geração

Chega-se à ideia de que direitos fundamentais são prerrogativas jurídicas que proporcionam estrutura para a existência, afirmação e projeção do homem e de sua própria atuação na sociedade.

Assim, não bastava assegurar apenas direitos como intimidade, vida, inviolabilidade do domicílio, liberdade, mas sim chegou-se à conclusão que a existência plena e digna do homem reclamava uma proteção maior, onde realmente se tutelasse sua dignidade humana.

As necessidades do ser humano (que são ilimitadas) passaram a ser a grande preocupação, não bastando que o Estado fosse um mero policial das liberdades individuais.

Passou-se a exigir não uma posição passiva do Estado, mas sim uma postura atuante, de modo a munir cada pessoa das condições mínimas para o alcance de sua dignidade, notadamente ante as insuficiências do indivíduo.

Nessa esteira esclarecem Araújo e Nunes (2001, p. 86), que

[...] os direitos fundamentais de segunda geração costumam ser denominados direitos positivos, pois, como se disse, reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais. Também são chamados de direitos de crença, pois trazem a esperança de uma participação ativa do Estado. Constituem os direitos fundamentais de segunda geração os direitos sociais, os econômicos e os culturais, quer em sua perspectiva individual, quer em sua perspectiva coletiva.

Assim, nota-se que os direitos fundamentais, denominados de segunda geração ou dimensão, revelam um desenvolvimento não somente para os indivíduos, mas também para o próprio Estado, eis que este se reapresenta como o responsável por assegurar, de maneira mais completa, os anseios dos súditos. Eis a essência e a razão de ser do Estado: servir aqueles que decidiram viver e conviver em seu formato.

De fato, o homem, livre por natureza, mas oprimido pelos graves problemas sociais, foi justamente buscar no Estado a proteção que precisava, passando a dele depender para o desenvolvimento de suas potencialidades. Desse modo, a experiência pôde demonstrar que o Estado não é o único capaz de oprimir o desenvolvimento da personalidade humana. De outro lado, o Estado também evoluiu e revela-se capaz de promover a libertação dos indivíduos, o que somente torna-se possível com sua intervenção nas relações econômicas e sociais que o margeiam.

Surgem então os direitos fundamentais de segunda dimensão, reconhecidos no século XX notadamente após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), abarcando os direitos culturais, econômicos e sociais. Apresentavam o nítido propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas.

Tais direitos exigiam a atuação positiva do Estado, que deveria realizar prestações, ou seja, passaram a exigir permanente atuação do Estado, notadamente mediante atuação de

programas sociais. Daí surgindo a expressão direitos positivos, pois não visam mais obstar as investidas do Estado na seara das liberdades individuais, mas sim exigir do Estado a sua intervenção para atender as incessantes necessidades dos indivíduos.

Como não poderia ser diferente e por exigir atuação positiva do Estado, os direitos fundamentais de segunda dimensão tiveram inicialmente eficácia duvidosa, eis que dependiam, no mais das vezes, de vontade política ou até mesmo recursos. Assim, o grande problema dos direitos sociais reside justamente na sua efetivação, ou seja, na possível e até esperada omissão do poder público.

Todavia, a sociedade caminha a passos largos, surgindo novos anseios, novas exigências e, certamente, novas necessidades. Não bastava apenas a tutela de liberdades individuais, nem tampouco uma postura mais ativa do Estado, suprimindo as deficiências do indivíduo. O ser humano passou a reclamar mais, surgindo, então nova categoria de direitos fundamentais. A seguir algumas linhas sobre tal categoria.

2.1.3.3 Direitos fundamentais de terceira geração

O homem preocupa-se com seu destino, com seu futuro, indagando qual sua verdadeira essência. Chegou-se a ideia de que a aldeia global não comporta mais muros e que as atitudes de uma comunidade acabam, de forma direta ou indireta, deitando reflexos em outras.

A fraternidade dá lugar ao que resta de individualismo e a necessidade de se promover a tutela do gênero humano torna-se premente.

A paz, a solidariedade, o meio ambiente equilibrado e a preservação da própria história são alçados à categoria de elementos essenciais à continuidade da raça humana, passando a ser objeto de tutela por parte dos Estados e também da comunidade internacional.

Aqui surgem os direitos fundamentais de terceira geração, como aqueles que buscam assegurar novas formas de relacionamento social e econômico, alforriando o homem de qualquer submissão econômica, bélica ou até mesmo intelectual.

Completam a gama protetiva proporcionada pelos direitos fundamentais e permitem concluir que o homem, em sua trajetória, continuará a ter dúvidas, incertezas e dificuldades. Mas que também disporá de um especial sistema de tutela que lhe dará ferramentas e meios para alcançar seu pleno desenvolvimento, seja qual for o caminho que escolher.

Destarte, os chamados direitos fundamentais de terceira geração são recentes, decorrente das incessantes reivindicações do ser humano, notadamente ante os impactos tecnológicos. Compreendem o direito ao meio-ambiente equilibrado, o direito à segurança, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países, o direito à comunicação e ao próprio desenvolvimento. São direitos que não visam preservar a igualdade ou a liberdade, mas sim a própria existência do grupamento humano.

A Constituição Federal de 1988, expressamente, prevê alguns desses direitos, como o direito à paz mundial (art. 4º, VI e VII), direito à autodeterminação dos povos (art. 4º, III), ao meio ambiente (art. 225) e ao desenvolvimento (art.3º II).

2.1.3.4 Direitos fundamentais de quarta e quinta gerações

Ainda que a denominada quarta dimensão de direitos fundamentais não tenha sido ainda consagrada nas ordens jurídica interna e internacional, há forte tendência doutrinária em admiti-la como resultado da globalização dos direitos fundamentais, o sentido de uma universalização de tais direitos no plano constitucional. Incluem o direito à democracia direta, ao pluralismo e a proteção contra a manipulação genética, requisitos para uma integração maior das sociedades, colocando o homem como a constante axiológica para o qual apontam todos os interesses do sistema.

Aponta-se ainda para a existência dos direitos fundamentais de quinta geração, apontando-se o direito à paz como o condicionante ao progresso de todas as nações. Contudo, acreditamos que o direito à paz está inserido no que a doutrina denomina direitos fundamentais de terceira geração.

O mais importante a ser destacar, em todo esse contexto, é o fato dos direitos fundamentais apresentarem-se como garantias ao pleno desenvolvimento do gênero humano, evitando-se violações a direitos, proibindo, por exemplo, a censura para proteger a liberdade de expressão, vedando-se prisões arbitrárias para preservar as liberdades pessoais. Do mesmo modo tem-se, através da tutela dos direitos fundamentais, a organização de todo um sistema protetivo, como se vê da previsão e organização do Poder Judiciário, das Defensorias Públicas e do próprio Ministério Público.

Encerra-se afirmando que a própria família, base de toda a estrutura estatal, revela-se destinatária da tutela permitida pelos direitos fundamentais, citando-se, como exemplo, o

reconhecimento da família homoafetiva, a adoção por casais homossexuais e o direito ao reconhecimento da filiação socioafetiva.

2.2 A validade ou eficácia social dos direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988, chamada Constituição Cidadã, após apontar os direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º, estabelece, no parágrafo primeiro, a eficácia imediata de tais direitos.

Assim dispõe a Lei Maior: “Art. 5º. *omissis*. § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Desse modo, o legislador constituinte, após estabelecer os alicerces de sustentação para uma sociedade livre, justa e solidária, advertiu que os direitos e garantias, essenciais ao pleno desenvolvimento da pessoa humana e da coletividade, não ficariam sujeitas a qualquer providência ou postura do legislador ordinário ou infraconstitucional.

Como se pode notar, os direitos e garantias, estabelecidos no artigo 5º do texto constitucional, não reclamam qualquer tipo de regulamentação, nem tampouco ficam condicionados a qualquer providência do legislador, detentor do poder constituinte derivado.

São de observância necessária e imediata, informando o legislador ordinário, o administrador e o julgador, numa integração necessária para a efetiva tutela da pessoa humana e, por consequência, da família.

Pode se dizer que a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana, num Estado Democrático de Direito, se apresenta na qualidade de atuação do *status personae*, como o fundamento e a razão de ser da tutela e da promoção das entidades familiares que assim se formam. Ao lado e como complemento do *status personae*, cada familiar assume um papel (ou *status familiae*) que deve concretizar valores e interesses da vida, reciprocidade e conexão de relações em que não se coloca a lógica racionalista-patrimonial, mas sim a valorização máxima da dignidade da pessoa humana (GAMA, 2008).

Infere-se que a eficácia ou validade social dos direitos fundamentais é seu ponto nevrálgico, o que se pode admitir até mesmo em razão do disposto na Constituição Federal, quando confere imediata incidência, vinculando, de forma direta, o Poder Público e não exigindo qualquer legislação que venha dar-lhe disciplina.

Conforme anota Madaleno (2008, p. 19),

[...] no Direito de Família é de substancial importância à efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e da solidariedade, considerando que a família contemporânea é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um de seus componentes, não podendo ser concebida qualquer restrição ou vacilo a este espaço constitucional da realização do homem em sua relação sociofamiliar. Consequência natural de realização da nova diretriz constitucional, que personaliza as relações surgidas do contexto familiar, está em assegurar não apenas a imediata eficácia da norma constitucional, mas a sua efetividade social, questionando se realmente os efeitos da norma restaram produzidos no mundo dos fatos.

2.3A família e as Constituições brasileiras

Por séculos, enquanto colônia, estivemos sob a égide da legislação portuguesa. Com a declaração de independência houve a necessidade do novel Império firmar-se perante seus súditos e perante a comunidade internacional e tal emancipação, além de ocorrer na economia e na política, deveria também ser verificada no plano jurídico.

Segundo Silva (1991, p. 66)

[...] proclamada a independência, o problema da unidade nacional impôs-se como o primeiro ponto a ser resolvido pelos organizadores das novas instituições. A consecução desse objetivo dependia da estruturação de um poder centralizador e uma organização nacional que freassem e até demolissem os poderes regionais e locais, que efetivamente dominavam no país, sem deixar de adotar alguns dos princípios básicos da teoria política em moda na época.

Ora, para sanar tal questão, certamente a solução passava pela elaboração de uma constituição, um instrumento jurídico que desse ao Império seu perfil e proporcionasse aos súditos a sensação de unidade nacional.

É Silva (1991, p. 66), quem ainda apontou que

[...] o constitucionalismo era o princípio fundamental dessa teoria, e realizar-se-ia por uma constituição escrita em que se consubstanciasse o liberalismo, assegurado por uma declaração constitucional dos direitos do homem e um mecanismo de divisão dos poderes, de acordo com o postulado do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo a qual não tem constituição a sociedade onde não é assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes.

Assim, começa a história das Constituições brasileiras, buscando a unidade nacional e o estabelecimento de uma nova ordem. Mas, se esse foi o objetivo, é preciso analisar como a família foi tratada nessa história. De tal assunto agora iremos nos ocupar.

2.3.1 A Constituição de 1824

A Constituição imperial, calcada nas diretrizes do Estado liberal, firmava a ideia de nação livre e independente, dividindo-se o território do Império em províncias. Trouxe também o Poder Moderador, além dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (SILVA, 1991).

A referida Constituição tinha por missão unir um país marcado pela desagregação reinante no regime das capitanias hereditárias e seguida pela derrocada do sistema de Governadores Gerais, instituído em 1549. Mas a primeira Carta Política de nossa história trouxe disciplina ou referiu-se à família?

Da leitura de seus 179 artigos, pode-se chegar a conclusão que nenhum deles faz menção à família. Talvez tal fato se deva à forte influência do estado liberal, onde havia preponderância do individualismo. Ainda que tivéssemos uma Constituição, a matéria relativa à família ainda continua, de forma exaustiva, contemplada e tratada nas Ordenações Filipinas.

2.3.2 A Constituição de 1891

Proclamada a Independência contemplamos período relativamente curto de Império. O jogo político não para, não experimenta intervalos e, nesse sentido, face às novas expectativas da sociedade, ciosa por um regime político garantir de direitos fundamentais, o Império tombou em 1889, quando proclamada foi a República Federativa do Brasil.

Com a República, como não poderia ser diferente, houve a efetiva separação entre Estado e Igreja, estabelecendo-se a secularização da vida nacional. Assim, a forte influência que a Igreja exercia sobre a vida privada perdeu significativa força.

A nova ordem, porém, com o federalismo e a democracia, certamente não poderia admitir que continuássemos a observar a Constituição do Império, razão pela qual, em 1891, tivemos a nossa primeira Constituição promulgada.

Contudo, a exemplo da Carta de 1824, a Constituição de 1891 não cuidou da família. Dentre seus dispositivos, apenas o artigo 72, § 4º, faz menção ao instituto do casamento, nos

termos seguintes: “Art. 72.*omissis*. § 4º A república só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita (BRASIL, 1891)”.

A família, ao que parece e pela forte influência do Estado liberal, não foi, nem de longe, preocupação nas Constituições de 1824 e 1891 e talvez não tenha sido em razão da forte influência que a Igreja exercia até então nos negócios do Estado e na vida privada das pessoas.

Mas tal omissão ou lacuna não poderia perdurar, pois a sociedade que não valoriza a instituição família está comprometendo seu desenvolvimento.

2.3.3 A Constituição de 1934

No início da década de 1930 era forte o regime conhecido como Coronelismo, onde o coronel era o provedor, quem protegia seus aliados. Claro, em troca exigia fidelidade e devoção, o que desnaturava os ideais republicanos e comprometia sobretudo a democracia.

Era preciso fomentar a mudança e tal veio com o governo de Getúlio Vargas, que, na lição de Silva (1991, p. 72),

[...] afasta a influência dos coronéis, que manda desarmar. Prepara novo sistema eleitoral para o Brasil, decretando, a 3.2.32, o Código Eleitoral, instituindo a justiça eleitoral, que cercou de garantias e à qual atribuiu as funções importantíssimas de julgar a validade das eleições e proclamar os eleitos, retirando essas atribuições das assembleias políticas, com o que deu golpe de morte na política dos governadores e nas oligarquias que dominavam exatamente em virtude do processo de verificação de poderes.

Mas, sem embargo das medidas que se faziam presentes, a Constituição de 1891 não mais se adequava à realidade presente, razão pela qual, em 1934, veio à lume nossa terceira Constituição.

Contrariando as Cartas anteriores, a Constituição de 1934 dedicou um capítulo à família, o que se vê da leitura de seus artigos 144 a 147. Nota-se que, em tal diploma, colocou-se a família sob especial proteção do Estado. Eis o dispositivo em questão: “Art. 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado (BRASIL, 1934)”.

Lôbo (1989, p. 60) observa que

[...] como destinação típica do Estado social, aparece pela primeira vez a referência expressa à proteção especial do Estado, que será repetida em todas

as Constituições subsequentes. Apesar da restrição à família legítima, avança-se na ampliação do conceito: permite-se o reconhecimento de filhos naturais (não adulterinos). Como nota destoante, um artigo, traduzindo os trágicos enganos da época, determina a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, maneira velada de constitucionalizar uma política de eugenia.

2.3.4 A Constituição de 1937

A luta pelo poder político fez com que Getúlio Vargas, temendo o avanço de novas ideologias, dissolvesse a Câmara e o Senado da República e, sem maiores explicações, sepultou a Constituição de 1934, outorgando a Carta de 1937. Era a instituição da ditadura.

A nova Constituição, a exemplo da anterior, também dedicou um capítulo à família, fazendo-o nos artigos 124 a 127, a seguir reproduzidos:

Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Art.125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Art. 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Art. 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole (BRASIL, 1988).

Reforçada foi a indissolubilidade do vínculo matrimonial, resquício da autoridade que a Igreja exerceu por séculos. Outrossim, manteve-se a família sob especial proteção do Estado.

Outro ponto de destaque na Carta de 1937 foi a coibição do abandono moral e intelectual dos filhos. Aqui se encontra a preocupação do constituinte com a solidariedade na família e realça o germe de sua função social, estabelecendo verdadeira relação de coordenação entre seus integrantes.

Por outro lado, conforme lembra Lôbo (1989, p. 60), “a educação surge como dever dos pais. Os filhos naturais são equiparados aos legítimos. O Estado autoritário transforma-se em tutor da infância e da juventude, substituindo os pais em caso de abandono.”

Contudo, como ressalta Silva (1991, p. 74),

[...] a Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão executivo.

Parece que, na égide da Carta de 1937, estando presente a afirmação segundo a qual nem sempre realidade social e ordenamento jurídico andam em sintonia.

Tal descompasso entre norma jurídica e realidade social, à evidência, comprometeu o fortalecimento do Estado e o desenvolvimento da família, fazendo com que fenecesse a especial proteção que a ela se deveria destinar.

2.3.5 A Constituição de 1946

Durante a Segunda Grande Guerra (1939-1945), em razão da ideologia doentia de poucos, muitos foram dizimados em campos de concentração. Verdadeiros abatedouros de seres humanos tinham por objetivo fazer a limpeza étnica idealizada pelo Terceiro Reich e coordenada por Hitler. Nesse período nefasto da história contemporânea, famílias foram destruídas, retirando-se de seus integrantes qualquer sinal de dignidade.

Com o término do conflito bélico mundial vislumbrou-se um verdadeiro movimento de redemocratização, onde florescia o sentimento de valorização da dignidade humana, notadamente pelas atrocidades causadas pelo Nazismo.

Nesse sentido, Silva (1991, p. 75) lembra que:

[...] terminada a II Guerra Mundial, de que o Brasil participou ao dos Aliados contra as ditaduras nazi-facistas, logo começaram os movimentos no sentido da redemocratização do país: Manifesto dos Mineiros, entrevista de José Américo de Almeida, etc. Havia também, no mundo após-guerra, extraordinária recomposição dos princípios constitucionais, com reformulação de constituições existentes ou promulgação de outras (Itália, França, Alemanha, Iugoslávia, Polônia, e tantas outras), que influenciaram a reconstitucionalização do Brasil.

Assim o Brasil não ficou insensível às mudanças que se faziam na Europa pós-guerra e, embalado no movimento de redemocratização, nosso Estado ofereceu ao povo a Constituição de 1946.

Referida Carta, como as anteriores, dedicou à família um capítulo, nos seguintes termos:

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

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

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

Art. 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

Art. 165 - A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em, benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de *cujus* (BRASIL, 1946).

Como se nota, manteve-se a família sob proteção especial do Estado; contudo, ainda valia a indissolubilidade do vínculo matrimonial, resquício da influência que a Igreja exerceu por séculos, ainda que vivenciássemos uma República e a secularização das relações privadas.

Estabeleceu também o texto constitucional a assistência à maternidade, à infância e à adolescência, com nítida intenção de assegurar solidez à comunidade familiar, eis que o Decreto Lei 3.200, de 19 de abril de 1941, cuidando da proteção à família, revelava-se omissivo em relação a várias questões de crucial importância para a entidade familiar.

Da mesma forma a Constituição garantia amparo à família que apresentasse prole numerosa. Aqui se revela, ainda que de forma velada, o incentivo à natalidade, prática que ainda se repete em nossa sociedade de hoje através de políticas assistencialistas que, não raras vezes, mantém em inércia o desenvolvimento das camadas menos abastadas da população.

Mas os conflitos internos que se sucediam comprometiam cada vez mais a liberdade e a democracia.

2.3.6 A Constituição de 1967

Após sucessivas crises políticas e institucionais, tendo como ápice a renúncia do então Presidente Jânio Quadros e a pusilânime atuação de seu Vice-Presidente João Goulart (SILVA, 1991), tem lugar o Golpe Militar em 1964, onde passa a exercer o poder um Comando Militar, efetuando-se prisões políticas, suprimindo direitos e garantias individuais, colocando o país em verdadeiro retrocesso no que diz respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto social veio a Constituição de 1946, que teve como característica a profunda preocupação com questões de segurança nacional, fortalecendo sobretudo os poderes do Presidente da República. Quanto à família, dedicou apenas o artigo 167, nos seguintes termos:

Art. 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

§ 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.

§ 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência (BRASIL, 1967).

A Carta de 1967 manteve a regra segundo a qual a família era constituída pelo casamento, dando continuidade à vetusta discriminação em relação àquelas decorrentes das relações *extra matrimonium*. A família legítima, portanto, havia que resultar de justas núpcias.

Mantida foi a indissolubilidade do vínculo matrimonial, preservando-se resquícios da influência da Igreja exerceu em matéria de casamento, ainda que tivemos a possibilidade da separação judicial.

Como na Constituição anterior, manteve-se o comando ordenando assistência à maternidade, à infância e à adolescência, preocupando-se o constituinte com a unidade e fortalecimento do grupo familiar.

2.3.7 A Constituição de 1969

As crises políticas e institucionais não cessaram, razão pela qual, através do chamada Ato Institucional 5, de 13 de dezembro de 1968, rompendo com a ordem constitucional então vigente, agravando-se a situação com a moléstia do então Presidente Costa e Silva, impedido que ficou de governar (SILVA, 1991).

Com a EC 1, novo texto constitucional passa a vigorar em 30 de outubro de 1969, sendo que apenas o artigo 175 refere-se à família. Eis seu texto: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º. O casamento é indissolúvel (BRASIL, 1969)”.

Novamente, seguindo tradição, coloca-se que a família seria constituída pelo casamento, fazendo-se menção à família legítima, merecendo ainda especial proteção dos Poderes Públicos. Nota-se que não se colocou a família sob especial proteção do Estado, como na Carta anterior. Aqui não se pode admitir pretendia o constituinte enfraquecer a família. Apenas não foi zeloso ao redigir o novel texto, pois, realizada uma interpretação histórica e teleológica, a conclusão que chegaria o intérprete seria a necessidade de se dar especial proteção à família.

Foi mantida a indissolubilidade do vínculo matrimonial, situação que perdeu até a Emenda n. 9/77, ocasião em que, de forma tardia, o divórcio vincular passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio, atendendo os anseios da população e disciplinando uma questão social relevante.

2.3.8 A Constituição de 1988

A luta pelo Estado Democrático de Direito, com o restabelecimento dos ideais democráticos e respeito às garantias individuais, teve início ainda no ano de 1964, quando verificado o Golpe Militar. O autoritarismo que se seguiu ao golpe provocou efeitos devastadores em nossa sociedade, refletindo atraso no fortalecimento das instituições e comprometendo o despertar para uma sociedade livre, justa e solidária.

Mas é difícil calar a voz de um povo cioso pelo respeito à dignidade, razão pela qual a multidão, logo na primeira metade da década de 1980, foi às ruas e proclamou o movimento pelas eleições diretas para presidente da república.

Com a vitória de Tancredo Neves no Colégio Eleitoral viu-se nascer a esperança em prol da redemocratização do país. Porém, antes de assumir a Presidência, Tancredo falece, deixando entristecida toda uma Nação que via, mais uma vez, seus sonhos comprometidos.

Assume, o Vice-Presidente José Sarney, até então aliado das forças autoritárias. Contrariando sua própria ideologia, o então Presidente da República José Sarney abre as portas para a Assembleia Nacional Constituinte, fazendo brotar novamente no seio da população a esperança de dias melhores.

Assim, em outubro de 1988, é promulgada a Constituição Cidadã, recebendo tal designação por ter permitido a participação popular e por ter procurado resgatar a cidadania dos brasileiros.

Trouxe profundas e significativas alterações no universo do Direito de Família, cuidando de temas de suma importância nos artigos 226 a 230, fazendo menção também à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso.

O constituinte foi expresso ao estabelecer a família como base da sociedade, ressaltando a especial proteção do Estado que deve merecer.

Algumas de suas mais importantes mudanças no âmbito da família são a seguir apontadas:

- a) a não exigência do casamento para o surgimento da família, admitindo o princípio da diversidade familiar;
- b) a contemplação da união estável, como entidade familiar;
- c) a menção expressa à família monoparental;
- d) a plena isonomia entre os cônjuges e, por consequência, entre os conviventes, assim como a proibição de discriminação dos filhos em relação à origem da filiação;
- e) elevação dos interesses da família à categoria de direitos personalíssimos, sem natureza patrimonializante.

A Constituição de 1988, acertadamente chamada de Constituição Cidadã, trouxe verdadeira repersonalização às relações de família, colocando a família em seu devido lugar, ao amparo do Estado e protegida das vicissitudes que até então os regimes anteriores estabeleciam.

É a Constituição da República, pois, fonte que deve informar o legislador, o administrador e o julgador ante questões relativas à família, até porque seus membros integram o núcleo que dá base à própria estrutura social. Assim, pode-se afirmar que a família, como base da sociedade, deve ser vista como destinatária dos direitos fundamentais que balizam e estruturam o Estado Democrático. Mas é preciso definir o que são direitos

fundamentais e como tornar a família sua destinatária, garantindo-se o pleno desenvolvimento de seus integrantes. No capítulo seguinte tal tema será abordado.

CAPÍTULO 3 – PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ENTIDADE FAMILIAR

3.1 Conceito de princípios no direito

Para que possamos abordar os princípios constitucionais aplicáveis à família, conhecendo sua dimensão e alcance, mormente para se extrair a força protetiva que deles emana, torna-se mister antes fazer uma correlação com a ideia de princípio no Direito. É a exata lição de Espíndola (1999, p. 44), quando afirma:

O conceito de princípio constitucional não pode ser tratado sem correlação com a ideia de princípio no Direito, posto que o princípio constitucional, além de princípio jurídico, é um princípio que haure sua força teórica e normativa no Direito enquanto ciência e ordem jurídica. Assim, por imperativo metodológico, cumpre sejam levantadas as principais noções, temas e classificações produzidos no âmago da Teoria Jurídica e que antecederam a formulação da ideia de princípio no âmbito do Direito Constitucional e a positivação dos princípios no âmbito normativo material e formal das constituições contemporâneas.

Adverte-se que, com isso, não se quer estabelecer dicotomia impossível entre Teoria do Direito e Direito Constitucional, mas, sim, detalhar-se essa ideia, a de princípio, na esfera de especulação científica e dogmática própria ao objeto de cada uma destas disciplinas do conhecimento jurídico, as quais, sem dúvida, se beneficiam mutuamente, dos avanços especulativos produzidos pelos teóricos do Direito e pelos constitucionalistas.

Cabe, portanto, antes de tecer linhas acerca dos princípios constitucionais, tratandolos como fundamento, abordando sua natureza e características, fazer análise dos princípios de direito, tema de grande valia na Teoria Geral do Direito e pressuposto para a compreensão de questões mais complexas.

No sentido léxico princípio significa primeiro momento de uma ação ou processo, começo; aquilo que serve de base a alguma coisa, preceito, regra (Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa).

Nunes (1994, p. 680), em seu Dicionário de Tecnologia Jurídica, assim define princípio: “Regra, preceito. Razão ou causa primária. Proposição, verdade geral demonstrada, em que se apoiam outras verdades. (pl.). Conhecimento fundamental de uma ciência ou arte. Teoria”.

Para Diniz (1998, p. 716-717), em seu Dicionário Jurídico, o termo princípio assim é explicado:

Princípio: 1. Filosofia geral. a) Origem ou causa de ação (Pascal); causa primária; b) o que contém ou faz compreender as propriedades ou caracteres essenciais da coisa (Lalande); c) cada uma das proposições diretivas ou características a que se subordina o desenvolvimento de uma ciência (Leibniz, Descartes, Newton e Spencer); regras fundamentais de qualquer ciência ou arte; d) norma de ação enunciada por uma fórmula (Fouillée); e) fundamento; f) o que contém em si a razão de alguma coisa (Christian Wolff); g) proposição geral que resulta da indução da experiência para servir de premissa maior ao silogismo (Kant); h) aquilo do qual alguma coisa procede na ordem de existência ou do conhecimento; i) lei empírica, subtraída ao controle da experiência, que obedece a motivos de simples comodidade (Poincaré). j) característica determinante; k) agente ou força originadora ou atuante; l) proposição inicial, obtida pelo conhecimento, da qual se deduzem outras proposições. 2. Nas linguagens jurídica e comum, pode significar: a) preceito; norma de conduta; b) máxima; c) opinião; maneira de ver; d) parecer; e) código de boa conduta através do qual se dirigem as ações e a vida de uma pessoa; f) educação; g) doutrina dominante; h) alicerce; base.

Reale (1988, p. 299), ao abordar o tema, deixou a seguinte lição:

Toda forma de conhecimento ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.

É claro que estamos cuidando da palavra princípio apenas em seu significado lógico, sem nos referirmos à acepção ética desse termo, tal como se dá quando demonstramos respeito pelos homens de princípios, fiéis, na vida prática, às suas convicções de ordem moral.

Restringindo-nos ao aspecto lógico da questão, podemos dizer que os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Ora, os princípios podem ser classificados em três grandes categorias, a saber:

a) princípios onivalentes, quando são válidos para todas as formas de saber, como é o caso dos *princípios de identidade* e de *razão suficiente*;

b) princípios plurivalentes, quando aplicáveis a vários campos do conhecimento, como se dá com o *princípio de causalidade*, essencial às ciências naturais, mas não extensivo a todos os campos do conhecimento;

c) princípios monovalentes, que só valem no âmbito de determinada ciência, como é o caso dos *princípios gerais de direito*. [GRIFO NOSSO]

O constitucionalista Silva (1991, p.81) faz a seguinte afirmação quanto aos princípios:

A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), p. ex., significa norma que contém o início ou esquema de um

órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático.

Tem-se, pois, que os princípios, independentemente do âmbito do saber a que estiver adstrito o pesquisador, revelam-se tema de fundamental importância e interesse, eis que albergam as verdades estruturantes de um sistema, dando as linhas mestras para a sua compreensão e alcance de sua disciplina.

E se pode verificar que toda área do conhecimento, seja nas ciências exatas, humanas ou biológicas, tem sua base em princípios. Conhecê-los é, portanto, essencial para extrair aquilo que de mais útil se traz ao homem, ou seja, a libertação das amarras do obscuro e das dúvidas que cercam nossa existência.

O conhecimento que tanto buscamos é, entre outros modos, alcançado através da compreensão dos princípios que estruturam certa área do saber. É certo que a questão do conhecimento, inclusive da ciência do Direito, é por deveras tormentosa, eis que, não podemos olvidar, todo conhecimento é parcial, até porque está em constante construção.

Acerca do problema do conhecimento, o sempre lembrado Pontes de Miranda (1999, p. 25) advertiu da seguinte forma:

É fácil afirmar que envelheceu a questão dos universais, das essências. Fácil e cômodo passar sobre ela, relegando-a, como jogo antiquado de filosofias estereis da Grécia e do Medievo, ao vale de cadáveres da época pré-galileana. A esterilidade de uma filosofia ou de sistemas em lide não esteriliza problemas de sai mesmo capitais. O de que trataremos é, na Teoria do Conhecimento, o maior. Enquanto houver homens para conhecer e homens que porfiam por conhecer o fato mesmo do conhecimento, estará na primeira plana – desde que não o pulemos, como soem fazer os pensadores ágeis e escolas fáceis de contentar-se – o problema do universais, das essências.

As soluções antigas, medievais e modernas de tais procedências, mostraram-se *falsas* ou *insuficientes*. Compartilharam da mentalidade precientífica, de que emergiam, e de certa belicosidade das velhas lutas metafísicas. Se é indiscutível que os torneios helênicos, Platão e Eleatas à frente, e as disputas realistas e nominalistas do segundo milênio comprometeram, de certo modo, o difícil tema, não é menos indiscutível que ele continua, em sua enérgica interrogação, a desafiar-nos, e a reclamar dos nossos contemporâneos o aproveitamento dos novos conhecimentos, para resposta, senão definitiva, pelo menos consentânea com a idade do nosso espírito.

Delineado, pois, que os princípios informam as diversas áreas do saber, alcançando a disciplina de todas as ciências, inclusive a ciência do Direito. Mas, exatamente, como podemos conceber os princípios de Direito?

Mello (1994, p. 450-451), assim se posiciona ao difundir a noção de princípio:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...]. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

O princípio no Direito é, como não poderia deixar de ser, princípio em sua essência; logo, revela-se força estruturante e orientadora de todo um arcabouço, devendo orientar o intérprete na formulação de suas premissas e fomentar a conclusão do silogismo. Sobre isso, Espíndola (1999, p. 49) ressalta que:

Assim, na Ciência Jurídica, tem-se usado o termo princípio ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes. Essa polissemia não é benéfica neste campo do saber, em que a confusão de conceitos e ideias pode levar à frustração da práxis jurídica ou à sonegação, por uma prática equívoca, de direitos ou de situações protegíveis pelo sistema jurídico posto.

Em seu Vocabulário Jurídico, de Plácido e Silva (1986, p. 447), aponta, em trecho que merece destaque, o seguinte conteúdo sobre os princípios de Direito:

Princípios. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa.

E, assim, ‘princípios’ revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica.

Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas.

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito.

E, nesta acepção, não se compreendem somente os *fundamentos jurídicos*, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica

universal. Compreendem, pois, os fundamentos da *Ciência Jurídica*, onde se firmaram as normas *originárias* ou as *leis científicas do Direito*, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito.

Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque sevem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção dos direitos.

A análise do presente tópico permite concluir ser o princípio uma verdade estabelecida para as ciências, ou seja, verdade para o estabelecimento de verdades. Também na ciência do Direito, o princípio cumpre tal papel, permitindo conferir ao direito o seu papel fundamental: levar equilíbrio e harmonia às relações humanas de convivência.

Mas, exatamente, como atuam os princípios do direito? Tais princípios estão positivados no ordenamento jurídico ou constituem apenas emanações caracterizadoras dos chamados princípios gerais de direito? No tópico seguinte tais questões serão abordadas.

3.2 Princípios positivos do direito e princípios gerais do direito

Tema encontrado na Teoria Geral do Direito, e que também interessa ao Direito Constitucional, refere-se aos princípios do direito e aos princípios gerais do direito, até porque um sistema ou ordenamento jurídico não permite seja integrado apenas por regras postas pelo legislador ordinário.

É certo que em todo sistema jurídico também há princípios jurídicos ou princípios de Direito, estabelecendo o que é válido ou inválido, o que é falso ou verdadeiro, eficaz ou ineficaz, permitindo, ainda, suprir a deficiência natural do legislador.

Grau apud Spíndola (1999, p. 50) assevera que:

[...] um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõem, também, princípios jurídicos ou princípios de Direito. Assim, no Direito, enquanto ordem jurídica, os princípios – agora princípios jurídicos – podem ser tomados, basicamente, em dois sentidos: no primeiro, como *princípios positivos do Direito*, e, no segundo, como *princípios gerais do Direito* [...].

Spíndola (1999, p. 52) anota que:

[...] distinguem-se os princípios gerais do Direito daqueles que se denominam princípios positivos do Direito. Estes últimos não podem ser valorados segundo a posição dicotômica do falso ou verdadeiro, própria da Ciência Jurídica, mas, sim, segundo as dicotomias analíticas do válido ou inválido, vigente ou não, eficaz ou ineficaz, adequadas à análise do Direito

enquanto sistema de normas positivas. Deste modo, os princípios positivos de Direito pertencem à linguagem do Direito. Já os princípios gerais do Direito podem ser valorados segundo a ideia do falso e do verdadeiro, conforme as análises descritivas da Ciência Jurídica. Eles pertencem à linguagem dos juristas.

O próprio legislador reconhece que um dado sistema legal não é capaz de, por mais diligente e específico que seja, alcançar toda a possível experiência humana, surgindo um grande número de situações imprevistas, que não poderiam ser vislumbradas no momento de confecção da norma.

Nesse sentido é lembrado o disposto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto Lei 4.657, de 4 de setembro de 1.942), quando dispõe: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Efetivamente, cuida-se de mecanismo para suprir as lacunas da lei do qual lança mão a jurisprudência, conforme revelado abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AFASTAMENTO DE SERVIDOR ESTADUAL NÃO ESTÁVEL PARA PARTICIPAR EM CURSO DE FORMAÇÃO DECORRENTE DA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA NO ART. 20, PAR. 4º DA LEI 8.112/90 1. A então 8ª câmara cível deste tribunal, sopesando os interesses em conflito à luz da jurisprudência pátria, entendeu pela legalidade do afastamento, sem remuneração, de servidores estaduais em estágio probatório, a fim de que os mesmos participassem de curso de formação em virtude de aprovação em concurso para provimento do cargo de analista de planejamento e orçamento, do ministério do planejamento, orçamento e gestão da união (ar 0228038-6/01). 2. Nos termos do entendimento firmado pela 8ª câmara cível, o afastamento para participação em curso de formação constitui situação fática diversa da prevista no art. 130 da lei nº 6.123/68. Que cuida da licença para trato de interesse particular -, sendo a legislação estadual omissa relativamente à questão ora posta, pelo que, com fulcro no art. 4º da LICC solução da lide demanda a aplicação analógica do art. 20, § 4º, do estatuto dos servidores públicos civis da união, lei n. 8.112/90 3. Agravo de instrumento improvido (PERNANBUCO, 2013).

A Consolidação das Leis do Trabalho tem a mesma medida, conforme anuncia seu artigo 8º (BRASIL, 1943):

Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo

com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Reale (1988, p. 300-301) fez esse destaque quando abordou a questão:

A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.

Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de *modelos jurídicos*, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios da *isonomia* (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para proteção dos direitos adquiridos etc.

A maioria dos princípios gerais de direito, porém, não constam de textos legais, mas representam contextos doutrinários ou, de conformidade com terminologia assente no Capítulo XIV, são *modelos doutrinários* ou *dogmáticos* fundamentais. [...] Nem todos os princípios gerais têm a mesma amplitude, pois há que os que se aplicam apenas neste ou naquele ramo do Direito, sendo objeto de estudo da Teoria Geral do Direito Civil, do Direito Constitucional, do Direito Financeiro etc.

Fácil é perceber que, sendo elementos condicionadores ou fundantes da experiência jurídica, podem ter as mais diversas origens, consubstanciando exigências de ordem ética, sociológica, política, ou de caráter técnico.

Não é difícil concluir pela importância dos princípios para o regramento das relações humanas de convivência. Contudo, tais princípios são apenas fortes preceitos de ordem moral ou econômica, distantes da experiência jurídica ou, ao contrário, revelam-se atingidos de efetiva normatividade, constituindo verdadeiros elementos componentes do Direito, dotados de força coercitiva? As linhas que seguem têm por objetivo elucidar tal questão.

3.3 Normatividade dos princípios

A vida em sociedade é sujeita à observância de normas, sejam normas insertas no mundo da moral, trato social, religiosas ou normas jurídicas. Todas têm pontos em comum: ditam comportamentos e, se violadas, ensejam a imposição de sanções.

Aquele que ofende uma norma de natureza moral ou trato social certamente irá experimentar uma reprovação de seus pares. Contudo, tal norma – moral ou de trato social – não goza do atributo da coercibilidade, ou seja, ditam um comportamento, mas não se revelam de observância necessária.

A norma jurídica, por seu turno, além de ser dotada de generalidade e abstração, apresenta a característica da coercibilidade, eis que seu comando pode ser exigido até mesmo pelo uso da força.

Assim, a norma que obriga ao pagamento de um imposto irá alcançar o sujeito passivo da obrigação tributária e, caso não ocorra a satisfação do débito, ter-se-á a possibilidade do executivo fiscal, com penhora de bens. Em outras palavras, o pagamento do tributo ocorrerá, ainda que contra a vontade do contribuinte.

Mas gozam os princípios de tal característica? Têm os princípios normatividade?

O pensamento jurídico hodierno permite afirmar possuírem os princípios o *status* de norma de direito, ou seja, norma jurídica, apresentando positividade e força vinculante, obrigando, portanto, seus destinatários.

Bobbio apud Bonavides (1994, p. 236) expressou seu entendimento a respeito da normatividade dos princípios jurídicos:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não são normas. Para mim não há dúvidas: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, naco se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtenho que animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro; mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que então não deveriam ser normas?

Araujo (2000, p. 82) faz a seguinte observação quanto aos princípios:

[...] é necessário destacar que os princípios são verdadeiras normas, bem como as regras jurídicas. Todavia, entre essas duas espécies de normas encontramos diferenças qualitativas.

Primeiramente cabe dizer que os princípios são normas jurídicas impositivas, compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionalismos fáticos e jurídicos. Podem coexistir princípios conflitantes. De outra parte, as regras são normas que prescrevem, de modo imperativo, uma exigência, que é ou não cumprida. Entretanto, não é possível a existência de normas conflitantes: as regras antinômicas se excluem.

Com efeito, em consequência, os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, sendo possível encontrar a partir dessa ponderação a

solução para um eventual conflito entre dois princípios de um ordenamento jurídico. Vale dizer, os princípios podem ser objeto de harmonização. De modo contrário, no que concerne às regras jurídicas, havendo conflito entre duas delas, apenas uma delas deve ser válida e, portanto, aplicada ao caso concreto. É insustentável a validade simultânea de regras contraditórias.

É ponto comum, portanto, que gozam de normatividade, bastando, à guisa de exemplo, citar os seguintes princípios: intangibilidade dos valores atinentes à pessoa humana, a autonomia da vontade e plena liberdade de contratar, a boa fé objetiva e a função social da empresa, do contrato e da propriedade; a proibição do enriquecimento indevido e da onerosidade excessiva, a preservação e autonomia da família, a preponderância do interesse público sobre o particular, a proibição de se alegar desconhecimento da lei e o *neminemlaedere*.

Tem-se que os princípios são regras e condicionantes da vida em sociedade e acabam por tutelar interesses de especial importância para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, onde o patrimonialismo das relações jurídicas cede cada vez mais lugar à repersonalização de tais relações, levando ao homem aquilo que é lhe mais grato: a busca pela felicidade.

Mas, sendo dotados de normatividade, vinculando o legislador, o administrador e o julgador, além dos integrantes da sociedade como um todo, qual ou quais as consequências se o intérprete se deparar com a hipótese de princípios conflitantes? A questão será a seguir abordada.

3.4 Conflitos entre princípios

Se a normatividade dos princípios é verdade inarredável, consistido num comando dotado de força vinculante e previsão de sanção em caso de descumprimento ou desrespeito à norma nele contida, tem-se que como fenômeno possível o conflito entre dois ou mais princípios, o que a doutrina denomina de antinomias jurídicas impróprias (ESPÍNDOLA, 1999).

Vários interesses podem estar contidos nos mecanismos de proteção de determinados princípios, todos igualmente merecedores de atenção, levando o intérprete a indagar se um princípio teria a força de derogar o outro ou se ambos perderiam gradativamente suas forças para coexistirem. A questão não é tão simples assim.

Pode o investigador, por exemplo, deparar-se com o conflito entre dois princípios de igual envergadura, como, por exemplo, o princípio da solidariedade familiar e o princípio que veda o empobrecimento sem causa. É a hipótese do sobrinho enfermo que postula alimentos de um tio, único parente e que revela condições de suportar o encargo alimentar. Como resolver a questão, eis que o conflito entre os princípios é indubitável?

Contrariamente à solução dada no conflito entre dispositivos legais (antinomia jurídica própria), onde uma regra legal irá excluir a outra, seja em razão da hierarquia (*lex superior derogat inferiore*) ou em razão do princípio da especialidade (*lex specialis derogat generale*), a colisão entre princípios não acarreta a exclusão da norma conflitante. Há incompatibilidade, mas não exclusão.

O aplicador do direito opta por um dos princípios, sem que o outro seja rechaçado do sistema, ou deixe de ser aplicado a outros casos que comportem sua aceitação. Ou seja, afastado um princípio colidente, diante de certa hipótese, não significa que, em outras situações, não venha o afastado a ser aproximado e aplicado em outros casos. As testilhas entre princípios não os excluem da ordem jurídica, apenas os afastam diante de situações que comportem diferentes soluções, segundo o peso e a importância dos princípios considerados à aplicação do direito. Esse tipo de opção, pelo intérprete, não gera desobediência ao princípio afastado. Aqui, os conflitos entre princípios se verificam na dimensão do peso, já que apenas princípios válidos podem colidir entre si (ESPÍNDOLA, 1999).

Deve o intérprete estar preparado para enfrentar tal questão, pois os princípios, a todo momento, entram em rota de colisão, requerendo sejam manejados adequadamente, pois a sua oxigenação é essencial ao equilíbrio do ordenamento.

Se os princípios coexistem e o conflito instaurado entre os mesmos é ocorrência não rara, deve o intérprete preparar-se para enfrentar tal questão, conhecendo a força normativa que deles emana e, principalmente, o interesse ou interesses que tutelam. Para alcançar tal objetivo é necessário conhecer a estrutura dos princípios constitucionais, pois deles emana força vinculante máxima, inclusive no que diz respeito à tutela da família. O tópico a seguir busca investigar, assim, os princípios constitucionais.

3.5 Princípios constitucionais

Se concebêssemos o sistema jurídico como um vasto edifício, onde tudo é disposto com sábia arquitetura, identificaríamos os princípios como as vigas mestras, muito embora o edifício tenha outros elementos, como portas, janelas, luminárias etc.

Não seria preciso conhecimento profundo para indicar a posição dos princípios como alicerce desse sistema jurídico. Retirá-los ou corrompê-los seria o mesmo que condenar o grande edifício.

Os princípios constitucionais seriam, por assim dizer, as vigas mestras de todo o sistema jurídico. Violá-los seria conduta muito mais grave que a transgressão da norma. A desatenção ao princípio implicaria agressão a todo um sistema de comandos. É a mais acentuada forma de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, representando insurgência contra todo um sistema, subversão de valores fundamentais e corrosão de sua estrutura mestra.

Silva (1991, p. 82-83) aponta que os princípios constitucionais são basicamente de duas categorias:

Os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais. Princípios político-constitucionais- Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras dos sistema constitucional positivo, e são, segundo Crisafulli, normas-princípio, isto é, normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social. Manifestam-se com princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-princípio que traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição. [...]

Princípios jurídico-constitucionais- São princípios constitucionais gerais, informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração de direitos, o da proteção social dos trabalhadores, fluente da declaração dos direitos sociais, o da proteção da família, do ensino e da cultura, o da independência da magistratura, o, da autonomia municipal, os da organização e representação partidária, e os chamados princípios-garantia (o *nullunrimensine lege* e da *nullapoenasine lege*, o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório entre outros, que figuram nos incs. XXXVIII a LX DO art. 5º [...]).

Bonavides (1994, p. 246), esclarecendo acerca dos princípios constitucionais, faz o seguinte destaque:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pauta ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos constitucionais (e infraconstitucionais, acrescenta-se) os princípios, desde sua constitucionalização, que é, ao mesmo passo, positividade no mais alto grau, recebem, como instância máxima, categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, normas das normas.

Os princípios constitucionais têm a vocação e a força de promover a convergência, o equilíbrio e a essencialidade do edifício jurídico, tornando-o legítimo. São colocados no cume da pirâmide normativa, alcançado a nomenclatura de *lex legum*. São realmente e qualitativamente o alicerce do sistema, o fundamento da legitimidade constitucional.

Se a importância dos princípios no universo jurídico já se fazia presente, a figura dos princípios constitucionais revela ainda maior interesse, pois representam não apenas emanções dotadas de normatividade, mas verdadeira normatividade preponderante ou estruturante, daí a necessidade do intérprete conhecê-los de maneira profunda, pois sua observância e respeito é condição para a plenitude da pessoa humana. As linhas seguintes buscam, nessa esteira, desvendar as características dos princípios constitucionais.

3.5.1 Características dos princípios constitucionais

Os princípios constitucionais, dada sua força normativa, reclamam cabal conhecimento de suas características, pois conhecê-las é pressuposto para sua observância e, por consequência, a preservação dos alicerces sociais.

Quais são, porém, tais características?

Rocha apud Araujo (2000, p. 91-92) aponta, com clareza e concisão, referidas características com as seguintes notas:

A primeira característica apontada é a generalidade. Significa que os princípios constitucionais não pontuam com especificidade e minudência hipóteses concretas de regulações jurídicas. Eles são gerais para serem geradores de outros princípios e de outras regras, possibilitando a criação e a inovação constante da sociedade estatal.

A generalidade permite que a Constituição cumpra seu grande papel: ser a Lei Maior e fundamental do Estado. Assim, a sociedade não permanecerá amarrada a modelos inflexíveis e definitivos. Frise-se, entretanto, que a generalidade não traz em si a ideia de imprecisão.

Em segundo lugar, são os princípios constitucionais primários, pois deles decorrem outros princípios. A primariedade desses princípios contém várias facetas:

a) a primariedade histórica, a aceitação primeira dos valores que se encerrarão em conteúdos a compor esses objetivos;

b) a primariedade jurídica, anterior aos princípios constitucionais. Os fundamentos do direito positivo estão no sistema constitucional. Os princípios constitucionais passam a ser o ponto de partida para a construção de toda a ordem jurídica.

Os princípios constitucionais são primários ainda no sentido lógico, uma vez que o complexo de estruturas, instituições e regulações formadoras do sistema constitucional informa-se e embasa-se neles.

[...]

A terceira característica dos princípios constitucionais anunciada pela autora é a dimensão axiológica. Tal característica é decorrente do conteúdo ético de que se dotam. Isso não quer dizer que sejam axiomas jurídicos ou verdades absolutas. Eles têm natureza própria de criação histórica do direito.

A quarta característica é a objetividade dos princípios constitucionais, o que significa que eles não têm conteúdo subjetivo ou aleatório, mas substância jurídica própria, cuja tarefa de explicar pertence ao aplicador da norma. Tal objetividade impede que o aplicador do princípio faça livre opção de sentido ao interpretá-lo.

A aludida autora, ainda citada por Araújo (2000, p. 92) aponta as derradeiras características ou peculiaridades dos princípios constitucionais:

[...] poliformia, que possibilita a multiplicidade de sentidos dos princípios, ressalvando-se que tal multiplicidade conceitual não pode ser simultânea. Os princípios devem ter um só significado institucional e formalmente válido e vigente em certo momento histórico. É necessário ainda que se leve em conta a vinculabilidade e a aderência, outras características concernentes aos princípios constitucionais. A vinculabilidade, vigor jurídico de que se revestem os princípios, determina que todas as normas do ordenamento jurídico se liguem ao quanto princípio logicamente definido.

A aderência enfatiza a vinculabilidade, pois impossibilita que qualquer regulamentação jurídica ou comportamento institucional torne-se exceção entre as diretrizes dos princípios traçados.

Cita ainda a informatividade dos princípios. Eles são fontes de todas as ordenações jurídicas, norteando todo o sistema jurídico de um Estado. Em síntese, os princípios constitucionais caracterizam-se pela complementariedade. Todos os princípios devem ser conjugados, formando um todo coordenado, de modo que o entendimento perfeito de cada um deles dependa da inteligência extraída do seu conjunto.

Por último, como característica contemporânea do direito constitucional, deve ser lembrada a normatividade jurídica dos princípios constitucionais. Eles são leis, têm eficácia jurídica.

O conhecimento das características dos princípios constitucionais revela-se de significativa importância para o intérprete, notadamente para que conheça sua extensão, seu alcance, bem como o interesse que tal princípio é capaz de tutelar. Em outras palavras,

conhecer as características dos princípios constitucionais é pressuposto para sua interpretação, pois a norma que não tem suas características conhecidas não é corretamente interpretada, acabando por não cumprir suas funções organizadora e pacificadora.

O presente trabalho, como já anunciado, tem por objetivo lançar luzes no que diz respeito à tutela constitucional da família. Ora, a tutela constitucional da família dá-se, acima de tudo, através da efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e outros princípios dele decorrentes.

A exegese, hermenêutica ou interpretação dos princípios constitucionais revela-se, portanto, condição *sine qua non* para que se opere a aludida tutela. Por tais motivos mister promover algumas ponderações acerca da interpretação dos princípios constitucionais.

3.5.2 Interpretação ou hermenêutica dos princípios constitucionais

Nader (2004, p. 255) aponta que a

[...] palavra hermenêutica provém do grego, *Hermeneúein*, interpretar, e deriva de Hermes, deus da mitologia grega, filho de Zeus e de Maia, considerado o intérprete da vontade divina. Habitando a Terra, era um deus próximo à Humanidade, o melhor amigo dos homens.

De fato a interpretação da norma, em razão da sua generalidade (alcançando todos os homens) é tarefa que não interessa apenas ao jurista. O conhecimento e interpretação é pressuposto para a própria validade social da norma e, por consequência, para o cumprimento do fim social do direito, alcançando-se ordenação e pacificação.

Conforme Paupério apud Secco (1995, p. 214): “[...] o objeto por excelência da interpretação é revelar o *espírito da lei*, a chamada *mens legis*”.

Interpretar a norma jurídica é alcançar seu conteúdo, sua extensão, desvendar suas eventuais obscuridades, permitindo sua correta aplicação. Interpretar a norma é fomentar a necessária distribuição da justiça, retirando o comando legal da abstração e fazendo-o pulsar no seio da relação jurídica. Interpretar a norma é permitir que, efetivamente, na aplicação da lei se atenda os fins sociais a que ela se dirige e exigências do bem comum.

De fato, esse o comando inserto no artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Não é diferente com os princípios constitucionais, os quais reclamam correta interpretação, eis que encerram a proteção de valores e bens indispensáveis à plena realização da pessoa humana.

Barroso (1996, p. 93), quanto à interpretação da Constituição, faz o seguinte destaque: “A interpretação é atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto”.

Não se olvida que o tema interpretação dos princípios constitucionais diz respeito ao gênero interpretação da Constituição, razão pela qual necessário indagar, em primeiro lugar, qual a natureza da Constituição. Nessa linha desponha o entendimento de Araújo (2000, p. 93) quanto aponta:

A Constituição apresenta íntima ligação com a política, já que contém o traçado geral do Estado e dos direitos fundamentais dos indivíduos que se vinculam a ele. Portanto, há de ser considerado na realização da interpretação todo o contexto sócio-econômico-político da sociedade estatal da época.

Interessante notar que, na interpretação dos princípios constitucionais, o contexto social ganha especial importância, até mesmo podendo preferir à literalidade do texto. Isso leva-nos a crer que a interpretação dos princípios constitucionais não pode estar divorciada da evolução que experimenta a sociedade, o que, de certo modo, representa um processo informal de alteração ou adaptação do texto constitucional.

Rocha apud Araújo (2000, p 94-95) aponta parâmetros ou princípios para que ocorra de forma consentânea tal interpretação, os quais, pela importância, serão aqui reproduzidos:

- a)** princípio da supremacia, segundo o qual os princípios constitucionais, por constituírem a essência do modelo constitucional adotado, estão em posição superior em relação às demais determinações normativas inseridas no sistema, incluídas as de nível constitucional;
- b)** princípio da finalidade, que estabelece que os fins da norma conduzem à interpretação jurídica. Logo, cabe ao intérprete guiar-se sempre pela finalidade pretendida pela norma; desse princípio decorre o terceiro,
- c)** princípio da resultante social, que se traduz como a necessidade de alcançar a concretização da justiça material, finalidade última da norma;
- d)** princípio da proporcionalidade, que pode ser enfocado sob dois aspectos: primeiro, analisa-se a proporcionalidade dos valores protegidos pelos princípios constitucionais, quando é esclarecida a sua aplicação; segundo, é enfatizado o aspecto do quanto contido no princípio e a sua aplicação, vedando-se qualquer excesso na prática do princípio. Para sua adoção, deve

ser considerada a existência de hierarquia entre os princípios constitucionais e a sua complementariedade e condicionante recíproca.

Se a família está ao abrigo da tutela constitucional, como se defende no presente trabalho, e se tal proteção é alcançada notadamente através de princípios constitucionais, o conhecimento e a interpretação de referidos princípios revelam-se a garantia de que tal proteção será efetiva, ressaltando que o intérprete dispõe de ferramentas para alcançar tal objetivo.

Porém, a compreensão e até mesmo a interpretação de referidos princípios constitucionais, requer a análise da extensão e força do princípio da dignidade da pessoa humana, eis que dele decorrem os demais princípios de índole constitucional e aplicáveis à tutela da família. O tópico seguinte pretende investigar o princípio da dignidade da pessoa humana e como sua força proporciona tutela à entidade familiar.

3.6 Princípios constitucionais relativos ao direito de família

No terreno dos princípios constitucionais relativos ao direito de família torna-se necessário separar, de um lado, os princípios constitucionais e, de outro, os princípios infraconstitucionais, considerando certos mandamentos de otimização com envergadura constitucional, ou seja, superior a outras normas jurídicas.

Os princípios de natureza infraconstitucional apresentam-se pusilânimes, ou seja, com maior fragilidade, podendo ser desconsiderados ou até mesmo extintos com base em mudanças operadas com maior facilidade, como no exemplo da edição de uma lei revogadora de norma principiológica já existente.

Como exemplo, podemos citar o princípio da imutabilidade do nome, de natureza infraconstitucional previsto no artigo 58 da Lei 6.015/73 e que, com o advento da Lei 9.708/88 foi parcialmente desconsiderado, eis que, com a nova redação do caput, é possível a mudança do nome civil da pessoa natural mediante procedimento e autorização judicial, desde que observados os requisitos exigidos na aludida norma. O mesmo aconteceu com o regime de bens do casamento, antes imutável na forma do artigo 230 do Código Civil de 1916 e agora, por força do artigo 1.639, §2º do Código de Civil de 2002, admite-se sua modificação na vigência da sociedade conjugal, exigido, da mesma forma, pedido motivo de ambos os cônjuges e autorização judicial, sempre respeitado o interesse de terceiros.

Por óbvio que os princípios fundamentais de Direito de Família encontram-se enunciados ou são deduzidos das normas constitucionais, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988. Assim, o direito de estabelecer uma família decorre, ainda que implicitamente, do sistema constitucional, não se existindo casamento, eis que contemplado o princípio do pluralismo familiar.

A família, como lugar de plena realização do indivíduo e garantidora do alcance de sua dignidade, dotada de estabilidade, afetividade e responsabilidade social merece tutela constitucional ainda que constituída à margem do casamento. Em tal exegese tem-se, nitidamente, a influência de princípios constitucionais.

Destarte, a modelação, a organização e a direção da família se balizam no princípio da igualdade material de direitos e deveres dos cônjuges e companheiros, operando-se a substituição do modelo patriarcal de família por outro, centrado na coordenação entre os consortes e conviventes. Consequência desse princípio é a necessária interferência jurisdicional nos assuntos de maior relevo que não encontram solução entre o casal. Lembre-se que na vigência do Código Civil de 1916 o marido era considerado o chefe da sociedade conjugal, sobrepondo-se à mulher.

Por vezes poderá o pesquisador ou intérprete deparar-se com questões que revelem conflitos entre princípios, despertando dúvidas se há princípio de maior amplitude ou força que outro. Como exemplo dessa possibilidade, podemos citar o interesse daquele que procura o reconhecimento de sua origem biológica na ação de investigação de paternidade e o daquele que tenta se furtar à prova pericial do DNA. Tem-se nítida colisão de direitos fundamentais. Nesse caso, parece que a questão foi resolvida pelo legislador ordinário ao dispor no artigo 232 do Código Civil que “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.” Tal disposição é ainda reforçada pela Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça ao dispor que “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame do de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.”

Para Dias (2007, p. 56) o mecanismo de solução de tais impasses é aplicar-se a técnica da ponderação, aplicando-se o princípio da proporcionalidade no sentido de preservar, tanto quanto possível, as garantias episodicamente antagônicas, sem negar a eficácia de qualquer um dos princípios envolvidos, atribuindo-lhes o peso relativo a cada um para a solução do caso concreto.

No presente item do trabalho serão abordados os princípios constitucionais atinentes ao direito de família, lembrando que tais princípios podem vir expressos no texto legal ou ainda revelarem-se implícitos, sendo estes oriundos da interpretação realizada com base no

sistema constitucional em questão ou se originam da interpretação harmonizada da normas constitucionais específicas.

Tem-se dito que o direito de família é o mais humano dos ramos do direito, daí ser de todo razoável se pensar nas relações familiares contemporâneas sob o ponto de vista dos direitos fundamentais da pessoa humana, conduzindo os integrantes da família à plena cidadania.

3.6.1 Generalidades

Em linhas anteriores pudemos tratar da questão dos princípios, abordando seu conceito, características e normatividade. Também receberam foco os princípios constitucionais, apresentando-os como fundamento de todo um arcabouço jurídico, anotando-se o papel que desempenham na estrutura do Estado Democrático de Direito e na família.

A influência e importância dos princípios é evidenciada quando se procura garantir tutela e preservação da família, recebendo especial atenção o princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana procura-se ressaltar sua força motriz, ou seja, sua capacidade para gerar a ocorrência de outros princípios, também importantes para a manutenção da família em seu posto de base da sociedade. Preocupamo-nos agora, justamente, em revelar tais princípios, investigando o campo de atuação de cada qual e o potencial estruturante de cada um. À evidência quer se demonstrar que referidos princípios não são compartimentos estanques; ao contrário, compõem um sistema de intrincadas relações, formando uma rede de proteção à família.

Comunicam-se e interagem referidos princípios, co-existindo em perfeita harmonia, visando, em última análise, que os membros integrantes da família tenham, efetivamente, uma comunhão plena de vida.

3.6.2 Dignidade da pessoa humana e a tutela da família

Dignidade, etimologicamente, do latim *dignusdictor*, quer significar digno de menção. Para Nunes (1994, p. 329), *dignidade* é: “**1** – Título de alta graduação; cargo elevado ou honorífico. **2** – Nobreza, elevação nos sentimentos, nos costumes; autoridade, qualidade moral; decoro”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, proclama que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Não há, na verdade, consenso acerca da definição da temática, a não ser o entendimento de que a dignidade revela a própria condição humana, apresentando-se no gênero humano sem fronteiras.

Sarlet (2004, 59-60) pondera que:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade parece ser voz uníssonas, revela-se qualidade de cada ser humano, não sendo necessário exercer pretensão no sentido de obtê-la. Todo e cada um, em razão da própria condição humana, já a possui. É, portanto, a dignidade inata, além de guardar as características da irrenunciabilidade e inalienabilidade.

Moraes (2002, p. 128-9) aponta que:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Muito embora seja a dignidade um valor inerente ao ser humano, desponta a premente necessidade de promover sua proteção, eis que não pode ser retirada do homem, fato que, na dinâmica da sociedade, revela-se possível.

É, ainda, Sarlet (2004, p. 47) quem destaca:

[...] poder-se-á afirmar que, na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que

não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo ou imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta pelo Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade).

Nota-se ainda que a tutela da dignidade apresenta-se em relação à pessoa concreta e individualmente considerada e não quanto à sua mera abstração. Todavia, é evidente que o homem não pode desprezar a dignidade do outro, razão pela qual a dignidade deve também ser compreendida em sua dimensão intersubjetiva. É o que afirma Jacintho (2006, p. 39) ao destacar que:

Inobstante seu atributo individual, não há como negar à dignidade da pessoa também uma natureza comunitariamente elaborado. Desse modo, ao tempo em que é individual, peculiar a cada um de nós, pode-se falar também em dignidade humana conjunta, social, justamente em razão de sermos todos iguais em dignidade e direitos, o que fatalmente nos obriga a exercer o direito à dignidade de forma inter-relacional, respeitando-nos na medida em que a igualdade torna-nos todos titulares de um mesmo direito. Não foi outro o entendimento preconizado pela Declaração de Direitos Universal de 1948.

É a dignidade, nas palavras de Silva (1991, p. 93) “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”

Ferreira Filho (1988, p. 19) destaca, ao cuidar da importância da dignidade e a proibição de seu desprezo, que: “[...] o reconhecimento de que, para o direito constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo”.

Barroso (1996, p 298), por seu turno, tece críticas à presença do princípio da dignidade da pessoa humana no corpo da Constituição, afirmando que referido princípio não possui valor jurídico. Eis sua assertiva:

Dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana. O princípio, no entanto, não se presta à tutela de nenhuma dessas situações. Por ter significativo valor ético, mas não se prestar à apreensão jurídica, a dignidade da pessoa humana

merece referência no preâmbulo, não no corpo da Constituição, onde desempenha papel decorativo, quando não mistificador.

Em sentido oposto ao do eminente constitucionalista, destaca Lôbo (2009, p. 34) que:

Um dos maiores avanços no direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava. A eficácia meramente simbólica frustrava as forças sociais que pugnavam por sua inserção constitucional e contemplava a resistente concepção do individualismo e do liberalismo jurídicos, que repugnavam a intervenção dos poderes públicos nas relações privadas – especialmente as de natureza econômica – inclusive do Poder Judiciário. Sem a mediação concretizadora do Poder Judiciário, os princípios não se realizam nem adquirem a plenitude de sua força normativa.

Silva (1991, p. 93), lembrando o ensinamento dos constitucionalistas portugueses, anota:

Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a no caos de direitos sociais, ou invocá-los para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a, quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

No sistema constitucional brasileiro, a dignidade da pessoa humana, revela-se como princípio fundamental e se constitui numa das bases da República Federativa do Brasil, conforme se nota do disposto no art. 1º, III, da Lei Maior. É, pois, fundamento do Estado brasileiro, dando-lhe seus contornos, interferindo sobremodo na conduta do administrador, do legislador e do próprio julgador. É princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, oxigenando-o a cada momento.

Bello Filho (2007, p. 00), em artigo publicado na Revista *Magister*, destacou que:

Ogirinariamente a dignidade da pessoa humana é um valor moral que ao ser positivado transforma-se em norma de direito positivo. Ao ser incorporado à ordem positiva, deixa de se tratar de uma declaração ética ou moral,

passando a configurar-se em norma jurídica que gera efeitos com quaisquer outras normas do ordenamento jurídico-constitucional. A sua positividade transforma o seu conteúdo fazendo-o estender-se do campo da moral para o terreno do direito.

A opção do constituinte de alçar a dignidade da pessoa humana à condição de princípio fundamental traduz-se dentre outras formas na busca de uma linha média entre o liberalismo extremado e um coletivismo que minudencia a liberdade.

Esta linha média buscada pelo constituinte significa a criação de uma esfera individual que não se supera pelo coletivismo atentatório, mas também significa a fixação de patamares ditados pelo conteúdo do princípio que não podem ser negados, e nem submetidos ao individualismo. Neste sentido, entronizar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental significa uma tentativa de construir um elo entre o individualismo e o coletivismo, e um ponto de equilíbrio entre os direitos e a democracia.

Muito embora a dignidade possa ser tomada como algo intrínseco à noção de humanidade e, portanto, não dependente de uma qualquer positivação jurídica, é forçoso reconhecer que a positivação constitucional, na qualidade de princípio, tem a função de salvaguardar uma característica imanente a todo ser humano, transformando em mandado jurídico-positivo a determinação de proteção desse valor. Em um sistema de direito positivo é exatamente esta positivação que dota a dignidade da pessoa humana de normatividade, podendo então se estabelecer como norma válida, vigente e eficaz.

Não paira dúvida, malgrado entendimentos em sentido contrário, ser a dignidade da pessoa humana verdadeira norma e fundamento do Estado brasileiro, pressuposto inarredável para a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, onde existam relações de coordenação entre os indivíduos e com o próprio Estado.

A família, dentro desse esquema social, permite aos indivíduos sua constante humanização, tornando-se lugar de excelência para o surgimento e fortalecimento das percepções afetivas e emocionais, bem como local para o cultivo de valores e princípios essenciais à continuidade da espécie.

É na família que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra campo fértil para sua aplicação e preservação, eis que se trata da comunidade (porém, não somente) onde o indivíduo deve ter assegurados os meios para alcançar seu pleno desenvolvimento. Todas as disposições atinentes à família devem ser compreendidas à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, o que permite afirmar que o Direito de Família tem sua estrutura de base em referido princípio.

Basta lembrar, por exemplo, que a Constituição Federal dispõe no artigo 226, § 7º, a influência do princípio da dignidade da pessoa humana no planejamento familiar. No artigo 227 estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao

lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. O artigo 230 da Lei Maior ainda traz a tutela do idoso, assegurando sua participação na comunidade e fomentando a tutela de sua dignidade e bem estar.

Madaleno, apontando a lição de Silva (2008, p. 20-21) destaca que:

Calha nesse interregno a pontual exposição firmado por Eduardo Silva quando diz ser a família composta por pessoas, e todas elas merecem a atenção da ordem jurídica. O Direito de Família tem a sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade da pessoa humana e deste modo promove a sua ligação com todas as outras normas ainda em vigorosa conexão com o direito familista, pois configurando um único sistema e um único propósito, que está em assegurar a comunhão plena de vida e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar.

Por força do princípio da dignidade da pessoa humana e sua total aplicação na família não há mais espaço para a ascendência patriarcal, onde a cidadania plena recaia na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram defesos aos demais integrantes, cuja dignidade era diminuída. Não há mais como manter intocável e impenetrável o espaço da família, que deve sim sofrer a intervenção estatal quando necessária ao estabelecimento do equilíbrio entre seus integrantes, eis que não se admite mais o abuso dos fracos. Não há mais como tolerar a perda de identidade dos integrantes da família, cada qual merecendo atenção especial ante sua peculiar condição (criança, adolescente, mulher ou idoso).

A família, como comunidade base da sociedade e destinatária do princípio da dignidade, deve converter-se em local onde reinam a felicidade, a compreensão e o amor, permitindo-se a co-existência dos valores coletivos e dos valores individuais de seus integrantes, num constante e salutar equilíbrio.

Mas como, de fato, tornar a família esse ninho aconchegante, esse porto seguro, onde se tornam possíveis a felicidade pessoal e conjunta, a compreensão de diferenças e a renovação do amor ante as adversidades? Como preservar os valores individuais e coletivos de seus integrantes? Como garantir o desenvolvimento pleno de seus membros?

O ponto de partida, como se pretendeu demonstrar até aqui, é a destinação do princípio da dignidade da pessoa humana à família. Mas tal princípio, isoladamente, não se revela suficiente para, efetivamente, levar à família a necessária tutela. Dele decorrem outros princípios, os quais permitem formar a rede de proteção que a família deve ter no Estado Democrático de Direito e que lhe permite, de fato, tornar-se a base da sociedade e local de pleno desenvolvimento da pessoa humana. Mas quais são tais princípios? Como atuam na

esfera da família e no Direito de Família? As linhas vindouras têm por escopo cuidar de tais questões.

3.6.3 Solidariedade familiar

Talvez a solidariedade, na história recente da humanidade, tenha sua gênese no Cristianismo, quando o Messias determinou amai-vos uns aos outros, numa demonstração de que a solidariedade seria o caminho para a construção de uma sociedade com menos desigualdade, opressão e abusos.

Lôbo (2009, p. 40) aponta que:

O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade. Na evolução dos direitos humanos, aos direitos individuais vieram concorrer os direitos sociais, nos quais se enquadra o direito de família, e os direitos econômicos. No mundo antigo, o indivíduo era concebido apenas como parte do todo social; daí ser impensável a ideia de direito subjetivo. No mundo moderno liberal, o indivíduo era o centro da emanção e destinação do direito; daí ter o direito subjetivo assumido a centralidade jurídica. No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento formador dos direitos subjetivos.

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948) expõe, de forma clara e na tentativa de fomentar um projeto de modernidade, o princípio da solidariedade, ainda que utilize a expressa fraternidade.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (EUROPA, 2013), logo em seu preâmbulo, traz a comanda da solidariedade, nos seguintes termos:

Consciente do seu patrimônio espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação.

Solidariedade para alguns, fraternidade para outros, tem-se que o mandamento fomenta a oferta de ajuda e leva à consciência de uma verdadeira interdependência social, sendo previsto expressamente em nossa Constituição Federal em seu artigo 3º, I, que assim

dispõe: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]”.

Se urge a necessidade de construirmos uma sociedade cada vez mais solidária, é na família que tal intento pode ser concretizado, pondo-o em destaque nas relações disciplinadas pelo Direito de Família.

Lôbo (2009, p. 1) destaca alguns pontos do Código Civil que sofrem forte influência do princípio da solidariedade familiar:

No Código Civil, podemos destacar algumas normas fortemente perpassadas pelo princípio da solidariedade familiar: o art. 1.513 do Código Civil tutela ‘a comunhão de vida instituída pela família’, somente possível na cooperação entre seus membros; a adoção (art. 1.618) brota não do dever, mas do sentimento de solidariedade; o poder familiar (art. 1.630) é menos poder dos pais e mais múnus ou serviço que deve ser exercido no interesse dos filhos; a colaboração dos cônjuges na direção da família (art. 1.567) e a mútua assistência moral e material entre eles (1.566) e entre companheiros (art. 1.724) são deveres hauridos da solidariedade; os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos, para o sustento da família (art. 1.568); o regime matrimonial de bens legal e o regime legal de bens da união estável é o da comunhão dos adquiridos após o início da união (comunhão parcial), sem necessidade de se provar a participação do outro cônjuge ou companheiro na aquisição (arts. 1.640 e 1.725); o dever de prestar alimentos (art. 1.694) a parentes, cônjuge ou companheiro, que pode transmitido aos herdeiros nos limites dos bens que receberem (art. 1.700), e que protege até mesmo o culpado (§ 2º do art. 1.694 e art. 1.704), além de ser irrenunciável (art. 1.707) decorre da imposição da solidariedade entre pessoas ligadas pelo vínculo familiar.

A solidariedade familiar estabelece a recíproca prestação de cuidados, atenção, colaboração e apoio, material e moral, em todos os momentos da família, sejam nas agruras que a vida impõe (enfermidade, senilidade, ruína), ou nos momentos de regozijo vivenciados no dia-a-dia.

3.6.4 Igualdade

Desde tempos imemoriais os homens viviam em grupo e já tinham consciência que havia igualdade entre eles, eis que se revelavam diferentes dos outros animais. Viviam, comiam, caçavam, cuidavam da prole, falavam, pensavam, choravam, riam e se relacionavam de forma diferente dos demais grupos de animais. Contudo, entre os homens já eram identificadas diferenças.

Partindo de qualquer referência tem-se que os seres humanos não são iguais entre si, sejam tais referências físicas, sociais ou intelectuais. Temos pobres, ricos, cultos e ignorantes. Contudo, ainda que com todas essas características próprias, todos são seres humanos. Convivem-se, portanto, desigualdades e igualdades.

É exatamente essa igualdade entre os seres humanos que se pretende analisar, ou seja, a igualdade por se tratar de um ser humano. Tratar os homens com igualdade é alocá-los no mesmo patamar, tratando-os como seres humanos.

Quando se atribui um mesmo valor para todos os seres humanos, sem se preocupar com suas características particulares (não raras vezes de somenos importância), identifica-se o respeito pelas suas necessidades mais fundamentais, permitindo-lhe alcançar a felicidade, convergindo para a verdadeira construção de sociedade democrática.

Mas nossa democracia é ainda jovem, razão pela qual as linhas abaixo procuram analisar os degraus percorridos para a conquista do princípio da igualdade.

Inaugurada a República em 1889, onde ocorreu a implantação do estado laico, adveio nova ordem constitucional em 1891, eclodindo novo Código Civil somente em 1916, conhecido como Código de Beviláqua. Tal diploma, não se pode negar, trouxe, em muitos pontos, avanços para a época, mormente quanto à disciplina de questões patrimoniais.

Contudo, manteve-se preso ao passado ao cuidar de temas ligados ao Direito de Família, mantendo o homem na posição de chefe da sociedade conjugal, impondo à mulher submissão e recato, prestigiando somente a família resultante do casamento e instituindo tratamento desigual às diferentes espécies de filiação.

Certamente a Carta Política de 1988, firmando de forma profunda o princípio da igualdade, promoveu talvez a mais significativa das transformações experimentadas pelo Direito de Família. Igualou homem e mulher, no casamento ou fora dele; equiparou os filhos, independentemente da origem da filiação; admitiu ter a família mais que uma origem, que não somente o casamento.

Mas é preciso ter cautela ao dimensionar referido princípio, pois, sob o manto da igualdade, não se pode pretender olvidar que a diferença é peculiar às pessoas.

Mello (2001, p. 10), ao cuidar do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, anota que:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da

isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

Lançando luzes na abordagem do princípio da igualdade nas relações de família, Lôbo (2009), assim destaca:

A igualdade e seus consectários não podem apagar ou desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre as pessoas e entidades. Homem e mulher são diferentes; pais e filhos são diferentes; criança e adulto ou idoso são diferentes; família matrimonial, a união estável, a família monoparental e as demais entidades familiares são diferentes. Todavia, as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família. Não há qualquer fundamentação jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para sua hierarquização, mas são todas diferentes, não se podendo impor um modelo preferencial sobre as demais, nem exigir da união estável as mesmas características do casamento, dada a natureza de livre constituição da primeira. ‘Uma ordem democrática (incluindo a democratização da vida pessoal) não implica um processo genérico de ‘nivelar por baixo’, mas em vez disso promove a elaboração da individualidade.

Bittar apud Madaleno (2008, p. 21):

[...] diz ser consequência inicial da isonomia conjugal a eliminação de todas as normas de tratamento diferenciado entre o marido e a mulher; assim como cederam lugar com a Carta da República instituições de odiosa tradição sociojurídica, como a chefia masculina da família; a corriqueira administração pelo homem dos bens conjugais e a sua exclusiva representação familiar. Em contrapartida, a mulher assume novas responsabilidades, precisando dividir com o marido ônus que só a ele estavam relacionados, como o de participar das decisões familiares e de contribuir financeiramente para a manutenção da família quando ela exerce uma atividade remunerada.

De qualquer modo a igualdade, necessária à oxigenação do próprio Estado Democrático de Direito e à dignidade da pessoa humana, tem suas consequências, revelando-se uma via de mão dupla àqueles que estão em igual posição jurídica (no caso, os cônjuges ou conviventes), pois a igualdade não é somente de direitos, mas também de deveres.

É claro que sexo ou gênero, idade, estado ou classe social são fontes geradoras de desigualdades de fato. Cada ser humano é único, com suas qualidades, seus defeitos e

trejeitos. A igualdade que se pretende, no âmago da família, é aquela que viabiliza ao indivíduo, respeitadas todas as diferenças possíveis, projetar e executar seu plano de felicidade.

3.6.5 Afetividade

A previsão do afeto, como princípio ou valor jurídico, revela-se fundamental para admitirmos a complexidade inerente ao ser humano. O afeto é a expressão genérica de sentimentos como amor, desamor, conhecimento e reconhecimento, sentimentos tão comuns ao homem.

Lôbo (2009, p. 48) assim esclarece sobre o afeto no âmbito do Direito de Família:

A afetividade, com princípio jurídico, não se confunde como afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar. Na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une as pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor, ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição). Na psicopatologia, por exemplo, a afetividade é o estado global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos, compreendendo o 'estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar sentimentos e emoções'. Evidentemente essa compreensão abrangente do fenômeno é inapreensível pelo direito, que opera selecionando os fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica. Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros, o dever de assistência, que é desdobramento do princípio jurídico da afetividade (e do princípio fundamental da solidariedade que perpassa ambos), pode projetar seus efeitos para além da convivência, como a prestação de alimentos e o dever de segredo sobre a intimidade e a vida privada.

Não paira dúvida que o afeto (ou afetividade) é o amálgama das relações familiares, permitindo que seus membros, ainda que sofrendo as crises geradas por toda relação

intersubjetiva, mantenham-se em comunhão e voltados uns para as necessidades dos outros, numa verdadeira integração, permitindo o desenvolvimento do indivíduo e do grupo.

Não se olvida que se trata princípio causador de debates acalorados, pois muitos indagam se é possível impor a obrigação de amar. Deve o pai amar seu filho ou o filho nutrir afeto pelo pai? Um cônjuge ou companheiro deve devotar seu afeto ao outro?

O princípio da afetividade possui, inquestionavelmente, justificativa e amparo na ordem jurídica. Se o amor ou afeto é o amálgama da família e esta revela-se base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado, é corolário natural que seu desdém (seja no exercício do poder familiar, seja no exercício da condição de filho, cônjuge ou companheiro) acarreta prejuízos e danos de considerável envergadura à estrutura social. Em razão disso, não pode o direito, como mecanismo de promoção de paz e harmonia, permanecer omissos.

Contudo, conceber o afeto ou afetividade como princípio disciplinador da família, dotado de normatividade é, como se pode ver, postura que requer cautela, pois como impor, pela força, um sentimento?

Trata-se de princípio a ser interpretado em conjunto com outros, notadamente o da solidariedade e o princípio maior da dignidade da pessoa humana, esperando, com sua aplicação, que as relações entre os integrantes da família sejam marcadas pela coordenação, que cada indivíduo busque suprir as necessidades do outro, numa constante cumplicidade que deve inspirar toda a dinâmica das relações familiares.

A afetividade nas relações de família é alimentada pelo constante fortalecimento dos laços entre seus membros; pela renovação diária do compromisso entre seus integrantes de aceitarem suas diferenças e respeitar sua individualidade. A afetividade passa, pois, pela tolerância sempre obrigatória nas relações sociais e se revela como mecanismo para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

O Direito de Família contemporâneo, influenciado pela Carta Política de 1988, traz exemplos onde a afetividade se faz presente, como na igualdade entre os filhos (art. 1.596 do Código Civil), na paternidade e maternidade socioafetiva, na comunhão plena de vida estabelecida pelo casamento (art. 1.511 do Código Civil), extensível à união estável em razão do princípio da igualdade, na responsabilização do infrator pelo abandono afetivo, seja em relação ao filho, pai, mãe, cônjuge ou companheiro, na possibilidade de inseminação artificial heteróloga (art. 1.597, V, do Código Civil) e ainda na responsabilidade civil do cônjuge ou companheiro que viola o dever de fidelidade ou lealdade, praticando o adultério.

Nesse aspecto – dever de fidelidade – temos exemplo de como a afetividade é

princípio orientador do direito de família, decorrente do casamento, pois razoável afirmar que este não permite apenas a eclosão da família, mas trata-se de um veículo através do qual as pessoas procuram alcançar felicidade, sendo esta – *a felicidade* – a expressão máxima da dignidade da pessoa humana, erigida a princípio e fundamento orientador do Estado Democrático de Direito, conforme anuncia o artigo 1º, III da Constituição Federal.

Partilha desse entendimento Campos (1997, p. 271) que também propugna ser a entidade familiar instituição destinada a ser instrumento de felicidade das pessoas envolvidas, razão pela qual o cônjuge adúltero, por quebrar não somente o dever de fidelidade, mas também o dever de afetividade, pode responder civilmente pelo ilícito praticado. No dizer de Monteiro (1992, p. 203), “um marido infiel faz à esposa a injúria mais atroz e aos filhos causa dano irreparável.”

Ainda que se trate de princípio, dotado de carga normativa, o afeto ou afetividade é, por seu próprio conteúdo, difícil de ser identificado pelo intérprete como princípio autônomo e talvez porque seja o princípio que mais abstração apresente, aproximando-se de forma inarredável da moral, mas não ficando adstrito ao seu âmbito. É, como se disse, princípio jurídico aplicado do Direito de Família.

Correto afirmar que o princípio da afetividade, entendido como o mandamento axiológico fundado no sentimento de ternura, não possui previsão expressa específica na legislação. Sua ilação é feita de diversas outros princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da proteção integral. Claro que tal circunstância não o reduz, nem tampouco o torna subsidiário, pois vem sendo invocado pelos tribunais, notadamente nas questões de direito de família, como se dá, por exemplo, no reconhecimento da filiação ou paternidade socioafetiva.

Justificando a força do princípio da afetividade comparece a jurisprudência, ainda que de forma tímida, tendo o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.159.242/SP, figurando como relatoria a Ministra Nancy Andrighi, acolhido pedido de indenização com base em abandono afetivo, carreando condenação ao genitor que se descuroou do dever de amar o filho. Nesse caso em particular, acabou o STJ por reduzir o valor da indenização arbitrado pelo Tribunal, mas manteve a condenação, representando referida decisão avanço na aceitação da doutrina que reconhece o dever de amar como um dever jurídico (BRASIL, 2012a).

Talvez a melhor explicação para o afeto e da arte de criar laços esteja na obra de Saint-Exupéry, no diálogo entre o príncipezinho e a raposa, quando aquele afirma: “Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas”. Essa responsabilidade – por aquilo

que cativamos – entre nós constitui dever jurídico e, sua violação, deve trazer a inevitável sanção.

O afeto é uma das grandes forças do universo e sentimento sublime que invade o coração dos homens, constituindo verdadeiro alimento para a alma. Razoável que seja alçado à categoria de princípio norteador do Direito de Família.

Compreende-se que o afeto na família reclama ser resguardado para o próprio bem da estrutura social, autorizando, se for o caso, a intervenção do próprio Estado para assegurá-lo, devendo o legislador e o próprio julgador não achar estranho ou fora de seus contextos a atuação para sancionar a conduta ilícita daquele que incidiu no desamor.

3.6.6 Convivência familiar

A família é, sem sombra de dúvidas, o local onde se propicia a formação do homem honesto, o que é de grande valia para a sociedade. No núcleo familiar a criança tem formada sua personalidade e caráter, recebendo o indivíduo as lições que o guiarão para toda a vida.

No seio da família ocorrem as experiências que permitem ao ser humano compor sua história, preenchendo as lacunas que todo homem possui. O direito à convivência familiar é, portanto, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e condição para plena realização do indivíduo, seja na família natural, seja na família substituta.

Em nosso ordenamento o direito à convivência familiar tem sua força na Constituição Federal, quando dispõe em seu artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Evidentemente o direito à convivência familiar não se reduz ao simples direito de visitação, nem tampouco alcança somente a criança, adolescente ou jovem. É de amplitude maior, atingindo todos os integrantes da família, como tios, avós e sobrinhos, bem como não se reduz ao espaço físico da casa, até porque, na vida moderna, muitas vezes os membros da família não permanecem sob o mesmo teto, seja em razão de trabalho ou divórcio.

A família, certamente, não se reduz à comunidade formada pelos pais e filhos, conhecida como família nuclear. É mais do isso, alcançando parentes mais distantes, bem como indivíduos ligados pelo vínculo da afetividade ou do afeto.

Nesse sentido Lôbo (2009, p. 53) ressalta que:

O direito à convivência familiar não se esgota na chamada família nuclear, composta apenas pelos pais e filhos. O Poder Judiciário, em caso de conflito, deve levar em conta a abrangência da família considerada em cada comunidade, de acordo com seus valores e costumes. Na maioria das comunidades brasileiras, entende-se como natural a convivência com os avós e, em muitos locais, com os tios, todos integrando um grande ambiente familiar solidário. Consequentemente têm igualmente fundamento no princípio da convivência familiar as decisões judiciais que asseguram aos avós o direito de visita aos netos.

O ilustre autor manejou sua pena antes do advento da Lei 12.398, de 28.03.2011, a qual acrescentou parágrafo único ao artigo 1.589 do Código Civil, positivando o direito de visita aos avós. Infelizmente o legislador não o estendeu aos tios e outras pessoas que mantêm vínculo afetivo com a criança, como, por exemplo, companheiro ou companheira do genitor. A jurisprudência, nesses casos, é fonte a ser invocada para garantir o direito em tela.

A convivência familiar é o caminho para os integrantes da família conhecerem uns aos outros, suas qualidades e também seus defeitos, aceitando suas diferenças e promovendo a satisfação de suas necessidades. Conviver é, portanto, viver junto, de modo que a família efetivamente figure como o local onde o indivíduo tenha assegurada uma referência no amplo espectro social.

A questão da convivência familiar ganha maior destaque nas hipóteses de separação, divórcio ou extinção de união estável, onde, não raras vezes, o pouco amor que resta não é suficiente para manter os laços antes vivenciados, ou, o que é pior, o ódio que se instala é capaz de tolher direito tão sublime.

É preciso que os protagonistas de eventual rompimento do casamento ou união estável estejam atentos para a seguinte premissa: os pais se separam; os filhos, continuam sendo filhos. Aliás, em tais momentos, de adequação da estrutura familiar, é preciso que os pais tenham a cautela necessária para preservar o interesse dos filhos, pondo-os a salvo de discussões ou questões que em nada contribuem para sua formação. A paternidade ou maternidade responsável exige tal postura dos genitores.

A importância da convivência familiar é, em mais de um ponto, reafirmada no ordenamento jurídico, valendo lembrar que nem mesmo a insuficiência de recursos materiais

terá força para subtrair dos integrantes da família tal direito. Nesse sentido, o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder”.

Por outro lado é preciso que o intérprete esteja atento e investigue se a convivência familiar oferece benefícios ao membro da família, pois, como princípio, deve se harmonizar com outros como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a proteção ao idoso e o melhor interesse da criança.

A coexistência entre os princípios que se aplicam à família é, aliás, o mecanismo que garante sua máxima proteção.

3.6.7 Melhor interesse da criança

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1.990, considerando criança o indivíduo até os 18 anos de idade, reconhece, em seu preâmbulo, que em “todos os países do mundo existem crianças vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que essas crianças necessitam consideração especial”

A Constituição da República, em seu artigo 227, atribui à família, à sociedade e ao Estado assegurar à criança os direitos essenciais à sua existência digna, reforçando tal comando no corpo do artigo 229, dirigido especialmente aos pais (BRASIL, 1988).

No plano infraconstitucional lembramos a Lei 8.069, de 13 de julho de 1.990, conhecido Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, em seu artigo 3º, assim dispõe:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 1990).

A criança, não se pode negar, é ser em franca formação, carecendo da maturidade necessária para, por si só, alcançar a satisfação de suas necessidades e esquivar-se das contingências trazidas pela vida em sociedade. Deve estar a salvo de toda forma de abuso, discriminação, preconceito ou ameaça à sua integridade física ou moral.

Assim, surge o princípio do melhor interesse da criança, embasado no princípio maior da dignidade da pessoa humana, para permitir à criança e ao adolescente seu pleno

desenvolvimento e formação, o que, sem dúvidas, deve se dar no seio da família, seja a família natural, seja a família substituta, quando necessária guarda, tutela ou adoção.

É certo que a problemática da criança e do adolescente sempre suscitou preocupação em nossa sociedade, notadamente ante a omissão das autoridades no tocante a políticas efetivas de apoio às famílias, notadamente no que diz respeito ao seu planejamento.

Nogueira (1991, p. 5), quando veio à lume o Estatuto da Criança e do Adolescente, anotou:

Assim, a assistência ao menor, tida sempre como prioritária em muitas campanhas eleitorais, tem sido relegada a segundo plano, com a destinação de verbas insuficientes.

É verdade que a ação oficial do Estado, por si só, não resolve os problemas sociais, pois é indispensável também a participação da comunidade, com a conscientização do povo. Mas denada vale convocar a comunidade se os governantes e homens públicos insistem em se mostrar insensíveis ao problema.

Só um governo responsável pode adquirir a confiança do povo e sua participação nas metas a que se propõe, desde que dê o exemplo na contenção de suas despesas. Mas pregar sem realizar, ou solicitar a cooperação da comunidade quando sua ação se desenvolve em campos diametralmente opostos, constitui verdadeiro acinte à inteligência do povo, que já vai compreendendo melhor a atuação de nossos governantes.

A lição do saudoso professor ainda se faz atual, eis que, não raras vezes, a proteção à criança, tão necessária à construção de um Estado Democrático de Direito, é lembrada de forma acentuada em palanques políticos, caindo no esquecimento após o pleito.

É certo que a máxima proteção que se deve dar à criança e ao adolescente não é apenas dever do Estado, mas também da própria sociedade e principalmente da família, pois é nesta – a família – que a criança deve encontrar seu porto seguro, o local onde terá a satisfação de suas primeiras necessidades e anseios.

Em artigo publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil (nº 49), Cabral (2012, p. 00), aponta interessante decisão proferida pela Justiça de Minas Gerais e que bem ilustra a tutela do melhor interesse da criança:

Uma decisão inédita no Brasil trouxe essa questão à tona e em uma excelente ponderação, a Justiça acolheu a liminar do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) e impôs consequências para aqueles que quiseram devolver uma menina de 8 anos de idade. O MPMG propôs uma ação civil pública em face do casal que, antes de obter a guarda, já mantinha contato com a criança durante seis meses enquanto a mesma se encontrava no abrigo, o que gerou desde então laços afetivos. O casal protocolizou o pedido de adoção no dia 31 de janeiro de 2008, e obteve a respectiva guarda no dia 1º de fevereiro de

2008, alegando justamente já conhecerem a criança e que a mesma demonstrava muita alegria e vontade de conviver com o casal. Ocorre que, em audiência no dia 29 de setembro de 2008, o casal simplesmente quis devolver a menina, sem qualquer justificativa. Nem mesmo a criança, soube, quando perguntada por psicólogos, qual teria sido o motivo da desistência. Segundo o promotor do caso, Epaminondas Costa, a menina se mostrou perdida e confusa, inclusive em relação à sua identidade, pois o casal alterou ilegalmente o seu nome.

Ainda segundo o autor da ação, a devolução causou à criança danos psicológicos, pois criou para ela a expectativa concreta da filiação. Conforme divulgado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (2009):

‘A decisão da Justiça de Uberlândia sai no dia 1º de junho de 2009, determinando o desconto de 15% dos vencimentos líquidos do casal, efetuando-se, em seguida, o depósito em conta judicial.

Os demais pedidos do Ministério Público serão examinados ao final da ação, tendo a juíza do caso, Édila Moreira Manosso, determinado a citação do casal para tomar ciência do processo e, querendo, apresentar defesa nos autos [...].

O promotor de Justiça Epaminondas Costa requer também que os pais adotivos indenizem a criança em 100 salários mínimos, além de terem de pagar pensão até que ela complete 24 anos.’

Lôbo (2009, p. 55), lembrando Fachin, destaca:

O princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. A aplicação da lei deve sempre realizar o princípio, consagrado, segundo Luiz Edson Fachin, como ‘critério significativo na decisão e na aplicação da lei’, tutelando-se os filhos como seres prioritários.

A criança, não se pode negar, é a certeza de nossa continuidade, é a esperança de que o futuro pode ser melhor do que o presente. Merece a criança, efetivamente, a máxima proteção, garantindo-se sua plena formação e desenvolvimento, assegurando-se, como pretende a Constituição Federal, erigir uma sociedade livre, justa e solidária.

3.6.8 Diversidade familiar

Longe vai o tempo em que somente o casamento fazia surgir a entidade familiar, chamada família legítima. Valendo a Constituição de 1891 e vigente o Código Civil de 1916, fruto de uma sociedade machista, patriarcal e preconceituosa, somente o casamento tinha o condão de permitir a gênese da família e a prole legítima.

As relações *extra matrimonium* eram lançadas na vala comum da ilegitimidade, sendo comuns as expressões filhos espúrios, incestuosos e adúlteros. Àqueles que se uniam, sem socorrer-se do casamento, era taxados de amasiados, concubinos, vivenciando mancebia.

Felizmente a sociedade evolui e a família moderna, desfrutando das garantias de um Estado Democrático de Direito, não encontra apenas no casamento sua única forma de constituição, admitindo o próprio texto constitucional (art. 226, §§ 3º e 4º) a família oriunda da união estável e também a chamada família monoparental.

Não se pretende dizer que o casamento, após a inovação trazida pela Constituição de 1988, perdeu sua razão de ser ou que é instituto próximo à extinção. Os mais radicais podem até levantar tal bandeira. Mas não é essa a ideia das liberdades na família. O casamento continua e continuará, sendo instituto e instituição, podendo ser livremente invocado por aqueles que desejam optar por essa forma de constituição de família. Contudo, não pode ser a única porta de entrada para a comunidade familiar.

Vale, portanto, a plena liberdade, a autonomia para constituição e realização da entidade familiar e sem qualquer restrição imposta pelo legislador.

Não podemos esquecer que a família da atualidade também pode surgir da homoafetividade, eis que afronta o texto constitucional qualquer forma de discriminação em relação ao gênero.

Por certo que tais questões, envoltas à sexualidade do indivíduo, sempre despertaram e despertarão controvérsias e fortes debates, tendo Dias (2004, p. 32) ponderado que:

Indispensável que se reconheça que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.

Visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é imperioso reconhecer que a sexualidade é um direito de primeira geração, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade. A liberdade compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, e, como todos os direitos do primeiro grupo, é inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza.

Casamento, união estável ou monoparentalidade são capazes de permitir o surgimento da família, não se podendo admitir que uma forma prefira à outra. Todas devem, alimentadas pelo afeto, coexistir e permitir o fortalecimento daquilo que serve de base à sociedade.

3.6.9 Intervenção mínima do Estado na entidade familiar

Vivemos, por imperativo constitucional, num Estado Democrático de Direito e sob a égide da máxima valorização da dignidade da pessoa humana, princípio que, como pudemos observar, tem aplicação ampla na família.

Notamos também que o Estado tem importante papel no que diz respeito à tutela da família, até porque a família é sua base, conforme anuncia o artigo 226, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Mas, até que ponto, sob a escusa de tutelar a família, pode o Estado nela se imiscuir?

Para abordar tal questão lembramos a finalidade do Estado, citando, para tanto, a lição de Dallari (1989, p. 91):

Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.

Logo, o Estado, surgindo após a comunidade humana, não pode se sobrepor ao indivíduo, tendo sua existência justificativa para o único fim de permitir ao homem alcançar sua plena realização e desenvolvimento. O Estado tem por escopo, assim dizendo, tutelar os interesses humanos.

Nesse sentido tem-se que o Estado não pode subtrair da família as rédeas de seu comando, cabendo aos seus integrantes, respeitando a dignidade de cada qual e numa verdadeira relação de coordenação, decidir acerca de sua especial estrutura e questões de seu interesse.

Pereira apud Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 103-104) fez a seguinte observação:

O Estado abandonou a sua figura de *protetor-repressor*, para assumir postura de Estado *protetor-provedor-assistencialista*, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição à eventual lacuna deixada pela própria família como, por exemplo, no que concerne à educação dos filhos (cf. art. 227 da Constituição Federal). A intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem-se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu artigo 16:3: A

família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

O Código Civil, parecendo prestigiar o princípio em testilha, traz a seguinte redação em seu artigo 1.513: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunidade de vida instituída pela família” (BRASIL, 2002).

De fato, em mais de um momento pode-se visualizar a efetividade do princípio da interferência mínima do Estado na entidade familiar, lembrando a diversidade familiar, dando-se plena liberdade às formas de sua constituição (casamento, união estável e monoparentalidade), a possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento (art. 1.639, § 2º, CC), a previsão da separação e divórcio extrajudiciais, por meio de escritura pública, para aqueles sem prole ou com filhos capazes (Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007), bem como a possibilidade de divórcio se quem haja prévia partilha de bens (art. 1.581, CC), livre decisão acerca do planejamento familiar (art. 1.565, CC) (BRASIL, 2002).

Considerando o direito internacional, bem como o disciplina constitucional e infraconstitucional pátrias, pode-se até mesmo concluir que a família deve ter proteção do Estado e em relação ao Estado, ou seja, deve ser a destinatária dos fins do Estado, mas também deve ficar a salvo de qualquer interferência indevida, preservando a intimidade e privacidade de seus membros.

3.6.10 Proteção ao idoso

A abordagem da tutela constitucional da família não poderia deixar lado o aspecto do idoso, ainda que tal tema comporte uma análise particular ante a amplitude que apresenta.

Não se pode olvidar que o envelhecimento da população é uma realidade mundial e também nacional (o Brasil não é mais um país de jovens), a qual vem sendo discutida nas últimas décadas. Esse fenômeno trouxe várias mudanças sociais, econômicas e culturais. A demanda, em todos os setores, pelos idosos tornou-se realidade, fazendo-se necessário aprimorar o tratamento dado a essas pessoas.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) apregoa que o envelhecimento é um processo que tem início aos 55 anos, perdurando até os 65 anos, época em que se inicia a velhice propriamente dita. Assim, há que se distinguir o envelhecimento e a velhice.

Ninguém olvida o preconceito e discriminação que sofre o idoso em nossa sociedade, isso sem falar na verdadeira agressão que lhe é destinada pela Previdência Social, após uma vida de dedicação ao trabalho e desenvolvimento do país.

A família, que deveria ser local aconchegante para aquele que está no final de sua peregrinação, muitas vezes se revela instância de martírio para o idoso, alijado que fica do convívio de seus integrantes.

Quantos lares não são arquitetonicamente planejados para “ocultar” o idoso, como se fosse um peso esperando para ser descartado? Muitas vezes o que lhe resta é o quarto dos fundos.

Os cabelos brancos, que deveriam ser tidos por experiência de vida e sabedoria, são desrespeitados e o idoso acaba experimentando a indiferença e descaso daqueles que o rodeiam. É preciso ficar atento para que tais ofensas, que são agressões à dignidade da pessoa humana, não se tornem recorrentes.

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 230, *caput*, estabelece: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 1988).

Deve ser reconhecido ao idoso a titularidade e o gozo de todos os direitos fundamentais, assegurando-lhe todas as oportunidades para preservação de sua saúde física e psíquica, seu engrandecimento moral, intelectual e espiritual, tudo em condições de igualdade e liberdade, tudo à luz do princípio da dignidade. Busca-se garantir a autonomia do idoso e sua efetiva participação na vida em coletividade. Tem-se, portanto, hipótese de tutela especial, com base na proteção integral que se deve destinar ao idoso, o que se justifica em razão de sua peculiar condição, onde a vulnerabilidade é potencializada e há real possibilidade, em razão do processo natural de da velhice, de experimentar mudança em seu status de capaz para incapaz.

Com o objetivo de dar efetividade à tutela do idoso veio a Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, conhecida e reconhecida como Estatuto do Idoso, pondo sob sua proteção e abrigo as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Malgrado a Constituição Federal apregoe o princípio da isonomia, além da dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar, o idoso acaba sofrendo preconceito até mesmo do próprio legislador, bastando lembrar a regra inserta no artigo 1.641, II, do Código Civil, assim redigida: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; [...]” (BRASIL, 2002).

Tal norma, na verdade, não se justifica, pois, ainda que de forma implícita, imputa uma incapacidade indevida ao idoso, limitando sua autonomia de vontade e tolhendo sua cidadania.

Referida norma, *data venia*, resvala no vício da inconstitucionalidade e não tem lugar num Estado que deve primar pela dignidade da pessoa humana.

Madaleno (2008, p 31) faz o seguinte destaque:

E o tema não fugiu à sensibilidade dos operadores do Direito de Família, tanto que já na *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13/09/2002, sob a coordenação científica do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça foi proposta a revogação do inc. II, do artigo 1.641 do CC, com a seguinte justificativa:

‘A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1º, inc. III, CF). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar de presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair casamento pelo regime de bens que melhor consulte seus interesses.’

Observa-se que há avanços importantes nos vários temas relacionados aos idosos, mas é importante a conscientização dos direitos e prerrogativas conferidas às pessoas idosas, o que demanda a atenção do Poder Público, especialmente no que tange à implantação de políticas públicas de informação e de efetivação dos direitos assegurados no Estatuto do Idoso e no Código Civil, tudo à luz dos princípios albergados na Constituição Federal de 1988.

É preciso, outrossim, além de mudar as leis, mudar o modo de pensar, mudar as atitudes, principalmente para que a idade, que chegará para todos nós, não se torne motivo de condenação e privação daquilo que a vida traz de melhor: a felicidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família foi, é e será uma constante na história do homem, ainda que, como todo grupo humano, experimente transformações e influências do meio.

É a comunidade onde a pessoa dá seus primeiros passos, pronuncia suas primeiras palavras, recebe amor incondicional e passa ter a certeza que, ante as adversidades da vida, terá um porto seguro.

Na família integramos esperanças, valores e sentimentos para a formação e realização de nosso projeto pessoal de felicidade. Aliás, a busca da felicidade é a busca de todos nós e o direito deve contemplar mecanismos para seu alcance, o que se dá notadamente através da tutela da família. Aliás, a focalização na família aparece como um reconhecimento dos direitos dessa célula mor da sociedade, de expressiva importância no ordenamento social.

Se a dignidade da pessoa humana é pressuposto para a concretude do Estado Democrático de Direito, é também verdade que tal dignidade informa a família, no sentido de que seus integrantes devem constituir uma verdadeira comunidade informada pelo afeto, pelo amor, com respeito recíproco, inclusive respeitando-se as diferenças.

Contudo, é preciso estar atentos, eis que a família pode ser proteção e insegurança, afeto e violência, esperança e desolação, tudo dependendo das relações internas entre seus membros e a tratativa que merecer do Poder Público. Temos considerada a família como base da sociedade e merecedora de especial proteção do Estado, razão pela qual sua preservação condiciona a própria existência do Estado organizado.

O Estado, por seu turno, não pode revelar-se omissivo ou controlador (como muitas vezes se verifica) no que tange à proteção da família. É preciso que seus representantes, sejam integrantes de cargos no Executivo, Legislativo ou Judiciário, efetivamente se ocupem de zelar pelos interesses das famílias, promovendo ações governamentais, confeccionando leis e decidindo questões de seu real interesse.

É preciso também que deixemos de lado vetustos conceitos e preconceitos, para admitir que a família da atualidade não mais se amolda à formatação daquela do início do século XX, onde o homem era seu único provedor e mandatário de seus integrantes. Sexo, reprodução e casamento não são mais estruturantes da família, não servindo de paradigma para sua organização. Não é mais necessário ato sexual para a concepção e o matrimônio não é mais a única forma de constituição da entidade familiar. Aliás, as transformações operadas na sociedade e, por consequência, na família, estão ligadas a uma concepção sobre a

sexualidade, ensejando constatar, com o auxílio da psicologia, que a sexualidade se insere mais na ordem do desejo do que no aspecto da genitália. Tudo isso levou o pensamento contemporâneo a ampliar seus horizontes acerca das diversas formas de manifestação da afetividade, compreendendo, pois, as várias formas de constituir-se família.

A Constituição Federal de 1988 absorveu essa mudança e encampou uma nova ordem de valores, privilegiando sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo verdadeira revolução no campo do Direito de Família.

Hodiernamente, na ordem jurídica, a família se libertou das amarras de antigos modelos, não mais sendo legitimada pela lei ou pelo matrimônio, mas sim pelo afeto, ressurgindo como uma Fênix, apresentando-se como uma comunidade formada por indivíduos que se aceitam enquanto grupo afetivo, independentemente de vínculo consanguíneo, diversidade de sexos ou intenção de procriar.

Aliás, uma das principais características das relações em família é a sua interminável linha de evolução, até porque o homem, seja movido pelo afeto, seja pela felicidade individual ou coletiva, não se prende aos limites que lhe são impostos, seja pela norma social ou jurídica, pois esta – norma jurídica – retrata um dado momento social que pode resultar efêmero. Nesse sentido surge o papel fundamental da jurisprudência, a quem cabe tornar atual a lei ao aplicá-la no caso em concreto, operando-se verdadeira interpretação lógico-sistemática.

Ante todas essas transformações experimentadas pela família o jurista assume papel de fundamental relevância, pois é co-responsável por difundir essa nova realidade para aqueles que insistem em permanecer no passado.

Aliás, não somente o jurista, mas todos nós, pais, mães, filhos, filhas, companheiros e consortes, somos responsáveis pelos destinos da família, podendo torná-la local de conflito, desafeto e sofrimento, ou, interagindo, aceitando diferenças e superando fraquezas, podemos fazê-la oásis no deserto que a vida por vezes nos coloca.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional do transexual. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. **Código de direito civil brasileiro de 2002**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824)**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891)**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934)**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (10 de novembro de 1937)**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946)**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

_____. **Decreto Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 – Emenda Constitucional n. 1 de 17 de outubro de 1969**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 04 jan. de 2014.

_____. **Política nacional de assistência social**. MDS/PNAS, Brasília, 2004. Disponível em: <www.mds.gov.br/assistenciasocial/arquivo/Politica>. Acesso em: 05 jan. 2014.

_____. **PLS Projeto de Lei do Senado, n. 470 de 2013**. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.ASP?p_cod_mate=115242>. Acesso em: 04 jan. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão em Recurso Especial n. 1106637L/SP. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 01 de julho de 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession>. Acesso em: 04 jan. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão em Recurso Especial n. 1159242/SP. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012a. **Revista Magister Online**. Disponível em: <www.magisteronline.com.br/integras>. Acesso em: 06 jan. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão em Recurso Especial n. 1.217.415/RS. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 19 de junho de 2012b. Disponível em: <www.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?slink>. Acesso em: 04 jan. 2014.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; LANES, Mariana Lessa Siqueira. A flexibilização do princípio da irrevogabilidade da adoção mediante a ponderação de interesses. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 49. jul./ago. 2012. Disponível em: <<https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dh?f=templates&fn=main.thm&s>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 1997.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1975.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 8 v.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. **Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 5 v. 5.

_____. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. 4 v.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

EUROPA. **Carta dos direitos fundamentais da União Européia**. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/133501_pt.htm>. Acesso em: 09 mar. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais do direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

_____. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO, Paulo. **Direito civil. Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRANDA, Pontes de. **O problema fundamental do conhecimento**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

MONTEIRO, Whashington de Barros. **Direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

NADER, Paulo. **Introdução do estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atualização de Tânia da Silva Pereira. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Tendências modernas do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PERNANBUCO. **Tribunal de Justiça** (2ª Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento n. 0016593-42.2012.8.17.0000. Relator: Ministro Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello. Pernambuco, 28 de fevereiro de 2013. Publicado em: 08 mar. 2013. Disponível em: <<https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>>. Acesso em: 08 mar. 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine. **O pequeno príncipe**. Tradução de Dom Marcos Barbosa. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1979.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais, proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.