

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

LUCAS MARSHALL SANTOS AMARAL

A AUTONOMIA DA VONTADE NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

**MESTRADO EM DIREITO
ORIENTADORA: PROF^a DRA. MARIA GARCIA**

**SÃO PAULO
2019**

LUCAS MARSHALL SANTOS AMARAL

A AUTONOMIA DA VONTADE NA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação da Profa. Dra. Maria Garcia.

SÃO PAULO

2019

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Este sempre é um momento desejado, em que temos a mínima oportunidade de reconhecer, dedicar, e agradecer aos que nos foram bons durante as duras jornadas de crescimento. Indubitavelmente, embora defensor do estado laico, intimamente deixo meu primeiro agradecimento a Deus, que, diante de tantos acontecimentos ao longo desse período, me deu força e luz para seguir adiante. Em segundo lugar, agradeço à minha família, que tem papel fundamental para que eu esteja galgando passos maiores a cada dia que passa. Aos meus amigos, que sabem quem são, dedico todo o meu carinho, haja vista a mão amiga sempre disposta a me incentivar e amparar nas jornadas da vida. Também não posso deixar de agradecer ao atual escritório de advocacia em que trabalho, o BNZ Advogados Associados, pelo incentivo acadêmico que me fora confiado. Em especial, agradeço àquelas que foram minhas parceiras e familiares durante o desenvolvimento desse trabalho, Ligia, Denise e Paula. Com profundo amor, agradeço àquele que foi o responsável por minha formação educacional, o qual também é um amigo, um espelho e um ídolo, que é o meu avô. À minha querida avó, que agora apenas me abraça com a alma, dedico uma das minhas maiores conquistas até hoje, com o carinho eternamente inapagável. Aos meus pais, que tiveram papel fundamental em minha existência, também deixo meu muito obrigado. À minha irmã, que sem dúvidas é muito mais que uma parceira desta existência terrena. Por último, meu profundo e especial agradecimento à minha orientadora, Dra. Maria Garcia, a qual admiro desde meu primeiro contato com o Direito, e que honrosamente me deu a oportunidade de ser seu aprendiz, mesmo diante de sua imensa grandeza, sempre me brindando com suas lições e sabedoria, não só jurídicas, mas também de vida. Enfim, agradeço à vida, por esta oportunidade, na certeza de que muitos outros crescimentos virão, rogando que eu possa ter sempre em mente os meus juramentos éticos realizados perante um dos maiores amores que tenho na vida, que é o Direito.

RESUMO

A Família sempre foi um instituto presente nas sociedades humanas, independentemente de como eram formadas. A primeira prova disso é a imprescindibilidade da ligação biológica que as pessoas necessitam para existir. Ocorre que, com o passar dos anos e fases vividas na humanidade, os conceitos de Família se ampliaram para além dos estritamente naturais, aumentando a compreensão acerca de algo tão fundamental na vida e desenvolvimento dos seres humanos. Na prática, cada vez mais as pessoas passaram a querer e viver diversas realidades que desejavam para suas existências individuais, em diversas searas, como manifestação de suas autonomias da vontade. Isso refletiu diretamente nas composições familiares, que deixaram de se restringir ao conceito tradicional. O resultado disso foi e continua sendo a presença de múltiplos desenhos familiares nas sociedades, em especial na brasileira contemporânea, todos ocasionados pelo desejo individual de cada pessoa, em constituir sua vida de forma livre, como entende devido para si própria, e não apenas com base em padrões sociais – que muitas vezes não refletem a realidade daquela(s) pessoa(s), e, portanto, além de não resguardar seus direitos, o ferem de forma direta. Portanto, a partir da análise geral dessas situações, com base na lei, doutrina e jurisprudência, este trabalho tem como escopo analisar as razões que levaram as pessoas a buscarem e efetivamente alterarem suas formas de vida e Família, como a autonomia da vontade, bem como examinar os resultados gerados por tudo isso, em especial com base na contemporaneidade, que é o período em que melhor se pode estudar a verdadeira Família.

Palavras chave: Autonomia da vontade - família - contemporaneidade

ABSTRACT

The Family has always been an institute present in human societies, regardless of how they were formed. The first proof of this is the indispensability of the biological bond that people need to exist. It turns out that, over the years and phases lived in humanity, the concepts of Family have expanded beyond the strictly natural, increasing the understanding about something so fundamental in the life and development of human beings. In practice, more and more people began to want and live various realities that they desired for their individual existence, in various fields, as a manifestation of their autonomy of will. This reflected directly on family compositions, which no longer restricted themselves to the traditional concept. The result of this has been and continues to be the presence of multiple family designs in societies, especially in contemporary Brazil, all caused by the individual desire of each person to make their life freely, as they see fit for themselves, and not only with based on social standards - which often do not reflect the reality of that person (s), and therefore, in addition to not safeguarding their rights, hurt them directly. Therefore, from the general analysis of these situations, based on law, doctrine and jurisprudence, this paper aims to analyze the reasons that led people to seek and effectively change their life and family forms, such as the autonomy of the will, as well as how to examine the results generated by all this, especially on the basis of contemporaneity, which is the period when the true Family can best be studied.

Keywords: Autonomy of will - family – contemporaneity

SUMÁRIO

Introdução.....	5
1. A autonomia da vontade	
1.1. A autonomia da vontade como centralizadora de direitos fundamentais.....	7
1.2. O direito à liberdade	34
1.3. O direito à igualdade	47
1.4. A dignidade da pessoa humana.....	58
2. A relação entre a Família e o Estado	
2.1. Evolução histórico-social da Família.....	78
2.2. O desenvolvimento da Família a partir das Constituições Brasileiras.....	88
2.3. O Direito Civil-Constitucional.....	111
2.4. A intervenção estatal na esfera privada.....	126
3. A Família à Luz da Constituição Federal de 1988	
3.1. O Direito de Família contemporâneo.....	144
3.2. Família: direitos humanos, direitos fundamentais e função social	152
3.3. Julgamentos emblemáticos sob a égide da Constituição de 1988.....	162
3.4. O afeto como princípio revolucionário.....	178
4. A autonomia da vontade na Família	
4.1. Autonomia da vontade x autonomia privada.....	193
4.2. A Família sob a ótica da Teoria Tridimensional do Direito.....	201
4.3. Do conflito e/ou sobreposição de valores inerentes ao ser humano.....	208
4.4. A autonomia da vontade como fundamento evolutivo do “núcleo da sociedade”.....	233
Conclusão.....	248
Referências Bibliográficas.....	251

INTRODUÇÃO

A história comprova que a Família, tão elementar nas composições sociais, tem sido alvo de inúmeras alterações nos últimos tempos. Antes reservada basicamente aos fins econômicos e de procriação, hoje é tida como o núcleo da sociedade, essencial para a formação e melhor desenvolvimento do sujeito e da coletividade.

Ou seja, obedecendo as próprias leis naturais de que tudo muda, com a Família não foi diferente. Dessa forma, é imprescindível que se estude as razões que ocasionaram essas mudanças familiares - o que está muito ligado aos indivíduos que pertencem a ela (cada qual com sua autonomia própria) -, bem como os efetivos resultados que foram gerados, como os novos desenhos sociais da Família contemporânea.

Para que toda essa análise seja feita, este trabalho buscará alcançar seu objetivo da forma mais didática possível. No primeiro capítulo, serão estudados os denominados “direitos-base”, que foram os definidos como fundamentais para que as pessoas desejassem mudar suas vidas pessoais, e, por conseguinte, as formas de família que integravam e passariam a integrar na sociedade.

Entendido isso, que é um ponto essencial, passar-se-á ao segundo passo, que é justamente a relação da Família com o Estado, afinal, todo núcleo familiar está compreendido dentro de um corpo social. A Família não pode existir ao puro livre-arbítrio individual, com vistas apenas aos direitos de seus integrantes; também se deve compreender que é necessário seguir deveres básicos e mínimos de uma sociedade organizada. Nesse ponto, a fim de melhor ilustrar essa relação, serão abordados: a evolução da família, inclusive com base nas Constituições Brasileiras; os aspectos legais envolvidos; bem como o grau de necessidade da interferência do Estado na Família.

Adiante, adentrar-se-á à contemporaneidade, que é o momento histórico que mais interessa estudar neste trabalho, até mesmo por seu anseio pragmático. Nessa parte, serão tratados temas como: a família contemporânea, inclusive sob o aspecto

jurídico (até mesmo com caráter de direitos humanos); os entendimentos judiciais sobre a Família contemporânea e os direitos que a cercam; e também a presença do afeto nas composições familiares, que hodiernamente vem sendo tratado como o princípio revolucionário do Direito de Família.

Por fim, encerrando os capítulos desenvolvidos, passar-se-á ao estudo voltado à correlação da autonomia da vontade com a mudança/evolução da Família, em especial contemporânea. Serão trabalhados temas como a compreensão técnica dos institutos jurídicos relacionados; a aplicação das teorias jurídicas para a causa que se busca estudar e defender; os necessários apontamentos científicos para o sustento do entendimento defendido, como a própria limitação que o direito tem de exercer nessas mudanças ocorridas, a fim de evitar regressos, em vez de progressos; e, para concluir, a análise específica da autonomia da vontade como centro fundamental para a evolução daquela que hoje é tida como o núcleo da sociedade, até mesmo pelo grau de importância que alcançou nas sociedades modernas, nos mais diversos aspectos.

Dessa maneira, certamente o trabalho conseguirá comprovar a relação e influência que a autonomia da vontade exerce na Família Contemporânea, de maneira a justificar sua escolha como elemento fundamental de mudança e propulsão da base da sociedade.

Capítulo 1

A AUTONOMIA DA VONTADE

1.1. A autonomia da vontade como centralizadora de direitos fundamentais

Nos últimos tempos, são límpidas as mudanças sociais, culturais e jurídicas, no que se refere à família. Esta, que sempre foi uma das instituições mais fortes e tradicionais de quase todas as sociedades já existentes, quase nunca tendo ultrapassado os padrões então delimitados, passou a ter suas bases estremecidas.

A esse fenômeno que se fez evidente nas últimas décadas, alguns chamaram de progresso, outros de regresso, uns de absurdo; enfim, o que importa é pontuar que vivências e mudanças ocorreram. E, aqui, com enfoque no Estado Brasileiro, a intenção é analisar os fundamentos de tais acontecimentos, em especial na seara jurídica.

De plano, mesmo que se tenha um olhar mais voltado à atualidade, imprescindível iniciar o estudo com uma importantíssima observação histórica. Como denota a análise da obra “O Preço da Justiça”, escrita por Voltaire, em 1777, é notório que há séculos já ocorrem muitas das situações hoje tidas como “anormais” pela maioria, dentro da família. Ao decorrer dos capítulos, o Autor retrata assuntos como: bigamia e adultério, incesto, prostituição de filhos pelos pais, “das mulheres que se deitam com seus domésticos”, sodomia, dentre outros¹.

Com essa colocação, almeja-se deixar claro que não é de hoje que a família passa pelas mais diversas transformações, de todas as ordens, seja das questões básicas, até as mais extremas, como alguns dos exemplos supracitados. Seja a separação fática de um casal, a traição, a poligamia, a adoção, a união homoafetiva, ou qualquer outro tema familiar, é importante demonstrar que esses fatos hoje julgados por muitos como “inadmissíveis e imorais”, não surgiram nas últimas décadas.

¹ VOLTAIRE. O Preço da Justiça. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2006; p. 62, 68, 71, 72 e 73;

Minimamente comprovado que não se trata de algo atual, esta abordagem histórica serve de introdução ao desenvolvimento do escopo apresentado acima: verificar quais foram os fundamentos para as vivências e mudanças familiares, desde a os tempos passados (em menor grau), até os tempos hodiernos (com maior intensidade efetiva). Já se pode afirmar: diversos, conforme se esmiuçará adiante.

Mas, este trabalho ater-se-á a quatro direitos-base, posto que sempre estiveram presentes de forma basilar nessas mudanças, quais sejam: autonomia da vontade, liberdade, igualdade, e dignidade da pessoa humana. E por qual razão fora dado maior destaque à “autonomia da vontade”?

Indubitavelmente, vários direitos tiveram papel fundamental nas mudanças ocorridas, inclusive quando postos em atuação conjunta. No entanto, independente do extenso ou reduzido rol de direitos fundantes, percebe-se que as alterações familiares sempre ocorreram para atender a um desejo e direito maior: a autonomia da vontade do indivíduo, até porque, a pessoa é a base de tudo, inclusive da família. Sempre foi a vontade individual de reger sua própria vida, que levou os indivíduos a suscitar, ou simplesmente praticar seus desejos. E assim, a vida das pessoas ganhou forma, e, consequentemente, as famílias também – o que ocorre até hoje.

Como dito, na maioria dos casos, justamente em razão de o direito de família estar muito ligado à vontade íntima de cada indivíduo, nota-se que estes buscam solucionar seus anseios com base no privilégio do atendimento da sua autonomia de vontade. E de onde vem isso? Em que se assenta? O que aspira? Justamente na busca de garantia, exercício e pleno acesso ao gozo de três outros grandes direitos: liberdade, igualdade e dignidade. Daí se percebe a correlação entre os direitos-base, os quais serão individualmente estudados. Atendidos esses três direitos, respeitada estará a autonomia individual.

Mesmo que soe abstrato e/ou confuso, pode-se dizer que foi por meio de uma espécie de interpretação extensiva, sistemática, e integrativa que houve a centralização da questão em torno da autonomia da vontade, como base e condutora

dos demais direitos - não menos importantes. Enfim, ao menos no âmbito familiar, quem sempre falou mais alto foram a individualidade e a autodeterminação dos indivíduos (que aqui serão representados pela autonomia da vontade).

Encerrando as observações iniciais, importante lembrar que se reconhece as diferenças técnicas entre autonomia da vontade e autonomia privada, as quais serão tratadas em tópico futuro (4.1). Por ora, o importante é salientar que se fala em autonomia da vontade, por ela estar ligada intimamente ao interior de cada indivíduo, e não necessariamente com liberdades negociais.

Visto isso, necessário iniciar as considerações a respeito exclusivamente da autonomia da vontade. Haja vista a magnitude que possui, é digna até mesmo de uma obra isolada; aqui, buscar-se-á compreendê-la a partir da etimologia, filosofia, doutrina jurídica, legislação e jurisprudência, sempre em sintonia com as questões familiares.

Antes do estudo especificamente jurídico, imprescindível breve introdução no que tange à etimologia e conceituação linguística, a fim de que se entenda como a própria essência do instituto reflete no seu aspecto prático. De acordo com o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, *autonomia* consiste na “Faculdade de se governar por si mesmo. Liberdade ou independência moral ou intelectual. Condição pela qual o homem pretende poder escolher as leis que regem sua conduta”². Já a palavra *vontade* é definida como:

“Faculdade de representar mentalmente um ato que pode ou não ser praticado em obediência a um impulso ou a motivos ditados pela razão. Sentimento que incita alguém a atingir o fim proposto por esta faculdade; aspiração, anseio, desejo. Capacidade de escolha, de decisão.”³.

² Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 5. São Paulo: Positivo, 2010; p. 246.

³ Idem; p. 2137.

Ou seja, se desde o começo já ficou claro o entendimento de que foram as vontades individuais que ocasionaram as mudanças familiares, já se pode perceber o porquê da escolha da autonomia da vontade como fundamento primordial. Afinal, até mesmo pela interpretação individual de cada um dos conceitos acima, sem sequer analisar os demais aspectos ainda, já se extrai que representam o externar do próprio individual. Quando analisados conjuntamente então, conclui-se que a autonomia da vontade se denomina como: a faculdade de governar a si mesmo, de acordo com suas escolhas e decisões.

Ainda no campo dos conceitos, mas já com influência da ciência jurídica, a partir da obra “Vocabulário Jurídico”, elaborada por De Plácido e Silva, tem-se que a autonomia é:

“palavra derivada do grego *autonomia* (direito de se reger por suas próprias leis), que se aplica para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar as normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha. Neste sentido, seja em relação às pessoas, seja em relação às instituições, o vocábulo tem significado em todo idêntico ao que expressa *independência*.⁴”

No que tange à *vontade*, ainda na mesma obra, esta é posta como:

“Do latim *voluntas* (consentimento, vontade, ato de querer), de *velle* (querer, consentir), genericamente exprime a faculdade de querer, a manifestação exterior de um desejo, o propósito em fazer alguma coisa, a intenção de proceder desta ou qualquer forma. Juridicamente, a vontade se revela a própria intenção, ou o desejo de se fazer alguma coisa. Correspondente, pois, à deliberação, ou à resolução, intencionalmente tomada pela pessoa, a fim de que se tenha como consentido na prática, ou na execução de um ato

⁴ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico Conciso. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010; p. 88;

jurídico, de que se geram direitos, ou nascem obrigações. Assim, a vontade identifica-se com o próprio consentimento, sendo o ato de volição que atribui às ações do homem o valor jurídico, de que necessitam para serem legítimas e produzirem os efeitos desejados. Somente a vontade livre, isto é, a livre manifestação dessa vontade tem a eficácia legal, para que se produzam efeitos jurídicos. Quer isto significar, pois, que a vontade, além de consciente, deve estar livre de vícios, ou defeitos, que a possam anular. E que o agente, isto é, a pessoa que a manifesta, deve ser capaz, ou possuir o discernimento, que a autorize a querer livremente, e não encontrar sob influência que tenha força para modificar seu discernimento, ou seu arbítrio. A vontade dos capazes é considerada como livre e com valor legal, desde que isenta de constrangimento, coação, ou enganos.”⁵.

Dessa análise, sobe-se mais um degrau na definição de autonomia da vontade. Agora, de modo geral, também se fazem presentes questões como independência e não-interferência, o que lapida mais ainda esse direito, deixando-o o mais puro possível. Ou seja, a individualidade deve ser resguardada ao máximo em um campo intangível de cada ser humano.

Estes conceitos básicos se alinham justamente com a ideia que o trabalho busca trazer, de que foi a individualidade, traduzida pela prática da autodeterminação, que ocasionou tantas alterações na família, principalmente contemporânea – e na sociedade em geral também.

Mas, certamente, não só de conceitos exatos se analisa um instituto jurídico. E, haja vista a primordialidade da Filosofia em qualquer ciência, não há como não trazer sua breve visão acerca do tema.

Sem dúvida nenhuma, um dos maiores autores sobre este assunto foi Immanuel Kant (1724 – 1804). Conforme se extraí do estudo de suas principais obras,

⁵ Idem; pp. 767 e 768;

em especial “Fundamentos da Metafísica dos Costumes”, ele desenvolveu verdadeiro tratado nesse sentido, analisando temas como: moral, razão, liberdade, igualdade, dignidade, autonomia, princípios, imperativo categórico, dentre diversos outros assuntos.

É evidente que a obra de Kant é capaz de encabeçar uma tese de doutorado, ainda mais quando se almeja entendê-la e destrinchá-la por inteiro, de modo que, aqui, interessa apenas extrair os pontos relevantes ao trabalho.

Do estudo, chama a atenção o fato de existir grande preocupação do Autor em analisar o indivíduo como um fim em si mesmo, regido por uma vontade legisladora suprema (lei universal), sendo esta submetida (ou não) às demais interferências, como interesses subordinados a outras leis:

“Se, pois, existir um princípio prático supremo e um imperativo categórico em relação à vontade humana, deverá ser tal que pela representação do que é fim necessariamente para todos, porque é um fim em si mesmo, constitua um princípio objetivo da vontade e, portanto, possa servir de lei prática universal. O fundamento deste princípio é este: a natureza racional existe como um fim em si mesma. Dêsse modo o homem se representa necessariamente à sua própria existência, e a esse respeito é ela um princípio subjetivo das ações humanas. Assim representa, todavia, também todo ser racional sua própria existência, em consequência do mesmo fundamento racional, que para mim vale; é, pois, ao mesmo tempo um princípio objetivo, do qual, como fundamento prático supremo, hão de poder derivar-se todas as leis da vontade.”⁶.

Ademais, conceitual e especificamente com relação à autonomia da vontade, tem-se que:

⁶ KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes; p. 91.

“A Autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesmo uma lei – independentemente de como forem constituídos os objetos do querer. – O princípio da autonomia é, pois, então, não escolher outro modo mas sim deste: que as máximas da escolha, no próprio querer, sejam ao mesmo tempo incluídas como lei universal.”⁷.

E ainda, mas agora em análise separada dos conceitos, discorre: “a autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional”⁸. E, no mais: “concebe-se a vontade como uma faculdade que alguém possui de determinar-se a si mesmo, agindo de acordo com a representação de certas leis”⁹.

Como se percebe, o Autor reforça a ideia da autodeterminação como razão da própria existência, sendo a autonomia uma lei universal de regência de vida e o fundamento da dignidade de cada indivíduo. Logo, prova-se que as razões aqui trazidas também encontram guarda na Filosofia.

Entretanto, mesmo que até agora a ideia principal esteja alinhada a uma espécie de autogoverno livre, pois ainda muito concentrado no campo da teoria, certamente nem tudo é assim. Não se pode viver a partir da não obediência a nenhuma outra lei senão a pessoal, como se todos pudessem ser livres indistintamente. Deve-se lembrar que os indivíduos são parte de um todo, que deve ser respeitado. Embora desejável, a liberdade de Descartes (1596 - 1650), pautada no livre-arbítrio, não tem como ser plena. Restrições são necessárias, até mesmo porque “limitação” é uma das bases de força do Direito e da Democracia.

Logo, até mesmo por este trabalho ter forte viés empírico em seu desenvolvimento, revela-se improfícuo seguir o estudo somente no campo da hipótese, esquecendo-se da vida real. Portanto, agora focar-se-á num olhar mais

⁷ Idem; p. 109.

⁸ Idem; p. 101.

⁹ Idem; p. 89.

pragmático e jurídico, e não apenas ligado ao campo das ideias. Afinal, vive-se em um Estado Democrático de Direito, onde é obrigatório o cumprimento das leis vigentes, inclusive no Direito de Família.

E não haveria melhor forma introdutória para analisar a autonomia da vontade dentro do Direito, senão através de um dos documentos mais importantes da humanidade: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Da leitura dos artigos 4º e 5º, resta evidente a presença da autonomia da vontade, mesmo que não literalmente escrita:

“Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.”¹⁰

Embora seja possível de confusão com a noção estrita de liberdade – até porque os conceitos estão intimamente conectados -, eis aí uma das primeiras, senão a primeira positivação da autonomia da vontade para os seres humanos. A liberdade é um dos principais instrumentos de garantia do exercício da autonomia da vontade, e esses dispositivos asseguraram justamente isso: que as pessoas possam se governar, desde que observados os direitos alheios.

A partir desse momento histórico, de fato os direitos básicos dos indivíduos passaram a existir e puderam ser cobrados socialmente. E isso trouxe reflexos das mais

¹⁰ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 14mar. 2019.

diversas ordens, a uma, porque a presença do Estado se fez realmente presente na vida individual (preventiva e coercitivamente), e outra, porque os direitos básicos também se mostraram do outro lado da moeda (para si e para os outros). Com isso, concluiu-se que direitos implicam em deveres.

Nesta hora, literalmente a autonomia da vontade não pôde mais ser vista livremente, apenas como uma disposição arbitrária do desejo pessoal. Embora desejassem, os indivíduos estavam verdadeiramente sujeitos à observância de regras que entrariam em conflito com suas vontades, culturas, pensamentos, etc., até mesmo para que pudessem se proteger de arbitrariedades alheias (logo, os seus direitos).

Percebe-se então, que o Direito começou a obrigatoriamente se conectar a outras ciências, pois, com a presença dos “códigos de conduta” estabelecidos, passou a ser necessário alinhar/adequar regras gerais com vontades pessoais (sentimentos, emoções, racionalidade, distúrbios, enfim, um mar de hipóteses ligados ao interior de cada ser humano).

Disso, iniciou-se nova tarefa ao jurista: analisar e formar o Direito com grande abrangência, não apenas a estritamente legal. Nesse sentido, os ensinamentos de Hans Kelsen, que, ao desenvolver a “Teoria Pura do Direito”, a qual visa analisar Direito sob nenhuma outra influência, não deixa de lembrar fatores importantes:

“Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. Isto parece-nos algo de per si evidente. Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da

pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.”¹¹.

Ou seja, até mesmo aquele que se consagrou pelo estudo do Direito em sua forma mais pura, deixou claro que não há como trabalhá-lo sem influência de nenhuma outra ciência. Até mesmo porque os humanos não são meros robôs, mas sim seres dotados de emoções, e que influenciam completamente seus modos de vida.

E foi assim que a autonomia da vontade se desenvolveu nos últimos séculos, inclusive quanto ao direito de família, com ampla abrangência. Isso é de suma importância ao trabalho, pois, mesmo que tenha cunho jurídico, quando se fala em exercício e mudanças de direitos, claramente se fala em exercício de vontades humanas - o que não tem origem, nem consequências somente jurídicas.

Paulo Dourado de Gusmão, esclarece essa ideia com leve transparência, inclusive reforçando o fato de que, quanto maior a pesquisa e conhecimento, melhor o resultado:

“não mais se pode pensar em estudar o direito sem o conhecimento de outras ciências que facilitam a exegese, a aplicação, e, principalmente, a criação do direito. Daí não ser exagero afirmar: o desconhecimento dessas ciências muito tem contribuído para o

¹¹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. São Paulo: Martins Fontes, 1998; p. 1 e 2;

descrédito do jurista, bem como para a perda da importância de seu papel social.”¹².

Então, tem-se que: no início, a autonomia da vontade era livre; por necessidade de convivência, passou a ser “delimitada” pelas normas sociais; isso fez com que as pessoas passassem a ter que se adaptar ao modo de vida coletivo, afetando diretamente suas vidas interiores (emocional e psicológico); disso, concluiu-se que outras ciências eram absolutamente ligadas às pessoas, ao direito, e à vida social; logo, o direito teve que começar a se expressar com observância de todos esses fatores.

O Direito de Família, e toda a multidisciplinariedade que traz consigo, alinha-se perfeitamente a essas noções. Por sua essência estar ligada às pessoas, possui diversos antagonismos naturais, inclusive fomentados pela diversidade de vontades existentes. Nisso, Washington de Barros leciona que:

“essa parte do direito civil sofre a influência de vários fatores, sociológicos, religiosos e morais. Mais que qualquer matéria, o direito de família presta-se ao debate e à controvérsia. Por isso, inúmeras as dissensões que se notam em seu estudo.”¹³.

A autonomia da vontade é algo inerente ao ser humano, proveniente de sua natureza, das suas emoções, sensações, pensamentos, instintos, desejos. Ou seja, ao menos neste estudo, não há como deixar de pontuar a existência de vários fatores que impulsionam o indivíduo, e não somente aspectos necessariamente jurídicos.

Neste momento, esclarecida a (não) pureza do direito, ocorre a união das duas vertentes da autonomia da vontade: a) ela em sua versão pura, não submetida a nenhum outro fator, mas tão somente ao desejo individual, visto que esta é sua natural expressão, e; b) também o seu externar, a sua representação prática, posto

¹² DE GUSMÃO, Paulo Dourado. Introdução ao Estudo do Direito. 10. Rio de Janeiro: Forense, 1984; p. 15;

¹³ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Direito de Família. 32. São Paulo: Saraiva, 1995; p. 6;

que é imprescindível que seja vivenciada dentro de um convício social, sob à égide um sistema jurídico norteador das condutas humanas, não sendo admitido o livre exercício do desejo individual.

É basicamente uma subsunção da autonomia da vontade individual ao contexto social em que o indivíduo está inserido. Ou seja, cada pessoa deve adequar seus desejos, de acordo com o bem-estar coletivo.

Em suma, é óbvio que num estágio de liberdade absoluta o indivíduo poderia reger sua vida da forma como melhor lhe aprouvesse. No entanto, isso claramente seria capaz de ferir o bem-estar social, de onde se fez presente a já citada necessária criação e intervenção do Estado para regular as situações comuns (tema que será especificamente abordado em diante). E é assim que a vida social se rege até hoje.

A doutrina de Alf Ross ajuda a compreender essa situação deveras problemática, ao menos inicialmente:

“Uma conduta não proibida é chamada de permitida. Uma conduta que não é nem proibida, nem prescrita, é chamada de livre. A conduta permitida e a conduta livre têm, pois, em comum o fato de não estarem proibidas (...) dizer que um ato é livre é o mesmo que dizer que se acha fora da esfera das normas jurídicas. É juridicamente indiferente. Nem sua realização, nem sua não realização enseja reações jurídicas (...) Minha liberdade de ir ao bosque, de caminhar pelas ruas, de fumar um cigarro, de usar uma gravata vermelha significa, portanto, que não sou obrigado a fazer essas coisas ou não fazê-las; ou que os outros (B ou aqueles diante dos quais posso invocar a liberdade) não têm nenhum direito sobre mim. É impossível enumerar as liberdades de que goza uma pessoa. A esfera da

liberdade está definida negativamente como tudo aquilo que não é objeto de regulamento jurídico”¹⁴.

Ou seja, como visto acima, da primeira análise acerca da prática de condutas, percebe-se que, a princípio, a vontade de se autodeterminar individualmente é livre. A situação começa a relativizar-se, justamente quando as escolhas pessoais passam a interferir no todo, o que ocasiona a aparição das proibições, prescrições, etc., as quais são imprescindíveis para uma sociedade, pois não se pode permitir a invasão da esfera social e dos direitos de outrem.

É basicamente o seguinte: se não há regulação jurídica quanto aos desejos x ou y de algum indivíduo, e isso não ferir a esfera jurídica de outrem, estar-se-á diante de uma liberdade plena – inclusive, não tendo ninguém o direito de interferir nisso. Mas, quando possíveis direitos de outrem aparecem no meio do exercício da liberdade individual, o campo do direito se mostra passível de atuação:

“Minha liberdade, acima de tudo, significa somente que os outros não têm faculdades sobre mim, isto é, que não podem colocar obstáculos no meu caminho que me impeçam o fruir da liberdade. Por outro lado, na liberdade não está implícita nenhuma faculdade em relação aos outros de modo a me proporcionarem, de fato, oportunidade plena para agir como quero. Gozo de liberdade para me sentar num banco do Hyde Park, porém essa liberdade de nada me serve se o banco estiver ocupado. Não tenho, decerto, a faculdade de que os outros cedam o banco a mim.”¹⁵.

A linha de pensamento aqui desenvolvida alinha-se ao realismo de Ross. É a realidade quem ocasiona todas as alterações no âmbito familiar e social, e, sem dúvidas, fará isso por toda a eternidade. Não foi a ciência, seja ela qual for, que impulsionou tais mudanças. É simplesmente no dia a dia, em que as pessoas têm

¹⁴ ROSS, Alf. Direito e Justiça. 1. São Paulo: Edipro, 2000; p. 195 e 196.

¹⁵ Idem; p. 197.

necessidade de viver o que sentem internamente, que então todas essas vontades passam a ter presença e notoriedade social. No entanto, deve sempre se atentar aos códigos de conduta em que as pessoas estão inseridas.

Ao trazer o pensamento de Ross aos dias atuais, nota-se a similitude que tem com significativo princípio constitucional brasileiro, o da legalidade, também semelhante ao da Carta de 1789 há pouco transcrita: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*” (CF/88 – artigo 5º).

Do ponto de vista prático, ganha muito mais valor o estudo a partir dessa norma. Mesmo que o indivíduo deva seguir os moldes descritos nas leis do país, sem liberdade absoluta, também não deverá ser obrigado a fazer determinada coisa, a não ser que a lei lhe obrigue. Ou seja, conclui-se que a autonomia da vontade é relativamente livre, devendo observar-se apenas se o ordenamento jurídico não impede alguma conduta.

Nesse ponto, certamente há quem dispare inúmeras observações no sentido de que o próprio regramento jurídico exceta e muito o princípio da legalidade, inclusive em prol da supremacia do interesse público. Mas, o interessante é mostrar como até mesmo uma cláusula pétrea garante ao indivíduo o direito de, ao menos *a priori*, agir como quiser. Nada pode limitar a subjetividade humana, poder nenhum; no máximo se pode repreender algumas das suas formas de ação.

E se essa vontade humana não for reprimida pela lei, nem mesmo desrespeitar terceiros, e ainda tiver amparo em direitos fundamentais, como liberdade, igualdade e dignidade, nada deveria ser capaz de compelir seu livre e pleno exercício. Melhor ainda quando há convergência de vontades no todo (indivíduos concordam em certo ponto), o que fortalece ainda mais o valor social da autonomia da vontade, de modo que somente há dificuldade quando existem muitas divergências simultâneas.

Pois bem. Até agora, respeitadas as necessárias limitações, restou axiomática a necessidade de privilegiar o indivíduo e suas vontades, sendo isto, inclusive, o grande

princípio das alterações familiares. Mas, para compreender melhor ainda qual a razão de a autonomia da vontade ser posta como o fundamento das mudanças familiares, é necessário aprofundar ainda mais as noções sobre individualismo, sociedade, autonomia, e, mais ainda, tudo isso conjuntamente.

Para tanto, ninguém menos que John Stuart Mill. Através do olhar voltado ao indivíduo, inclusive perante a coletividade, o Autor trata dos valores individuais e do bem-estar social. De início, aponta que: “Para um homem comum, sua própria preferência, não é apenas uma razão perfeitamente satisfatória, mas a única que ele geralmente tem como base para quaisquer de suas noções de moralidade, gosto, ou propriedade”¹⁶. E mais, “o gosto de um homem é seu assunto particular tanto quanto sua opinião ou sua bolsa” ¹⁷.

Disso, percebe-se aquela visão inicial traçada sobre autonomia da vontade, ligada ao que é inerente ao homem, independente do corpo social em que está inserido. Suas preferências estão ligadas à sua natureza, e, obviamente, representam sua forma de ser, de modo que deverá ser respeitada sua individualidade, ao menos até que fator maior se faça presente:

“Assim como é útil que enquanto a humanidade é imperfeita deva haver diferentes opiniões, da mesma forma deve haver diferentes experiências de vida; um livre espaço deve ser dado às variedades de caráter, sem dano a outros; o valor de diferentes modos de vida deve ser provado de forma prática, quando qualquer pessoa ache adequado experimentá-los. É desejável, em suma, que em assuntos que não concernem principalmente aos outros, a individualidade deva se declarar. Onde, não o próprio caráter da pessoa, mas as tradições ou costumes de outras pessoas sejam a regra de conduta,

¹⁶ MILL, Stuart. Ensaio Sobre a Liberdade. São Paulo: Escala, 2006; p. 23;

¹⁷ MILL, John Stuart. A Liberdade - Utilitarismo. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2000; p. 129

há a falta de um dos principais ingredientes da felicidade humana, e bastante do principal ingrediente de progresso individual e social”¹⁸.

Ou seja, o Autor condiciona a felicidade humana à autonomia da vontade, sendo objetos de progresso individual e social. Quando se restringe a individualidade injustificadamente, ou então por motivos não suficientes, confronta-se até mesmo um dos maiores objetivos existenciais do ser humano, que é sua felicidade.

É inegável a pluralidade de pessoas no mundo, e, portanto, a pluralidade de individualidades e culturas. Mas, justamente por essas pessoas coabitarem socialmente, é necessário que se respeitem em suas expressões individuais, ao menos até o limite da esfera pessoal, para não prejudicar o próximo. Se isso não ocorrer, a felicidade humana e o progresso geral serão obstados, pois o homem sempre estará preso àquilo que não é e/ou deseja ser/viver, sendo submisso às opressões indevidas. E essa prisão lhe arrancará o sincero desejo de viver, como se percebe em didático exemplo de Étienne de La Boétie:

“Alguns há que, dos maiores aos menores, ao serem presos, opõem resistência com as garras, os chifres, as patas e o bico, demonstrando assim claramente o quanto prezam a liberdade perdida. E uma vez no cativeiro, dão evidentes sinais do conhecimento que têm da sua desgraça e deixam ver perfeitamente que se sentem mais mortos do que vivos, continuando a viver mais para lamentarem a liberdade perdida do que por lhes agradar a servidão.” ¹⁹.

É imprescindível a regulação da vida social. Mas tudo tem limites, e estes não devem ultrapassar as linhas dos direitos básicos individuais, até mesmo para não ferir a esfera alheia. Caso contrário, como bem colocou Boétie, será como a pessoa perder

¹⁸ MILL, Stuart. Ensaio Sobre a Liberdade. São Paulo: Escala, 2006; p. 84;

¹⁹ BOÉTIE, Étienne de La. Discurso Sobre a Servidão Voluntária. Disponível em: <http://www.miniweb.com.br/biblioteca/artigos/servidao_voluntaria.pdf>. Acesso em: 15 mar.2019;

sua personalidade, seu desejo de vida, passando a ser mero objeto animado, o que obsta o progresso social.

De modo geral, não há muito segredo para fórmula tão simples: não se deve admitir a privação da individualidade de cada ser, mas, nisso, não se pode olvidar do respeito ao coletivo, inclusive sob pena de invalidade da individualidade, conforme Mill novamente ensina:

“Ninguém pretende que as ações devam ser tão livres quanto as opiniões. Pelo contrário, mesmo as opiniões perdem a imunidade quando as circunstâncias em que se expressam resultam em instigação positiva a algum ato donoso (...) Quando houver um dano claro ou um risco claro de dano, seja a um indivíduo, seja ao público, o caso é retirado da província da liberdade, e colocado na província da moralidade ou da lei.”²⁰.

Evidencia-se mais uma vez o limite. Há que se proporcionar individualidade, mas sem absolutismo, a fim de que esta própria não se perca. É como a velha lição da tolerância e seus limites. Seria o limite da tolerância a intolerância? Enfim, deve-se ter cautela na condução das relações individuais e sociais.

Partindo da certeza de que indivíduos e convívio social sempre coexistirão, sendo que seu bom andamento apenas trará resultados frutíferos, em todos os sentidos, o Autor fortifica a ideia de que a individualidade é a chave para o progresso:

“o fim para o qual todos os seres humanos devem incessantemente dirigir seus esforços, e o qual devem sempre manter em vista, sobretudo os que têm o desígnio de influenciar seus semelhantes, é a individualidade do poder e do desenvolvimento (...) Se todos sentissem que o livre desenvolvimento da individualidade constitui um dos primeiros fundamentos do bem-estar, que não se trata

²⁰ MILL, John Stuart. A Liberdade - Utilitarismo. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2000; p. 85 e 125;

unicamente de um elemento coordenado a tudo quanto se designa pelos termos civilização, instrução, educação, cultura, mas que antes de mais nada se trata de uma parte e uma condição necessárias de todas essas coisas, não haveria risco de se subestimar a liberdade, e o ajustamento dos limites entre ela e o controle social não apresentaria nenhuma dificuldade dos modos comuns de pensamento em reconhecer que a espontaneidade individual possua um valor intrínseco, ou que mereça qualquer atenção por si mesma.”²¹.

A autonomia da vontade não se refere apenas a um valor intrínseco do indivíduo, mas sim a uma garantia do exercício de sua existência, de modo que fica totalmente prejudicada quando amarrada a qualquer fator externo em desacordo com sua pureza:

“As faculdades humanas da percepção, do juízo, do discernimento, da atividade mental e até mesmo da preferência moral exercem-se apenas quando se faz uma escolha. Aquele que age apenas segundo o costume não faz nenhuma escolha. Não ganha nenhuma prática quer para discernir, quer para desejar o que é melhor”²².

Destarte, a intenção do Autor é mostrar a necessidade de autodeterminação, até para que o indivíduo se desenvolva da melhor forma possível, para si e para os outros. Não se podem criar estereótipos sociais a serem seguidos, mas sim seres com privilégio de viverem e serem quem realmente são, e com garantia de exercício das suas melhores formas de desenvolvimento pessoal e convívio social:

“Quem escolhe para si mesmo o próprio plano emprega todas as suas faculdades. Necessariamente usa observação para ver, o raciocínio e o juízo para prever, a atividade para coletar materiais para decisão, o discernimento para decidir e, uma vez que decide, a firmeza e o

²¹ Idem; pp. 87 e 88;

²² Idem; p. 89;

autocontrole para manter a decisão deliberada. E quanto maior for a parte de sua conduta que ele regula segundo os próprios juízos e sentimentos, mais lhe serão necessárias essas diferentes qualidades. É possível que fosse guiado por um bom caminho, e se mantivesse afastado da via do mal, sem preencher nenhuma dessas condições. Mas qual será seu valor comparativo como ser humano? O que realmente importa é não apenas o que fazem os homens, mas também de que espécie são os que homens que fazem (...) A natureza humana não é uma máquina que se construa segundo um modelo e que se regule para executar precisamente o trabalho para o qual foi designada. É antes uma árvore, que precisa crescer e desenvolver-se de todos os lados, de acordo com a tendência das forças internas que a tornam algo vivo”²³.

A partir da didática trazida pelo Autor, pensada há 200 anos e ainda tão atual, é válido pensar no mesmo sentido: se cada ser humano é uma árvore, certamente a “floresta” será muito mais frutífera se todas elas puderem se desenvolver da melhor forma, o que, por conseguinte, tornará a própria floresta melhor e mais produtiva.

Porém, este é um ideal que parece utópico. Como se perceberá da lição seguinte, o Autor retrata a dificuldade de o indivíduo ser e viver como realmente é e deseja; o quanto há de pressão social para impedir a liberdade individual, apenas para atender aos anseios sociais daqueles que se julgam superiores até mesmo à natureza pessoal de cada ser, e detentores da sabedoria absoluta. Essa comum prática social influencia as pessoas a agirem conforme a “força massificante” da sociedade, impedindo drasticamente o melhor desenvolvimento individual humano, o que afeta diretamente as formações familiares:

“A lei e a disciplina, tal como os Papas em luta contra os Imperadores, declararam um poder sobre o homem como um todo, reivindicando controlar completamente sua vida para controlar seu

²³ Idem; pp. 90 e 91;

caráter - ao qual a sociedade ainda não descobrira nenhum outro meio suficiente de obrigar. Porém, agora a sociedade claramente sobrepujou a individualidade, e o perigo que ameaça a natureza humana não reside no excesso, mas na falta dos impulsos e preferências pessoais (...) nos nossos tempos, das mais altas às mais baixas classes da sociedade, todos vivem como se estivessem sob as vistas de uma hostil e terrível censura. Não apenas no que se refere a outros, mas no que diz respeito unicamente a cada um, o indivíduo ou a família não se pergunta: o que prefiro? Ou, o que condiz com meu caráter e disposição? Ou, o que permitiria o que há de melhor e mais elevado em mim ser tratado com imparcialidade, de modo que pudesse crescer e vicejar? Antes, pergunta-se: o que é mais conveniente a minha posição? O que fazem comumente as pessoas de minha categoria e condição financeira? Ou, pior ainda, o que comumente fazem as pessoas de posição e condição superiores às minhas?”²⁴

Esse movimento social chama a atenção do Autor, de maneira que ele reflete em quase todas as suas obras acerca do seguinte: “Um povo pode progredir durante certo tempo e então estancar? Quando estanca? Quando deixa de possuir individualidade”²⁵.

É exatamente isso. Um povo sem a presença da individualidade de seus integrantes não cresce, porque eles próprios não crescem. As árvores secam e morrem, bem como a própria floresta. E isso se aplica diretamente ao âmbito familiar, que sempre se viu preso às amarras sociais, e, portanto, sempre precisou muito mais revolucionar, do que evolucionar, para que efetivasse as mudanças que inegavelmente sofria internamente – por mais que até hoje muitos queiram fechar os olhos para a realidade.

²⁴ Idem; p. 93 e 94;

²⁵ Idem; p. 108

Faz-se questão de trazer as ideias de Mill, pois, ao expor seu pensamento, como ao cotejar a evolução de nações com a necessidade de presença das individualidades humanas (diversidade), inclusive de forma diretamente proporcional, a fim de que se tenha e progresso, reflete:

“O que fez da família européia de nações, ao invés de estacionária, uma parte progressista da humanidade? Não foi uma excelência superior, que, quando existe, existe como efeito e não como causa, mas sua notável diversidade de caráter e cultura. Na Europa, indivíduos, classes, nações, tem sido bastante desiguais entre si: forjaram uma grande variedade de caminhos, cada um deles conduzindo a algo valioso; e, embora os que viajaram por caminhos distintos tenham sido, em todas as épocas, intolerantes uns com os outros, e cada um pensasse como seria excelente se todos os demais fossem compelidos a viajar por sua estrada, as tentativas de frustrar o desenvolvimento do outro raramente alcançaram um êxito permanente, e com o tempo cada uma aceitou receber o bem que outros ofereciam. A Europa, a meu ver, deve inteiramente essa pluralidade de caminhos a seu desenvolvimento progressivo e multifacetário.”²⁶

E, alinhado à cronologia lógica de seus ensinamentos, o Autor passa a concluir seu entendimento, deixando claro que não se pode olvidar ou adiar o exercício da individualidade. Se isso acontecer, a tal árvore que necessita se desenvolver, não fará isso de forma natural, mas compelida, e, portanto, deficiente:

“Se os direitos da Individualidade algum dia devem ser reivindicados, a hora é essa, enquanto ainda falta muito para completar a assimilação em vigor. Somente nos estágios iniciais é possível resistir com sucesso à usurpação. A exigência de que todos se pareçam conosco cresce com aquilo de que se alimenta. Se a resistência aguardar até

²⁶ Idem; pp. 110 e 111;

que a vida quase se reduza a um único tipo uniforme, todos os desvios desse tipo passarão a ser considerados ímpios, imorais, até mesmos monstruosos e contrários à natureza. A humanidade rapidamente se torna incapaz de conceber a diversidade, quando durante algum tempo se desacostuma de vê-la.”²⁷

Caso se obstaculize o exercício da individualidade, esta se perderá cada dia mais, e a essência humana será posta em xeque. Em vez de um ecossistema saudável e sustentável, ter-se-á apenas uma espécie de iguais compondo o todo, o que ofuscará o desenvolvimento e evolução da espécie (como ocorre em toda natureza). Por fim, aglutinando seu raciocínio, o Autor mostra uma via de mão dupla, em que a coletividade caminha junto ao privilégio da individualidade:

“Os homens devem se ajudar uns aos outros para distinguir o melhor do pior, e incentivar-se para escolher o primeiro e evitar o último. Deveriam sempre estar estimulando uns aos outros o exercício intenso de suas mais elevadas faculdades, e a orientação intensa de seus sentimentos e metas para objetos e contemplações, não tolos, mas sábios, não degradantes, mas elevados. No entanto, ninguém, e nenhum grupo de pessoas, está autorizado a dizer a outra criatura humana madura que, para seu próprio benefício, não faça com sua vida o que escolher fazer dela (...) na conduta dos seres humanos para com seus semelhantes é necessário observar a maioria das regras gerais, a fim de que cada um saiba o que tem de esperar; mas nos interesses particulares de cada um a espontaneidade individual tem direito a se exercer livremente. Outros podem oferecer e até mesmo impor ao indivíduo considerações para auxiliar seu julgamento, exortações para fortalecer sua vontade, mas ele é o juiz supremo.”²⁸

²⁷ Idem; p. 113;

²⁸ Idem; p. 117 e 118;

As lições expostas esgotam qualquer dúvida quanto à elementaridade da autonomia da vontade individual nas alterações familiares. Se o indivíduo for livre, constituirá sua vida (e família) de forma condizente com o que deseja.

Após tantos conceitos teóricos, essencial o alinhamento do tema com o tempo presente, em termos de ordenamento jurídico vigente.

De plano, irrefutável a relação entre autonomia da vontade e os atualmente consagrados direitos da personalidade – até porque, a proteção da vida privada é uma rigorosa forma de se garantir a individualidade. Então, cumpre transcrever os principais artigos insculpidos na legislação, que comprovam essa correlação.

A começar pelo artigo 5º da Constituição Federal: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”²⁹. Há também o Código Civil, o qual preceitua, em especial, dentre vários artigos:

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

²⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 23 mar. 2019.

Atenção aos dizeres do artigo 11. Não se pode transmitir, renunciar ou limitar os direitos da personalidade; até mesmo ao morto se garante direitos nesse sentido. Ou seja, mesmo após a morte se deve respeitar a individualidade de cada ser, de tão valiosa que é. E a própria lei garante até mesmo indenização quando desrespeitada a vida privada de cada ser, de maneira que não resta qualquer discussão quanto ao grau de proteção desses direitos.

Há que se destacar a possibilidade de relativização de alguns dos direitos contidos nas transcrições acima. Na globalidade atual, em que tanto se abre mão da privacidade, muitos são os que, voluntariamente, renunciam à sua própria intimidade ou vida privada. Ou seja, a individualidade admite análise sob vertente plural, mas, de qualquer forma, sempre garantindo-se a prevalência do que cada qual julga devido para si, dentro do socialmente aceitável (no sentido amplo, de não ferir direitos alheios).

Miguel Reale correlaciona individualidade com personalidade, de modo a enquadrar-se perfeitamente ao raciocínio aqui desenvolvido:

“Não devemos, em verdade, olvidar que uma das notas essenciais da personalidade é sua transcendência em relação à sua individualidade empírica e a tudo aquilo que dela promana. Porque a pessoa não é, a rigor, parte em um todo, embora possa haver relações complexas entre parte e todo (...) cada pessoa é única e nela já habita o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana. Deve, assim, ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-a criadoramente, sem reduzir-se uma à outra. Embora precária a imagem, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação,

transcendência, o que se torna impossível em qualquer concepção transpersonalista”³⁰

Dessa forma, revela-se absolutamente substancial a defesa da personalidade humana, pelo grau elevado que possui na existência digna de qualquer pessoa. É como se não existisse pessoa, na ausência ou supressão de sua personalidade.

E, como último fator de análise deste primeiro tema-base do trabalho, faz-se necessária a presença da jurisprudência, como mais uma fonte do direito a reforçar a ideia transmitida. Não bastasse a lei e a doutrina, é fundamental embasar o raciocínio naquilo que hoje tem tido atuação e valor altamente distinto no campo do direito – quiçá como a mais relevante.

Importa expor como os Tribunais Brasileiros valem-se da autonomia da vontade como fundamento para exarar decisões relacionadas ao presente estudo (família). Os mais importantes serão tratados especificamente em tópico exclusivo (3.4), de modo que, agora, apenas serão demonstrados julgados aplicando o princípio, obviamente no direito de família:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66/2010. DIVÓRCIO DIRETO. REQUISITO TEMPORAL. EXTINÇÃO. SEPARAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL. COEXISTÊNCIA. INSTITUTOS DISTINTOS. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. PRESERVAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA. 1. A dissolução da sociedade conjugal pela separação não se confunde com a dissolução definitiva do casamento pelo divórcio, pois versam acerca de institutos autônomos e distintos. 2. A Emenda à Constituição nº 66/2010 apenas excluiu os requisitos temporais para facilitar o divórcio. 3. O constituinte derivado reformador não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que cuida da separação judicial, que remanesce incólume

³⁰ REALE, Miguel. Pluralismo e Liberdade. São Paulo: Saraiva, 1963; p. 73;

no ordenamento pátrio, conforme previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 (arts. 693, 731, 732 e 733 da Lei nº 13.105/2015). 4. A opção pela separação facilita às partes uma futura reconciliação e permite discussões subjacentes e laterais ao rompimento da relação. 5. A possibilidade de eventual arrependimento durante o período de separação preserva, indubitavelmente, a autonomia da vontade das partes, princípio basilar do direito privado. 6. O atual sistema brasileiro se amolda ao sistema dualista opcional que não condiciona o divórcio à prévia separação judicial ou de fato. 7. Recurso especial não provido.”

(REsp 1431370/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 22/08/2017) (g.n)

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. CASAMENTO. NOME CIVIL. SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO MATERNO. POSSIBILIDADE. JUSTO MOTIVO. DIREITO DA PERSONALIDADE. INTEGRIDADE PSICOLÓGICA. LAÇOS FAMILIARES ROMPIDOS. AUTONOMIA DE VONTADE. 1. Excepcionalmente, desde que preservados os interesses de terceiro e demonstrado justo motivo, é possível a supressão do patronímico materno por ocasião do casamento. 2. A supressão devidamente justificada de um patronímico em virtude do casamento realiza importante direito da personalidade, desde que não prejudique a plena ancestralidade nem a sociedade. 3. Preservação da autonomia de vontade e da integridade psicológica perante a unidade familiar no caso concreto. 4. Recurso especial não provido.”

(REsp 1433187/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015) (g.n)

Das ementas percebe-se o quanto todo o raciocínio aqui desenvolvido faz sentido na vida prática. Sob esses dois exemplos, questiona-se: por qual razão se obrigaria alguém a viver uma vida casado com quem não deseja? Por qual razão se obrigaria alguém a viver uma vida toda com um nome que lhe agride a saúde mental?

Ao que parece, nenhum motivo. Tudo isso são provas de como a autonomia da vontade individual é de suma importância na vida pessoal e social, e que, se negadas, podem gerar inúmeros reflexos negativos.

Através das mais diversas fontes de estudo, este capítulo buscou demonstrar a grandiosidade e necessidade do privilégio da autonomia da vontade, mesmo que diante do todo social, e suas necessárias limitações. O ser humano deve ter sua individualidade garantida, para que possa agir e viver dignamente, e isso refletirá diretamente na forma como a sociedade se constituirá, inclusive em um de seus núcleos principais, que é a família.

Trata-se de um direito intrínseco e básico do ser humano, pelo qual se deve sempre lutar, pois, sem ele, a pessoalidade será obscurecida, de modo a pôr em risco a própria autopreservação pessoal e coletiva.

É a partir dessa linha de raciocínio que se concluirá este capítulo, com alusão a Ihering:

“A luta pelo direito é um dever do titular interessado para consigo mesmo. A conservação da própria existência é a lei suprema de todo o Universo; na busca da autopreservação, ela está em todas as criaturas. Mas, para o homem, não se trata apenas da vida física, mas também de sua existência moral, cuja necessidade é a de conservação do direito. O ser humano, através do direito, possui e defende sua existência (...) defender o direito é, pois, dever moral de autopreservação (...) ao defender o que é seu, o agredido acaba por defender a si mesmo, a sua personalidade (...) é dever de todo homem, para consigo mesmo, o de repelir, por todos os meios de que dispuser, toda a agressão ao direito, na qual esteja envolvida sua pessoa, pois, mantendo-se passivo diante do ataque, estará

aceitando, ao menos por um momento, a ausência do direito em sua vida. Ninguém, na verdade, concorrerá para que isso ocorra.”³¹

Garantir autonomia e individualidade é garantir dignidade, liberdade e igualdade, para que as pessoas possam viver quem realmente são. Essa liberdade as impulsionará para a busca de vidas completas, para si e para os que estão a sua volta, até porque, quando satisfeitas consigo mesmas, as pessoas se motivam pela busca do bem geral. Sem essas virtudes, a vida torna-se mera sobrevivência (ou quem sabe servidão, como ensina Boétie, de apenas existir para o funcionamento do todo). Seria como a vida mecanicamente, e não efetivamente vivida (com individualidade).

Como visto, por mais difícil que seja, há como as pessoas lutarem por aquilo que desejam. Essa é a essência natural do ser humano, de modo que, na vida prática, tudo se resume a uma questão de escolha entre o lutar e o aceitar: “Não há dúvidas, pois, de que a liberdade é natural e que, pela mesma ordem e de idéias, todos nós nascemos não só senhores da nossa alforria mas também com condições para a defendermos.”³².

1.2. O direito à liberdade

“Liberdade é uma palavra que o sonho humano alimenta, não há ninguém que explique e ninguém que não entenda.”

(Cecília Meirelles, “O Romanceiro da Inconfidência”)

Com absoluta consagração no ordenamento jurídico pátrio, o direito à liberdade mostra-se como um dos pilares do direito brasileiro. Na verdade, indubitavelmente, exerce o mesmo papel em diversos países do mundo, em especial naqueles regidos pela democracia. Trata-se de algo aparentemente simples, mas verdadeiramente complexo.

³¹ IHERING, Rudolf Von. A Luta Pelo Direito. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; p. 43, 44 e 45.

³² BOÉTIE, Étienne de La. Discurso Sobre a Servidão Voluntária. Disponível em: <http://www.miniweb.com.br/biblioteca/artigos/servidao_voluntaria.pdf>. Acesso em: 15 mar.2019;

No subcapítulo acima, percebeu-se que a autonomia da vontade fora utilizada como centralizador dos demais direitos fundamentais aqui tratados (liberdade, igualdade e dignidade), pelo fato de representar a exteriorização das aspirações pessoais do indivíduo, a qual traz consigo esses três direitos. E, como explicado, o que inspira as pessoas e, ao mesmo tempo, lhes garante o gozo disso, são elementos/direitos como a liberdade.

Mesmo que a igualdade e a dignidade também sejam absolutamente fundamentais, parece que, para o fim aqui estudado, o braço direito da autonomia da vontade é a liberdade, tanto é que, muitas vezes, elas convergem em suas definições. Ter e exercer autonomia está absolutamente ligado a ter e exercer liberdade, e vice-versa.

Destarte, imprescindível sua abordagem, obviamente de forma delimitada, com foco naquilo que diz respeito à sua relação com a autonomia da vontade e principalmente com a família, até porque, como a imensa e esparsa doutrina mundial comprova, há séculos a liberdade é objeto de inúmeros tratados.

A liberdade é essencial para que a família se constitua e exista de forma pura e sincera, bem como para que seja respeitada e permanente. Há que se respeitar a liberdade dos indivíduos em constituírem suas famílias da forma como entendem devida, e não com base no que prega uma norma específica, muitas vezes desatualizada e inaplicável ao desejo e realidade daquela pessoa. Se for o inverso, será a lei que compelirá o indivíduo a ser familiar de alguém, e não seu desejo pessoal, o que se mostra descabido e arbitrário, diante da importância que a família tem na vida de alguém e na sociedade (em especial se for algo bom e positivo).

Não se diz que a lei não é necessária para regular as relações familiares, mas, o ponto fulcral desse subcapítulo é mostrar como os indivíduos devem ser livres para a composição familiar que estão inseridos, ou desejam inserir. A história e inúmeras alterações até então ocorridas mostram isso, de maneira que é essencial que isso prossiga e se aprimore.

Logo, far-se-á ampla abordagem sobre esse direito, com vistas a melhor entendê-lo, bem como justificar uma das razões que ocasionaram as mudanças familiares até hoje. Assim como feito com a autonomia da vontade, necessário começar pela conceituação da língua portuguesa:

“[Do lat. *Libertate*] 1. Faculdade de cada um se decidir ou agir segundo a própria determinação. Poder de agir, no seio de uma sociedade organizada, segundo a própria determinação, dentro dos limites impostos por normas definidas. 3. Faculdade de praticar tudo quanto não é proibido por lei. 4. Supressão ou ausência de toda a opressão considerada anormal, ilegítima, imoral. 5. Estado ou condição de homem livre. 6. Independência, autonomia.”³³.

Conforme De Plácido e Silva, já no campo jurídico, *liberdade* vem:

“Do latim *libertas*, de *liber* (livre), indicando, genericamente a condição de livre ou estado de livre, significa, no conceito jurídico, a faculdade ou o poder outorgado à pessoa para que possa agir segundo sua própria determinação, respeitadas, no entanto, as regras legais instituídas. A liberdade, pois, exprime a faculdade de se fazer ou não fazer o que se quer, de pensar como se entende, de ir e vir a qualquer atividade, tudo conforme a livre determinação da pessoa, quando não haja regra proibitiva para a prática do ato ou não se institua princípio restritivo ao exercício da atividade (...) Os romanos a definiam: ‘A liberdade é a faculdade natural de fazer cada um o que deseja, se a violência ou o direito não lhe proíbe’”³⁴.

De modo geral, pode-se concluir pela prerrogativa individual que cada ser possui, para praticar algum ato, desde que nenhuma objeção legal se faça contrária. É

³³ Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 5. São Paulo: Positivo, 2010; p. 1261.

³⁴ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico Conciso. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010; p. 492

curioso que, diferentemente da autonomia da vontade, aqui, os conceitos já tiveram foco maior na contrapartida da liberdade, que é sua limitação predeterminada.

Assim como Stuart Mill mostrou-se fundamental para a exauriente compreensão do subcapítulo anterior, Norberto Bobbio exerce o mesmo papel nesta hora. Em 1995, desenvolveu a obra “Igualdade e Liberdade”. No prefácio, o Autor já é veementemente didático, de modo que o primeiro parágrafo do livro traz uma visão importantíssima para este trabalho inteiro:

“Os dois valores da liberdade e da igualdade remetem um ao outro no pensamento político e na história. Ambos se enraízam na consideração do homem como pessoa. Ambos pertencem à determinação do conceito de pessoa humana, como ser que se distingue ou pretende se distinguir de todos os outros seres vivos. Liberdade indica um estado; igualdade, uma relação. O homem como pessoa – ou para ser considerado como pessoa – deve ser, enquanto indivíduo em sua singularidade, livre; enquanto ser social, deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade (...) Afirmar a liberdade e a igualdade como valores significa que elas são, respectivamente, um estado do indivíduo e uma relação entre indivíduos desejáveis de modo geral. Os homens preferem ser livres a ser escravos. Preferem ser tratados de modo justo e não injusto. Tanto mais que, nas sociedades que existiram historicamente, nunca todos os indivíduos foram livres ou iguais entre si. A sociedade de livres e iguais é um estado hipotético, apenas imaginado. (...) Liberdade e igualdade são os valores que servem de fundamento à democracia.”³⁵.

Em suma, liberdade indica um estado de uma pessoa, até para que possa ser considerada como pessoa; base elementar da democracia. É incrível a forma didática com que o Autor constrói a noção de dois institutos tão complexos. E, de forma

³⁵ BOBBIO, Norberto. Liberdade e Igualdade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995; p. 7 e 8.

magistral, os conceitos de liberdade se alinham perfeitamente à ideia passada quanto à autonomia da vontade. Em seguida, conceitualmente, leciona que “a liberdade é uma qualidade ou propriedade da pessoa (não importa se física ou moral)”³⁶.

Dentre as inúmeras distinções técnicas existentes, o Autor também se preocupa em diferenciar a liberdade negativa da positiva, trabalho também muito famoso pelas mãos de Isaiah Berlin.

Quanto à liberdade negativa, explica: “na linguagem política, entende-se a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos”³⁷. Já quanto à liberdade positiva:

“entende-se – na linguagem política – a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer dos outros. Essa forma de liberdade é também chamada de autodeterminação ou, ainda mais propriamente, de autonomia”³⁸.

Ambas se alinham à autonomia aqui desenvolvida (em seu aspecto puro e externado): a pessoa pode se determinar como quer, e nada é capaz de lhe travar isso, a não ser quando sua decisão influi na vida alheia. E para extinguir qualquer dúvida quanto ao que explica, o Autor conclui de forma mais didática ainda, tratando da liberdade de agir e de querer:

“a liberdade negativa é uma qualificação da ação; a liberdade positiva é uma qualificação da vontade (...) mais do que liberdade negativa e positiva, seria talvez mais apropriado falar de liberdade de agir e liberdade de querer, entendendo-se, pela primeira, ação não

³⁶ Idem; p. 12.

³⁷ Idem; p. 48.

³⁸ Idem; p. 51.

impedida ou não forçada, e, pela segunda, vontade não heterodeterminada e sim autodeterminada.”³⁹.

Se o indivíduo não pudesse querer e agir, com liberdade, ainda estaríamos presos às mais primitivas noções de família, mesmo com o passar dos milênios; e não só de família, mas também da sociedade em geral. Veja-se que as duas formas de liberdade se mostram como elementos necessários para que as pessoas vivam da forma que desejam, inclusive na constituição de suas famílias (diversas alterações nesse sentido, ao decorrer do tempo).

As lições de Berlin são no mesmo sentido do Autor, quando explica que, no que tange à liberdade negativa: “Normalmente sou considerado livre na medida em que nenhum homem ou grupo de homens interfere com a minha atividade.”. Já no que concerne à liberdade positiva:

“O sentido ‘positivo’ da palavra ‘liberdade’ provém do desejo que o indivíduo nutre de ser seu próprio senhor. Desejo que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo, e não de forças externas de qualquer tipo. Desejo ser o instrumento de meus próprios atos de vontade, e não dos de outros homens. Desejo ser um sujeito, e não um objeto; ser movido pela razão, por objetivos conscientes, que são meus, e não por causas que me afetam como que de fora. Desejo ser alguém, e não ninguém; um agente - decidindo, e não deixando que outros decidam guiado por mim mesmo e não influenciado pela natureza externa ou por outros homens como se eu fosse uma coisa, um animal ou um escravo incapaz de desempenhar um papel humano, isto é, de conceber metas e políticas próprias e de realizá-las. Isso é pelo menos parte do que quero dizer quando afirmo que sou racional e que é a minha razão que me distingue como ser humano do resto do mundo. Acima de tudo, desejo ser consciente de mim mesmo como alguém que age, tem vontade e pensa,

³⁹ Idem; p. 52 e 53.

responsável por minhas escolhas e capaz de explicá-las a partir de minhas idéias e meus propósitos. Sinto-me livre na medida em que acredito que isso seja verdade, e escravizado na medida em que sou convencido do contrário.”⁴⁰

Quem também engrandece esse pensamento é José Afonso da Silva, em sua obra, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, quando, dentre várias observações, além das noções trazidas acima, ainda acrescenta a distinção entre liberdade interna e externa:

“Liberdade interna (chamada também liberdade subjetiva, liberdade psicológica ou moral e especialmente liberdade de indiferença) é o livre-arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem. Por isso é chamada igualmente de liberdade do querer. Significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo; vale dizer, é o poder de escolha, de opção, entre fins contrários. E daí outro nome que se lhe dá: liberdade dos contrários. Liberdade externa, também denominada liberdade objetiva, consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculo ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente. Por isso é que também se fala em liberdade de fazer, poder fazer tudo o que se quer. Mas um tal poder, se não tiver freio, importará no esgotamento dos fracos pelos fortes e na ausência de toda liberdade dos primeiros. É nesse sentido que se fala em liberdades no plural, liberdades públicas (sentido estrito) e liberdades políticas.⁴¹

⁴⁰ BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. Disponível em: <https://www.academia.edu/36170808/Berlin_Dois_Conceitos_de_Liberdade_Isaiah_Berlin?auto=download>. Acesso em: 23 ago. 2019.

⁴¹ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32. São Paulo: Malheiros, 2009; p. 231 e 232.

Tal definição é primordial, pois, além de tratar do indivíduo, apresenta também a presença dos outros dois fatores fundamentais expostos anteriormente: os direitos alheios e a necessidade de Estado para regulamentar a vida social. Todos esses fatores foram e são essenciais nas alterações familiares, até para que sejam legítimas.

Interessante observação é feita pelo Autor sobre liberdade, no que tange ao tema aqui trabalho: “o homem se torna cada vez mais livre na medida em que amplia seu domínio sobre a natureza e sobre as relações sociais.”⁴². Parece que é isso que ocorre atualmente. O homem sabe dos problemas que o circundam numa sociedade multicultural, e, ao mesmo tempo, retrógrada; então, diante disso, desenvolve a busca de suas vontades a partir de um agir inteligente, racional, e não apenas emocional ou instintivo, que seria exclusivamente decorrente de sua natureza, sem levar em consideração os demais fatores necessários. Assim, consegue agir de forma segura, quanto às suas decisões.

Ainda, há quatro clássicos que carregam a liberdade por onde quer que seja, ao redor do mundo. Inicia-se pelo século XVII, no qual Thomas Hobbes, opina que:

“O significado da palavra LIBERDADE, em sentido próprio, é a ausência de Oposição (entendendo-se por Oposição os Impedimentos externos do movimento) e se aplica tanto às criaturas Racionais como às Irracionais e Inanimadas (...) de acordo com esse significado, um HOMEM LIVRE é aquele que não é impedido de fazer as coisas que tem vontade e as faz graças à sua força e engenho”⁴³.

Em seguida, no século XVIII, Montesquieu também contribuiu com sua visão sobre o assunto, ao pontuar que “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis

⁴² DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. São Paulo: Malheiros, 2009; p. 231.

⁴³ HOBBES, Thomas. *Leviatã ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. 3. São Paulo: Ícone, 2008; p. 154.

permitem. Se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ele já não teria liberdade, pois os outros teriam igualmente esse poder.”⁴⁴.

Seu ponto de vista é importantíssimo, pois, de forma muito simples, traduz a ideia de cuidado com o direito alheio. Ora, realmente a ideia primária é de que cada um pudesse fazer o que deseja; mas, se alguém fizer isso, automaticamente ceifaré a liberdade do outro, de maneira que não mais existiria liberdade assegurada a ninguém.

E é por isso que a organização coletiva e social é tão fundamental, bem como a presença do Estado, o que traz à tona o pensamento de outro grande Autor, o qual, brilhantemente, também se preocupou em cuidar desse problema.

Em sua principal obra, “Do Contrato Social”, Rousseau faz questão de falar sobre liberdade, dispendo que: “renunciar à sua liberdade é o mesmo que renunciar à sua qualidade de homem, aos direitos da humanidade, até mesmo a seus deveres”⁴⁵. De forma totalmente direta, o Autor condiciona a existência humana à liberdade; o que parece, uma pessoa sem liberdade seria uma pessoa sem qualidade existencial, direitos e deveres. Ou seja, basicamente um mero habitante da terra, sem valor ou expressão.

Nada impede que as três visões trazidas até aqui sejam concatenadas. Enquanto o primeiro defende a liberdade sem interferência, o segundo trata da necessidade de exercer a liberdade sem deixar de olhar ao outro, e o terceiro se preocupa com a liberdade ligada os valores pessoais, indispensáveis para a condição humana. Se pensado de forma racional, é axiomático que os conceitos conversam, e formam um “super-conceito”, no que tange à liberdade.

E não é só. Alinhado com os demais, John Rawls, por meio de sua obra, “Uma Teoria da Justiça”, explica que: “a descrição geral de qualquer liberdade, assume a seguinte forma: esta ou aquela pessoa (ou pessoas) está (ou não está) livre desta ou

⁴⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. 9. O Espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 2008; p. 167.

⁴⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. São Paulo: CD, 2005; p. 22;

daquela restrição (ou conjunto de restrições) para fazer (ou não fazer) isto ou aquilo.”⁴⁶. Em três linhas, o Autor trouxe diversas teorias sobre liberdade e foi exato em comprimir sua ideia geral.

Além dessas análises teóricas, também é relevante abordar o tratamento legal da liberdade; inúmeros códigos, leis, cartas e documentos a tutelam. A começar pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), dispõe que: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”⁴⁷.

Igualmente, e com tamanho grau de importância à humanidade, a Declaração Universal de Direitos Humanos também cuidou da liberdade, sob vários prismas, especialmente nos seus quatro primeiros artigos – o que revela sua indescritível essencialidade ao mundo:

“Artigo I: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II: 1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

⁴⁶ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 4. São Paulo: Martins Fontes, 2016; p 248.

⁴⁷ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 21mar. 2019;

Artigo III: Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV: Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.”⁴⁸

Trata-se de direito tão primordial, que está em primeiro na lista a ser observada pelas nações. Nesse sentido, como forma de comprovar a universalidade atual deste direito, não se olvide de uma das mais famosas emendas constitucionais do mundo, feita na Constituição dos Estados Unidos da América. A denominada “Emenda XIV”, consagrou expressamente o direito à liberdade ⁴⁹.

É chegada então a Carta que mais interessa ao presente estudo, visto que a norteadora de todas as relações jurídicas brasileiras. Na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a liberdade é citada em três partes substanciais: Preâmbulo⁵⁰, objetivos fundamentais⁵¹, e direitos e garantias fundamentais⁵².

Pelo que se nota da doutrina nacional, esta compõe algo equivalente à tríade dos principais direitos constitucionais: vida, dignidade e liberdade. De fato, são três peças-chave para o sustento e evolução da democracia republicana.

⁴⁸ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 19mar. 2019;

⁴⁹ “1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.”

⁵⁰ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

⁵¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

⁵² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”

Após essas noções indispensáveis, mostra-se mais límpida ainda a noção de que, quem aspira exercer sua autonomia individual, nada mais busca que se completar em sua existência, e, por conseguinte, alcançar sua felicidade. Logo, se conclui que o exercício da autonomia da vontade nada mais é do que a busca da felicidade. E a liberdade é a chave-mestra para que isso aconteça. Para garantir essa afirmação, novamente José Afonso da Silva se faz presente, visto que foi quem melhor alinhou a liberdade com o que hoje mais se aproxima de sua aplicabilidade:

“O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade (...) liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.⁵³

A liberdade é um meio, e, ao mesmo tempo, um fim ao homem. Deve ser por isso que Kant disse que o homem é um fim em si mesmo, e a liberdade sempre éposta como essencial à existência humana. A liberdade impulsiona as pessoas para viver, para buscar seus objetivos, e não apenas cumprirem papel mecânico no plano existencial; é como uma força de ordem extrafísica.

Nesse sentido, veja-se as lições de Etiénne de la Boétie: “Quantos prodígios temos ouvido contar sobre a valentia que a liberdade põe no coração dos que a defendem! (...) Com a perda da liberdade, perde-se imediatamente a valentia.”⁵⁴ Sem essa “valentia”, a pessoa se anula, e força supracitada cessa, e as razões existenciais se esvaem.

Por mais difícil que seja, há como as pessoas lutarem por aquilo que desejam, em evidente exercício da liberdade, bem como por sua busca cada vez maior. Essa é a essência natural do ser humano, de modo que, na vida real, tudo se resume a uma

⁵³ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Op. cit., p. 233.

⁵⁴ BOÉTIE, Étienne de La. Discurso Sobre a Servidão Voluntária. Disponível em: <http://www.miniweb.com.br/biblioteca/artigos/servidao_voluntaria.pdf>. Acesso em: 15 mar.2019;

questão de escolha entre o lutar e o aceitar: “Não há dúvidas, pois, de que a liberdade é natural e que, pela mesma ordem e de idéias, todos nós nascemos não só senhores da nossa alforria mas também com condições para a defendermos.”⁵⁵.

Pensamentos desenvolvidos há séculos são absolutamente atuais, em provavelmente, serão daqui a séculos, novamente. A única mudança está nas formas individuais e sociais de cada momento histórico, sendo que a fórmula terá sempre a mesma postura. Nessa esteira, num passado próximo, Norberto Bobbio fez uma reflexão sempre atual:

“Num rápido panorama de conjunto dos problemas da liberdade na sociedade contemporânea, parece-me possível identificar dois temas principais: por um lado, a emergência de demandas de liberdades completamente novas; por outro, novas formas de defesa das velhas liberdades”⁵⁶.

É justamente isso que o Direito de Família enfrenta hodiernamente, pois não param de surgir novos conceitos nas relações familiares, e sempre acompanhados de ferramentas destinadas à garantia de sua existência e eficácia. Todas essas lições trazidas serão aplicadas no momento de abordagem das mudanças familiares, afinal, a liberdade é substancial para que ocorram.

Acima de tudo, e independente de opiniões adversas, a realidade prova que há pessoas, a partir de suas liberdades, querendo determinar-se individualmente, e, consequentemente, constituindo suas formas de vida e de família, sem interferência alheia. Se certa classe de pessoas concorda ou não com isso, é outra questão. É realidade. Hora ou outra, assim como fora até hoje, se realmente forem situações sinceras e necessárias, prosperarão, até mesmo em prol deste direito tão brilhante aqui estudado. É a liberdade quem leva a família a mudar, e quem garante a permanência da mudança, ao mesmo tempo.

⁵⁵ Idem;

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. Liberdade e Igualdade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995; p. 92.

Por todo o exposto, não restam dúvidas da substancialidade que a liberdade possui na seara pessoal, social e familiar. Para concluir, mesmo diante de tudo que já fora visto até agora, importante trazer a reflexão de Viktor Frankl, o qual sobreviveu ao Holocausto, e que, portanto, possui total autoridade para falar desse direito que já lhe foi totalmente tutelado e mitigado: “Tudo pode ser tirado de uma pessoa, exceto uma coisa: a liberdade de escolher sua atitude em qualquer circunstância da vida.”⁵⁷.

Esse pensamento fundamenta o presente trabalho. Mesmo com todas as limitações necessárias ao saudável convívio social, a liberdade não pode ser posta em segundo plano. Família sem liberdade é obrigação, e implica em sua existência apenas aparente, e não real. Até mesmo para que se cumpra sua essência e não mais se desague em tantas lutas desnecessárias, como acontece até hoje, é almejável que a liberdade seja usada como flor, e não espinho, em especial quando utilizada dentro e para o núcleo da sociedade (a família), que possui caráter essencial para o bom desenvolvimento coletivo e individual.

1.3. O direito à igualdade

Ao falar de autonomia da vontade e liberdade, fica difícil excluir a análise da igualdade. Afinal, acredita-se que ninguém busca se autodeterminar para ser inferior a outrem, ou então ter acesso à liberdade para se subjugar perante o próximo. A tendência natural do homem é a evolução, de modo que, se esta for vista como fim, a igualdade é um dos principais meios de alcançá-la.

Nesse sentido, antes mesmo de qualquer análise técnica ou conceitual, mostra-se basilar a colocação de Thomas Hobbes, acerca do homem e a igualdade:

“A natureza criou os homens tão iguais nas faculdades do corpo e do espírito (...) dessa igualdade de capacidade entre os homens resulta a igualdade de esperança quanto ao nosso Fim. Essa é a causa de que,

⁵⁷ FRANKL, Viktor. Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/MjMzMDEx/>>. Acesso em: 12 mar.2019;

se os homens desejam a mesma coisa e não possam desfrutá-la por igual, tornam-se inimigos e, no caminho que conduz ao Fim (que é, principalmente, sua sobrevivência e, algumas vezes, apenas seu prazer) tratam de eliminar ou subjugar uns aos outros.”⁵⁸

Todos nascem similarmente iguais, sendo admitidos tratamentos desiguais apenas quando a própria situar demandar, para que se evite qualquer tipo de discriminação. Ao mesmo tempo, mesmo que se tente equalizar as situações, a humanidade também enfrenta um grande problema, que se refere à dicotomia entre vontades (inclusive nos fins e caminhos para ela), onde, em prejuízo da igualdade, diversos fatores se fazem presentes (como o poder), para que alguns sempre tentem fazer prevalecer suas convicções perante as de outros.

As mudanças na Família sempre estiveram no meio de todas essas problemáticas, de modo que, apenas passou a ser mais facilmente trabalhada quando se enxergou a necessidade de aceitar da pluralidade humana, a qual, por si só, comprova que todas as pessoas são seres individualmente diferentes. A partir disso, entendeu-se (ainda não absoluto) que as pessoas podem viver sua vida pessoal e familiar como desejarem, sem que sejam discriminadas por quem discorda.

Hannah Arendt explicita:

“A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar

⁵⁸ HOBES, Thomas. Leviatã ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. 3. São Paulo: Ícone, 2008; p. 94 e 95.

suas necessidades imediatas e idênticas. Ser diferente não equivale a ser outro – ou seja, não equivale a possuir essa curiosa qualidade de alteridade (...) a alteridade é, sem dúvida, aspecto importante da pluralidade; é a razão pela qual todas as nossas definições são distinções e o motivo pelo qual não podemos dizer o que uma coisa é sem distingui-la de outra (...) no homem, a alteridade que ele tem em comum com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares. Essa distinção singular vem à tona no discurso e na ação. Através deles, os homens podem distinguir-se, ao invés de permanecerem apenas diferentes; a ação são os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas enquanto homens. Esta manifestação, em contraposição à mera existência corpórea, depende da iniciativa, mas trata-se de uma iniciativa da qual nenhum ser humano pode abster-se sem deixar de ser humano.”⁵⁹

Em tão poucas palavras, muitas são as lições passadas. Primeiro pela substancialidade das pluralidades e diferenças - até mesmo para que haja igualdade -, bem como das ações e discursos humanos. Segundo, pela exatidão na colocação “pluralidade de seres singulares”, pois é isso que as pessoas e as famílias são: diversos singulares que formam um todo integrado. É por isso que as mudanças ocorrem e sempre ocorrerão, de maneira que homem nenhum poderá frear tal movimento natural.

Seu pensamento encaixa-se perfeitamente ao trabalho, pois cada pessoa é única, e, consequentemente, cada formação familiar será única, através da união de vários “únicos”, cada qual com vontades e individualidades únicas, que formarão famílias únicas, e fomentarão esse movimento *ad aeternum*.

⁵⁹ ARENDT, Hannah. A Condição Humana. 8. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997; p. 188 e 189;

Se não fosse através das manifestações humanas (dos diferentes que precisam ser tratados com igualdade), jamais poder-se-ia distinguir as diferenças, de modo que, sabe-se lá como seria o mundo de hoje. Nesse sentido, a Autora lembra: “a vida sem discurso e sem ação está literalmente morta para o mundo (...) é com palavras e atos que nos inserimos no mundo humano”⁶⁰.

É totalmente complexo imaginar a existência humana sem que as pessoas possam se expressar. Logo, não há como afastar as manifestações humanas para distinguir os semelhantes. Seria como uma vida de robôs. E sempre será curiosa a razão de tantos seres semelhantes serem tão diferentes. Até nisso, Arendt aclara a visão:

“Com a criação do homem, veio ao mundo o próprio preceito de início; e isto, naturalmente, é apenas outra maneira de dizer que o preceito de liberdade foi criado ao mesmo tempo, e não antes, que o homem. É da natureza do início que se comece algo novo, algo que não pode ser previsto a partir de coisa alguma que tenha ocorrido antes. Este cunho de surpreendente imprevisibilidade é inerente a todo início e toda origem”⁶¹.

A resposta é clara por si só. Cada nova vida representa algo novo, inesperado, que não se sabe o que resultará. Nada nem ninguém é igual. O que garante que algo que está começando do zero formar-se-á nos exatos moldes daqueles que o criaram e o “tutelam”? São novos caminhos. A própria família espelha isso. Não há como dizer que as famílias sempre foram uniformes, muito pelo contrário. E é por isso que, ao lado da igualdade a ser garantida aos diferentes, a liberdade foi colocada pela Autora e é tão importante ao trabalho, pois não se pode esquecer que cada início inaugura uma nova liberdade (inclusive de vida), não devendo ser tratado desigualmente apenas por esse fator. É natural que os diferentes, com liberdade, ajam por caminhos distintos. É com essa noção que a Autora conclui:

⁶⁰ Idem; p. 189;

⁶¹ Idem; p. 190 e 191;

“O fato de que o homem é capaz de agir significa que se pode esperar dele o inesperado, que ele é capaz de realizar o infinitamente improvável. E isto, por sua vez, a cada nascimento, vem ao mundo algo singularmente novo. Desse alguém que é singular pode-se dizer, com certeza, que antes dele não havia ninguém. Se a ação, como início, corresponde ao fato do nascimento, se é a efetivação da condição humana da natalidade, o discurso corresponde ao fato da distinção e é a efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, do viver como ser distinto e singular entre iguais”.⁶²

Como dito, cada pessoa nasce em uma família, permanecendo ou não nela, e agindo ou não de acordo com os conceitos por ela adotados; então, logo se unirá a outro ser, que também passou pelo mesmo processo, de modo a formarem outra família, com outras concepções, e assim sucessivamente. Tal pluralidade promove as mudanças e impede a estagnação familiar. Viver-se-á uma eterna pluralidade de semelhantes, formada por diferentes, mas todos merecedores da tutela de igualdade.

Todas essas lições são importantes, posto que a melhor forma de entender e tratar da igualdade é através da compreensão de sua essência, inclusive com aplicação na família. Esclarecida a ligação que a igualdade tem com as alterações no âmbito familiar, oportuno verificar suas demais acepções relevantes.

A começar pelas noções linguísticas, o Dicionário Aurélio conceitua que se trata de: “1. Qualidade ou estado de igual; paridade. 2. Uniformidade, identidade. 3. Equidade, justiça. 4. Propriedade de ser igual.”⁶³. Estritamente, o termo foge à amplitude que o direito lhe confere, que está justamente na diferença. Juridicamente, garantir igualdade implica em observar e garantir diferenças. Até mesmo por isso, uma vez mais revelam-se essenciais os dizeres de De Plácido, à boa compreensão teórica dos institutos jurídicos:

⁶² Idem; p. 191;

⁶³ Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 5. São Paulo: Positivo, 2010; p. 1122.

“Do latim *aequalitas*, de *aequalis* (igual, semelhante), é indicativo da semelhança de caracteres ou elementos componentes de duas coisas. Assim, a igualdade é a uniformidade de grandeza, de razão, de proporção, de extensão, de peso, de altura, enfim, de tudo que possa haver entre duas ou mais coisas. É a evidência de coisas perfeitamente similares ou idênticas, de modo que uma se apresenta como uma semelhança da outra, com os mesmos requisitos e elementos que se possam exibir. Embora a igualdade tenha consigo o sentido de identidade, as coisas iguais não se confundem numa só; distinguem-se de *per si*, mostrando, no entanto, estreita uniformidade entre elas. (...) É designação dada ao princípio jurídico instituído constitucionalmente, em virtude do qual todas as pessoas, sem distinção de sexo, ou nacionalidade, de classe ou posição, de religião ou de fortuna, têm perante a lei os mesmos direitos e as mesmas obrigações.”⁶⁴

Seu pensamento retrata basicamente tudo o que fora tratado até o momento. Ademais, no que tange à seara estritamente legal, assim como destacado no item anterior, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) não deixou margem à discussão da igualdade. Logo no seu primeiro artigo dispôs: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”⁶⁵.

Entende-se por utilidade comum, todas as situações em que, ao igualar as pessoas, alguma delas sairia prejudicada. Por exemplo, não se pode exigir que um deficiente visual tenha a mesma desenvoltura numa prova de concurso, como um não deficiente. Para isso, é preciso colorar o deficiente num patamar de diferença, a fim de que possa ter o mesmo direito de prestação do concurso garantido.

⁶⁴ SILVA. De Plácido e. Vocabulário Jurídico Conciso. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010; p. 409 e 410;

⁶⁵ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 21mar. 2019;

De igual forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), declarou:

“Artigo I: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II: 1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.⁶⁶

Já dentro da esfera nacional, a Constituição Federal de 1988 também consagra a igualdade desde a parte preambular, posteriormente colocando-a como princípio e direito fundamental do indivíduo. E é justamente na primeira expressão do artigo mais importante da Carta Magna Brasileira (artigo 5º), que se extrai: “Todos são iguais perante a lei”⁶⁷.

A partir do momento em que o Constituinte declarou esse princípio expressamente, todo o ordenamento jurídico pátrio teve de curvar-se e adequar-se a ele. O Estado Democrático de Direito não concebe qualquer diferenciação entre as pessoas, com exceção das declaradamente necessárias. Deve-se tratar os iguais igualmente, e os desiguais na medida de suas desigualdades.

⁶⁶ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 19mar. 2019;

⁶⁷ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 23 mar. 2019.

Inclusive, é válido expressar que, ao lado da igualdade, caminha a já citada isonomia, que fora muito bem lembrada por Inocêncio Mártires Coelho:

“Quanto ao princípio da isonomia, significa em resumo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. Como, por outro lado, no texto da nossa Constituição, esse princípio é enunciado com referência à lei – todos são iguais perante a lei -, alguns juristas construíram uma diferença, porque a consideram importante, entre a igualdade na lei e a igualdade diante da lei, a primeira tendo por destinatário precípuo o legislador, a quem seria vedado valer-se da lei para fazer discriminações entre pessoas que mereçam idêntico tratamento; a segunda, dirigida principalmente aos intérpretes/aplicadores da lei, impedir-lhes-ia de concretizar enunciados jurídicos dando tratamento distinto a quem a lei encarou como iguais. Essa diferença, tem-na por desnecessária, ao menos entre nós, José Afonso da Silva, ‘porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram há muito a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei’”.⁶⁸

No mesmo sentido, importante destacar também as lições de Bobbio:

“é necessário distinguir de modo mais preciso a igualdade perante a lei da igualdade de direito, da igualdade nos direitos e da igualdade jurídica (...) a igualdade perante a lei é apenas uma forma específica e historicamente determinada de igualdade de direito ou dos direitos (por exemplo, do direito de todos de terem acesso à jurisdição comum, ou aos principais cargos civis e militares, independentemente do nascimento); já a igualdade nos direitos

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 4. São Paulo: Saraiva, 2009; p. 179;

compreende, além do direito de serem considerados iguais perante a lei, todos os direitos fundamentais enumerados numa Constituição, tais como os direitos civis e políticos, geralmente proclamados (o que não significa que sejam reconhecidos de fato) em todas as Constituições modernas. Finalmente, por igualdade jurídica, se entende, habitualmente, a igualdade naquele atributo particular que faz todo membro de um grupo social, inclusive a criança, um sujeito jurídico, isto é, um sujeito dotado de capacidade jurídica”⁶⁹.

Igualdade e isonomia são indispensáveis, posto que são uns dos principais meios de se garantir a não discriminação. Afinal, como explicado, não adiantaria nada tratar de forma igual os diferentes. Nessa esteira, Paulo Mota Pinto complementa:

“a proteção contra a discriminação não é, exclusivamente, uma proteção do indivíduo - da pessoa isolada -, mas também do grupo em que ela se insere e, mesmo, da sociedade em geral (...) ao evitar a exclusão da pessoa, e possibilitar-lhe a participação na vida social, tal proteção visa igualmente criar as condições para um efetivo exercício dos direitos de liberdade de que a pessoa é titular.”⁷⁰

Em síntese, corroborando o exposto, Pietro Perlingieri apresenta a questão de forma muito didática:

“o princípio da igualdade é violado seja quando, sem justificações constitucionalmente relevantes, cidadãos em situações iguais recebem um tratamento diverso, seja quando cidadãos em situações diferentes e desproporcionadas recebem um tratamento idêntico. Igualdade não significa igualitarismo: não se pretende a igualdade de

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. Liberdade e Igualdade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995; p. 30.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; p. 319;

todos em tudo, independentemente dos méritos e das competências.”⁷¹.

Independentemente das ilustres lições doutrinárias sobre o assunto, o que interessa é garantir que os indivíduos sejam tratados sem qualquer tipo de desigualdade, em especial na sua vida privada, compreendida a vida familiar. A igualdade se mostra basilar para este trabalho, pois serviu e serve de fundamento para diversas mudanças na família, afinal, a partir do exemplo mais didático possível, não mais se poderia aceitar a mulher como submissa ao homem (desigualdade flagrante).

Se o mundo seguisse ou ainda seguir (em alguns setores) praticando condutas discriminatórias e arbitrárias, além de forçar revoluções para a necessária presença da igualdade (como na maioria dos casos até hoje), não se permitirá que a alteridade social ocorra de modo natural, colocando em risco até mesmo o bem-estar social. O pensamento de Bobbio se alinha ao raciocínio discorrido:

“A igualdade, como valor supremo de uma convivência ordenada, feliz e civilizada – e, portanto, por um lado, como aspiração perene dos homens vivendo em sociedade, e, por outro, como tema constante das ideologias e das teorias políticas -, é frequentemente acoplada com a liberdade.”⁷².

Nota-se o valor inestimável da igualdade, posto que tida como requisito básico para garantia de saudável convivência social. É fator fundamental para garantir boa relação entre os integrantes de um mesmo corpo social, até mesmo dentro da própria família, que sempre foi centro de inúmeras discriminações também:

“a igualdade é pura e simplesmente um tipo de relação formal, que pode ser preenchida pelos mais diversos conteúdos (...) é um modo

⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 485;

⁷² BOBBIO, Norberto. *Liberdade e Igualdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995; p. 12.

de estabelecer um determinado tipo de relação entre os entes de uma totalidade, mesmo quando a única característica comum desses entes seja o fato de serem livres”.⁷³

É a isso que o direito de família vem se adaptando nos últimos anos, pois, a partir do momento em que novas concepções e ideias vão surgindo, de modo a fugir do “padrão”, é apenas através do olhar igualitário daquele que busca ser “diferente”, que se pode ter certeza de que o bem-estar comum seguirá assegurado. Caso contrário, pôr-se-á em xeque até mesmo as mais inerentes capacidades e virtudes humanas:

“os homens devem ser considerados iguais e tratados como iguais com relação àquelas qualidades que, segundo as diversas concepções do homem e da sociedade, constituem a essência do homem, ou a natureza humana enquanto distinta da natureza dos outros seres, tais como o livre uso da razão, a capacidade jurídica, a capacidade de possuir, a dignidade social (como reza o art. 3º da Constituição italiana), ou, mais sucintamente, a dignidade (como reza o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem) etc.”⁷⁴

Tal lição expressa basicamente o que este capítulo primeiro tentou trazer. Todos os direitos se integram e se complementam, inclusive para serem aplicados a seres semelhantes, mas sempre distintos. Sozinhos têm valor, mas, conjuntamente, formam uma força ainda maior, rumo ao melhor bem-estar social possível.

Nisso, tem-se a afirmação de Bobbio, no sentido de que: “a igualdade entendida como equalização dos diferentes é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade. Toda superação dessa ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização.”⁷⁵.

⁷³ Idem; p. 12.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. Liberdade e Igualdade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995; p. 24.

⁷⁵ Idem; p. 43.

A partir disso, e num raciocínio rápido, parece que a solução mundial é simples: aceitar os outros como são, sem querer forçar ou impor formas diferentes do que são e desejam, no âmbito social e familiar. Além da mulher, citada há pouco, veja-se a repudiante dicotomia feita por anos entre filhos legítimos e ilegítimos. É certo que aquilo retratava a sociedade da época. Mas, soa justo fazer distinção entre duas pessoas que, acima de qualquer vínculo sanguíneo, são queridas por vínculos de afeto? Ao homem médio, a resposta é negativa.

Por todo o exposto, evidente que ninguém é igual, de fato. Logo, nenhuma família é igual. Portanto, nenhuma sociedade é igual. E assim sempre será; mudanças sempre ocorrerão. O principal é que todos precisam ser tratados de acordo com a necessária igualdade ou desigualdade, para que haja bom convívio social. Assim sendo, ao se praticar esse direito, automaticamente se eliminarão discriminações, e, sem dúvidas, haverá progresso.

1.4. A dignidade da pessoa humana

Considerado o maior dos princípios brasileiros, aquele que deve nortear todos os demais, a dignidade da pessoa humana não poderia ser deixada de fora. Até mesmo porque ela realmente está presente em todas as mudanças no âmbito familiar, ao menos nas contemporâneas.

É basicamente impossível observar a família atual, sem que se note a presença da dignidade (direito fundamental de suma importância). O mais instigante é que fora dela quem permitiu muitas (se não todas) das evoluções familiares até então existentes na sociedade. Sempre que pessoas ou grupos reivindicavam certos direitos nessa seara, ali estava esse precioso direito – e assim segue a realidade jurídica da família brasileira.

Não há como se falar em garantia de autonomia, liberdade e igualdade, sem se falar em dignidade. Sempre que se privilegia um direito básico e/ou fundamental de

alguém, se privilegia sua dignidade, direta ou indiretamente (muitas vezes ela é o próprio instrumento de efetivação).

Dessa forma, imprescindível que também seja amplamente estudada e compreendida, também com análise específica no âmbito familiar. De início, conveniente expor a parte meramente conceitual. Consoante o Dicionário Aurélio, *pessoa* é:

“1. Homem ou mulher. 5. Cada ser humano considerado na sua individualidade física ou espiritual, portador de qualidades que se atribuem exclusivamente à espécie humana, quais sejam, a racionalidade, a consciência em si, a capacidade de agir conforme fins determinados e o discernimento de valores. 6. Ser ao qual se atribuem direitos e obrigações.”⁷⁶.

Já a *dignidade* refere-se a: “3. Autoridade moral; honestidade, honra, respeitabilidade, autoridade. 4. Decência, decoro. 5. Respeito a si mesmo; amor-próprio.”⁷⁷. Das definições trazidas, pode-se concluir que a dignidade da pessoa humana se refere a um ser humano individualmente considerado, com seus atributos naturais, portador de honra e respeitabilidade, e que possui direitos e obrigações (o que traz a noção de coletividade).

No mais, a partir de uma noção técnico-jurídica, De Plácido e Silva afirma que *dignidade*:

“Derivado do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida. Compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa, pelo qual se faz merecedor do conceito público. Mas, em sentido jurídico, também se entende

⁷⁶ Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 5. São Paulo: Positivo, 2010; p. 1264.

⁷⁷ Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 5. São Paulo: Positivo, 2010; p. 716.

como a distinção ou honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação.”⁷⁸.

Nota-se que, seja em sentido estritamente linguístico, bem como em caráter jurídico, a dignidade se amplia ao exterior da pessoa, e não se restringe apenas àquela virtude que lhe é natural. Dignidade também diz respeito a algo que se conquista socialmente. De qualquer forma, para os fins deste trabalho, tem muito mais relevância a dignidade interior do indivíduo, que independe de qualquer atuação boa ou ruim que tenha tido perante a coletividade.

Vista essa noção introdutória, oportuno o pensamento de Theodor Adorno, antes mesmo de analisar a doutrina específica, haja vista sua elementaridade: “na história europeia, a Ideia do homem exprime-se na maneira pela qual ele é distinguido do animal. A ausência da razão no animal prova a dignidade do homem”⁷⁹.

Isso faz total sentido, afinal, mesmo que os animais mereçam respeito, se fosse para tratar a pessoa sem racionalidade, a sociedade humana não passaria de um reino com seres instintivos, desprovida de direitos e deveres. É a racionalidade da pessoa que faz o homem avançar a passos largos. O que diferencia e privilegia a condição humana é poder raciocinar, agir de forma racional.

Certamente, são esses atributos que ocasionam as mudanças nas relações familiares. Tanto é que é por isso que o reino animal se mantém similar em sua estrutura milenar, e o mundo das pessoas não. Um age por instinto, o outro por racionalidade. A racionalidade humana faz o homem agir de diversas maneiras. Além de que, as pessoas, mesmo que imbuídas de emoção, sempre tem o mínimo de razão para não agir por mero instinto (privilegio que não assiste ao reino animal).

⁷⁸ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico Conciso. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010; p. 260 e 261;

⁷⁹ ADORNO, Theodor W. HORKHEIMER, Max. Dialética do Esclarecimento - Fragmentos Filosóficos. Disponível em: <https://nupese.fe.ufg.br/up/208/o/fil_dialectica_esclarec.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2019.

Nesse sentido, já se tem valiosas lições, como a de Luiz Fernando Barzotto, o qual traz fundamentais considerações. A primeira delas é relacionada ao pensamento acima, posto que ratifica a necessidade de falar do indivíduo como pessoa, e não apenas como um ser da natureza:

“A pessoa humana é sempre um certo modo de realização livre da humanidade (animalidade, racionalidade, sociabilidade), por isso nós falamos em pessoa ‘humana’. Se o ser humano fosse determinado por sua natureza, não falaríamos de pessoa. Mas se o seu agir fosse completamente livre da natureza humana, não poderíamos falar de pessoa ‘humana’ (...) Considerar o ser humano como pessoa é o que será denominado reconhecimento (...) Reconhecer o outro como pessoa é afirmar o valor ou a dignidade inerente à condição de pessoa. A dignidade de alguém impõe determinado comportamento àqueles que se defrontam com ele. O portador de dignidade ‘merece’ (é digno de) ser tratado de uma determinada maneira (...) a dignidade é a manifestação vinculante de uma identidade, é a consideração da identidade como dotada de valor e, portanto, regulativa do comportamento. É importante observar que não há o reconhecimento da identidade, e posteriormente, o respeito da dignidade: a dignidade é inerente à identidade.”.⁸⁰

Nessa hora, traduz-se a conceituação inicial de dignidade como um distintivo natural de toda pessoa, até mesmo para que seja assim reconhecida. Atrelar dignidade à identidade converge plenamente ao raciocínio aqui desenvolvido, afinal, a individualidade que garante o exercício da autonomia da vontade está ligada à identidade, a qual é inerente à dignidade. Como conclusão de seu raciocínio, o Autor explica que:

⁸⁰ MELGARÉ, Plínio; FILHO, Agassiz Almeida. Dignidade da Pessoa Humana – Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010; p. 49, 50 e 51;

“A dignidade da pessoa humana expressa a exigência do reconhecimento de todo ser humano como pessoa. Dizer, portanto, que uma conduta ou situação viola a dignidade da pessoa humana significa que nesta conduta ou situação o ser humano não foi reconhecido como pessoa (...) No caso da pessoa, não existem esses critérios. Não se pode depender de nenhum critério para reconhecer um membro do gênero humano como pessoa: todos os seres humanos são pessoas”⁸¹.

De forma sucinta, o Autor faz um organograma do que seja dignidade. É como uma sequência lógica de fatores: natureza, pessoa, humana, reconhecimento, valor, identidade, comportamento. Seja lá a quem for, todas as pessoas têm direito à sua dignidade, o que traz consigo a carga valorativa e identidade individual, de modo a confirmar a noção de pessoa humana.

Certamente isso já faz pensar: será que negar a identidade de uma pessoa, tolhendo o exercício de sua autonomia, é uma espécie de flagrante afronta à dignidade humana? Quantas mudanças no âmbito familiar foram pleiteadas a fim de reconhecer a identidade das pessoas, e o resultado se manteve negativo por muito tempo? Nessa esteira, Ingo Sarlet, também alerta:

“não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária - independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoas humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos - são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos.” ⁸².

⁸¹ Idem; p. 51 e 53;

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; p. 54;

Essa noção já tem inserção constitucional quase secular. Não foi somente na Constituição Cidadã (1988) que o princípio da dignidade apareceu. No Brasil, desde a Constituição de 1934, já havia previsão indireta: “Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”⁸³. Ou seja, há quase 100 anos o Estado Brasileiro já tem ao menos noção de uma diretriz a seguir, e nem sempre o fez – o que, surrealmente, ocorre até hoje.

Após a Constituição Polaca (1937) não ter feito menção à dignidade, a Constituição de 1946 renovou as considerações:

“Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.”.⁸⁴.

Adiante, na Constituição de 1967, também se percebe que, apesar do crítico momento social do País, o Constituinte também previu a dignidade humana: “Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;”⁸⁵.

Passados vários anos, o princípio foi diretamente consagrado com o valor que merece pela ordem constitucional brasileira, quando, dentre as várias colocações no corpo do texto constitucional, a Constituição Federal de 1988, explicitou em artigo 1º,

⁸³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 23 mar. 2019.

⁸⁴ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 23 mar. 2019.

⁸⁵ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 23 mar. 2019.

que um dos princípios fundamentais e fundamentos da República Brasileira é: “III - a dignidade da pessoa humana;”⁸⁶.

A partir de então, independentemente de como cada pessoa pensa, ou da forma como acha que pode tratar alguém, a Constituição Federal determinou: a dignidade da pessoa humana deve sempre ser observada e respeitada. A dignidade se tornou algo de muito valor, um princípio, e um direito garantidor de direitos, o que também gerou reflexões acerca de sua posição na ordem constitucional:

“a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos), muito embora – importa repisar – nem todos os direitos fundamentais (pelo menos não no que diz com os direitos expressamente positivados na Constituição Federal de 1988) tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade, o que nos remete à controvérsia em torno da afirmação de que ter dignidade equivale apenas a ter direitos (e/ou ser sujeito de direitos), pois mesmo em se admitindo que onde houver direitos fundamentais há dignidade, a relação primária entre dignidade e direitos, pelo menos de acordo com o que sustenta parte da doutrina, consiste no fato de que as pessoas são titulares de direitos humanos em função de sua inerente dignidade. Aliás, a partir de tais premissas, há como investir na diferenciação entre direitos humanos, no sentido de direitos fundados necessariamente na dignidade da pessoa, e direitos fundamentais, estes considerados como direitos que, independentemente de terem, ou não, relação

⁸⁶ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 23 mar. 2019.

direta com a dignidade da pessoa humana, são assegurados por força de sua previsão pelo ordenamento constitucional positivo”⁸⁷.

A lição de Sarlet coaduna-se aos dizeres dos subcapítulos anteriores. A garantia de algum direito-base implica na garantia de outro. E não é só o Brasil que pensa e garante a dignidade com supremacia. Como grande exemplo paradigma, tem-se a Constituição da Alemanha, a qual foi direta, em seu primeiro, ao estabelecer que: “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.”⁸⁸.

Esse assunto não é de hoje, e nem mesmo só dos últimos séculos; é um tema milenar, como se nota nas lições do Autor:

“no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas”⁸⁹.

A Antiguidade clássica compreendeu um grande período, de séculos, cortada pelos pré e pós Cristo. Desde aquela época, a dignidade já era ligada à pessoa, porém, de acordo com o que essa pessoa tinha (títulos, bens, cargos, reconhecimento, etc.). Hoje, superada, mas não inaplicada, essa noção estendeu-se, sendo que digno é todo aquele que é, simplesmente. Não há quem não possua dignidade, sendo um atributo humano de qualquer pessoa.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; p. 102;

⁸⁸ LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 23 mar. 2019.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; p. 34 e 35;

Tais considerações se mostram importantes, pois levam à conclusão de que é imprescindível reconhecer o indivíduo como pessoa, sob pena de simplesmente desconsiderar sua dignidade, sendo o inverso verdadeiro também. Objetivamente, todos os seres humanos são pessoas, sendo que ninguém poderá determinar conduta x ou y perante terceiro, ainda mais se isso afrontar flagrantemente sua existência digna.

Complementando essas noções, Luiz Edson Fachin também faz suas pontuações sobre o tema:

“Daí advém, pois, a máxima kantiana de que o homem não pode jamais ser transformado em meio para alcançar quaisquer fim (...) Abrolha neste paradigma a concepção da supremacia da vida humana que deixa de ser o primeiro e mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico para se tornar condição essencial de possibilidade dos outros direitos. O ponto do qual este modelo parte é a vida tomada em seu aspecto material, ou seja, como conteúdo concreto, pois, a princípio, a vida é também biológica - de acordo com a autopiese que funda esta ordem do pensar. Desta feita, pode-se afirmar que a vida nunca irá reduzir-se a uma mera abstração, haja vista seu substrato concreto físico e biológico. Desse modo, por intermédio deste novo paradigma, está evidenciado o fundamento material da dignidade da pessoa humana, silenciando os argumentos contrários da crítica pedestre e rasteira, consolidando-se como princípio-fundamento da ordem constitucional brasileira”⁹⁰.

Ou seja, lembrando os ideais de Kant, estudado no começo desta obra, o homem deve ser um fim em si mesmo, sendo a vida humana algo supremo, e norteador de todas as demais condutas, o que só pode se concretizar se observada a

⁹⁰ MELGARÉ, Plínio; FILHO, Agassiz Almeida. Dignidade da Pessoa Humana – Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010; p. 108;

dignidade da pessoa humana, de modo a torná-la o princípio-fundamento da ordem constitucional brasileira.

Em adendo ao pensamento do filósofo, e ao mesmo tempo alinhar e integrar muitos dos temas tratados neste capítulo primeiro, novamente Ingo Sarlet expressa importante opinião no mesmo sentido:

“relembrando que a noção de dignidade repousa – ainda que não de forma exclusiva (tal como parece sugerir o pensamento de inspiração kantiana) - na autonomia pessoal, isto é, na liberdade (no sentido de capacidade para a liberdade) - que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar a sua própria existência e ser, portanto, sujeito de direitos, já não mais se questiona que a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa, de tal sorte que nos parece difícil - ao menos se pretendermos manter alguma coerência com a noção de dignidade apresentada ao longo do texto – questionar o entendimento de acordo com o qual sem liberdade (negativa e positiva) não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada. Não é à toa que se vem sustentando, tal como o fez, recentemente, Paulo Mota Pinto, que da ‘garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das retrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado’. Assim, na formulação do mesmo autor, ‘A afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já corolários do

reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado'. Aliás, é precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa por nossa Constituição, que se poderá admitir, também entre nós e apesar da omissão do Constituinte neste particular, a consagração - ainda que de modo implícito - de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade."

⁹¹.

Valiosos conceitos são apontados pelo Autor: dignidade ligada à autonomia, dignidade como garantidor do indivíduo como sujeito de direitos, dignidade como instrumento de reconhecimento da personalidade humana. De fato, a dignidade compõe tudo que o indivíduo precisa para ter uma vida minimamente justa, para não cair na redundância de dizer digna.

Até aqui o entendimento mostra-se maciço, mas comprehensível. E é nessas horas que alguns juristas se destacam, pois conseguem consolidar de forma absolutamente didática os institutos. Carmém Lúcia Antunes Rocha, traz uma definição para a dignidade da pessoa humana inovadora, justamente em voto que tem tudo a ver com as novas formas da família brasileira (julgamento sobre utilização de células-tronco embrionárias – ADI 3510):

"A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição."⁹²

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; p. 102 e 103;

⁹² ROCHA, Carmém Lúcia Antunes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510CL.pdf>>. Acesso em 23 mar. 2019.

Define a dignidade da pessoa humana como “superprincípio constitucional”, o que corrobora todos os entendimentos científicos sobre o assunto. Tudo deve observar a dignidade e ser feito em seu favor. Sua definição sai um pouco da carga meramente doutrinária, e se mostra mais pragmática e atual. Ao julgar um clamor social, pautou-se na dignidade para reconhecer que pessoas e famílias não tenham sua dignidade tolhida.

Também, Eduardo Bittar, pontua que:

“O tema ‘dignidade da pessoa humana’, portanto, vem mais bem explicitado a partir da modernidade, e é como tal que se entrega à história contemporânea, para ser tornado um princípio fulcral da cultura dos direitos”.⁹³.

De forma sucinta, ratificou a inegável inserção total e valorosa da dignidade da pessoa humana na contemporaneidade, o que, por óbvio, torna incontestável a sua aplicabilidade e embasamento nas alterações familiares. A fim de ensinar como se deve enxergar esse princípio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, leciona que:

“Como esta norma não limita um direito, e muito confere ao sistema uma enunciação vinculativa da fruição de nenhum direito, tem função estritamente diretivo-principiológica para o texto constitucional, de modo que não pode ser interpretada como uma norma que apresenta um direito ou um dever. Portanto, enquanto norma que enuncia apenas um princípio, como valor-guia para o sistema, é norma de plena eficácia, porque inscrita no texto constitucional e não carecedora de nenhuma outra que lhe confira sentido mais preciso. Nenhum princípio poderá ser restringido ou muito menos definido por legislação infraconstitucional, porque não é tarefa do legislador limitar princípios ou muito menos definir o

⁹³ MELGARÉ, Plínio; FILHO, Agassiz Almeida. Dignidade da Pessoa Humana – Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010; p. 248;

sentido de normas. Assim, a norma contida no art. 1º, inciso III, é norma constitucional e tem sentido pleno, vinculativo, portanto, da interpretação constitucional. Intérpretes constitucionais devem ter nesta norma uma regra-matriz de leitura da lógica comum a toda a Constituição Federal de 1988, e, por isso, estão vinculados a esta regra como valor-fonte, na expressão de Miguel Reale, para a dicção de todos os direitos.”⁹⁴.

A lição maior que tal colocação traz para esse estudo é que a dignidade da pessoa humana é a regra-matriz e valor-fonte do ordenamento jurídico, estando acima de todas as demais normas. Em muitos casos, essa lição tem sido esquecida para as recentes alterações no âmbito familiar.

Somente no âmbito atual, a doutrina já se encarregou de denominar a dignidade da pessoa humana com três títulos admiráveis: superprincípio, valor-fonte e regra-matriz. Agora, só cabe aos Poderes se lembrarem disso quando forem cuidar dos cidadãos e jurisdicionados que não desejam ser reféns da vontade alheia, mas sim protegidos em suas dignidades (que todos têm igual).

Neste ponto, Claudio Pedrosa Nunes, aborda os temas família e dignidade de pessoa humana:

“a dignidade da pessoa humana está embutida necessariamente na idéia de família, sendo esta, por sua vez, categoria político-jurídica que antecede o Estado, de modo que a este (o Estado) cabe realizar políticas de preservação e oferecer solicitudes às sociedades familiares, no que estará cumprindo sua missão de velar pela dignidade da pessoa humana”⁹⁵.

⁹⁴ Idem; p. 251;

⁹⁵ Idem; p. 360 e 361;

O Estado deve observar a dignidade para tratar das famílias. Esta pausa é imprescindível, posto que demonstra o momento em que indivíduo, dignidade e família se encontram. O indivíduo nasce portador de dignidade, se insere num contexto social, integra uma família, todos dentro de um Estado; porém, este, até mesmo por ser posterior aos indivíduos (tanto é que criado por eles), deve se esforçar para a preservação da família e da dignidade dela e dos que a integram. Deve ser garantida a dignidade daqueles que compõem a família, para que esta seja protegida.

Nesta esteira, volta-se à C. E. Bittar, quando, em mais uma de suas lições, mostra que o atendimento da dignidade da pessoa humana representa uma meta social, não somente de satisfação pessoal. Ou seja, não se aplica apenas em prol da autonomia individual, mas também porque isso representa o mínimo de satisfação social:

“É ela a meta social de qualquer ordenamento que vise alcançar e fornecer, por meio de estruturas jurídico-político-sociais, a plena satisfação de necessidades físicas, morais, psíquicas e espirituais da pessoa humana. No entanto, a ‘dignidade humana’ atendida significa não propriamente a satisfação de querências individuais (ou idiossincrasias), mas de um *minimum* exigível socialmente, capaz, por seus recursos, meios e técnicas, de alcançar justiça social”⁹⁶.

E onde há justiça social, há progresso. Também com base em Jürgen Habermas, Bittar segue, lapidando mais ainda a noção de dignidade da pessoa humana no contexto social, com olhar à pluralidade:

“Uma sociedade aberta e pluralista pressupõe, acima de tudo, que seus valores não estejam estagnados, e muito menos controlados de modo centralizado somente pela compreensão e pela visão de mundo de autoridades de Estado. O valor da ‘dignidade da pessoa humana’, dentro da cultura de uma sociedade aberta e pluralista,

⁹⁶ Idem; p. 254;

pressupõe não somente a preponderância desta visão sobre os demais valores (aquele que poderia ser dito a regra comum de todos os direitos humanos), mas sobretudo que seus valores, consagrados inclusive através de normas jurídicas, sendo uma delas e a de maior importância a Constituição (e sua função especular da sociedade pluralista), estejam em permanente processo de troca intersubjetiva, que pertençam ao nível do diálogo comum intercomunicativo (de um agir-em-comum em torno de princípios), que compareçam ao nosso público para sua crítica e discussão, para que estejam de acordo com uma ética do agir comunicativo (Habermas)."⁹⁷

É notório que dignidade não combina com autoritarismo. Trata-se de integração e adequação de normas, para que o resultado seja o melhor possível. É o mesmo que ocorre com as formas familiares: quanto mais pluralidade e integração, melhor. Se o desejo é garantir dignidade, um dos meios indispensáveis é a pluralidade de ideias. A pluralidade está presente em todas as partes para a garantia de uma sociedade saudável, e com pessoas felizes. Em nenhum momento se fala em liberdade absoluta de ideias, muito menos de ações; mas, não há como falar em dignidade, enquanto houver princípio imposto por outrem, e não realmente vivido pelos indivíduos.

Tanto é que, ao esmiuçar as concepções obtidas a partir da dignidade da pessoa humana, o próprio Autor confirma:

“a expressão traduz, em sua inteireza, toda a carga de demanda por justiça, em torno das aflições humanas (miséria, injustiça, sofrimento, exploração, desvio, deturpação, corrupção, degradação...), e que, somente por isso, pode ser dita uma expressão fundamental para a cultura dos direitos, esta que se dedica exatamente a identificar e a

⁹⁷ Idem; pp. 258 e 259;

proteger valores que sejam construídos historicamente a partir das próprias mazelas do trato comum das coisas e da vida social.”⁹⁸

Afinal, se não for para alcançar um bem maior, como a justiça social, de que valeria a aplicação da dignidade? Bastaria deixá-la como um troféu inútil no rol de princípios sociais. Assemelha-se àqueles trabalhadores em condição análoga à escravidão, que até recebem pelo que trabalham, mas nunca em quantia suficiente para quitar o débito com seu empregador. Ou seja, o direito existe, só não é eficazmente garantido. Certamente não é isso que busca a legislação brasileira.

Então, basicamente como parte integrante do raciocínio aqui desenvolvido, agora com base em Nietzsche, o mesmo jurista traz a dignidade da pessoa humana não só para a contemporaneidade, mas para dentro do Brasil:

“A concepção que se propõe para a importância da expressão dignidade de pessoa humana, sobretudo na pós-modernidade, passa por uma compreensão não-unilateral das culturas, e muito menos centrista-ocidental das culturas, mas pela visão de que a afirmação da dignidade da pessoa humana, em territórios com amplas distinções culturais regionais, como é o caso do Brasil, ou mesmo, projetando-se para fora do território do Estado, para se alcançar o plano das relações entre os povos, passa por um profundo respeito da diferença, bem como pela afirmação da multiculturalidade e da relatividade das concepções de dignidade, como forma mesmo de se realizarem valores com preocupações isomórficas. Só há dignidade, portanto, quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como prática diurna de respeito à pessoa humana. Trata-se de um ideal, e como todo ideal, um objetivo antevisto a ser atingido, mas nem por isso um ideal utópico, porque se encontra na estrita dependência dos

⁹⁸ Idem; p. 261;

próprios seres humanos, podendo-se consagrar como sendo um valor a ser perseguido e almejado, simplesmente porque (parodiando Nietzsche), se trata de algo ‘humano, demasiado humano’”.⁹⁹

Definitivamente, não há outra forma de ver a dignidade, sem que esta respeite autonomia, liberdade e igualdade; conceitos que, por si só, trazem consigo o respeito às diferenças, pluralidade, e respeito aos demais. E, de modo a confirmar a primazia da dignidade da pessoa humana, bem como que está ligada aos direitos da personalidade – como dito no capítulo sobre autonomia -, o Autor faz ligação direta dela com os direitos humanos, o que, encerra seu raciocínio sem espaço para dúvidas, a não ser que alguém considere justo desrespeitar direitos humanos:

“A ‘dignidade da pessoa humana’ é expressão de amplo alcance, que reúne em seu bojo todo o espectro dos direitos humanos (que são tratados no âmbito privado como direitos da personalidade), que se espalha por diversas dimensões dogmático-jurídicas (...) Uma ética dos direitos humanos decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana. De fato, este princípio equivale a um lugar-comum para o abrigo de todas as gerações de direitos humanos.”¹⁰⁰

Eis que então, também Plínio Melgaré, traz raciocínio totalmente cabível ao presente trabalho, pois também conecta o direito civil com o constitucional, por meio da dignidade. Nota-se sensível análise da dignidade humana perante o indivíduo social:

“O Direito Civil contemporâneo, apresenta como seu princípio estruturante a dignidade da pessoa humana e, por via de consequência, o estabelecimento do homem como pessoa. O que, de plano, rejeita qualquer pretensão individualista, postulando-se a plena dignidade da pessoa, ‘compreendido o pressuponente compromisso e o recíproco conhecimento comunitárias que a

⁹⁹ Idem; p. 263 e 264;

¹⁰⁰ Idem; p. 255 e 256;

dignidade implica'. A dizer-se que ser pessoa não corresponde singularmente a ser sujeito de direitos, mas, ao mesmo tempo, ser sujeito de deveres, posto não serem os direitos meras demandas respaldadas por uma condição política, assim como os deveres não o são em razão de limitações externas, obtidas por um cálculo racional, que consideram os interesses em causa, senão que da expressão do próprio valor da pessoa, um valor responsável e responsabilizante. Importa considerar que a compreensão do homem como pessoa, a compreensão da sua pessoalidade, não se contrapõe ao homem sujeito. Em verdade, são categorias distintas, são compreensões que existem em planos diversos, e não antagônicos. O homem como sujeito é aquele capaz de criar, que age, singular em sua individualidade. É o homem capaz de ação, do qual se pode esperar algo insuspeitável, o menos provável possível, haja vista que cada homem é único, pois, em cada nascimento, tem-se algo novo no mundo, singularmente novo. Sujeito é o homem autônomo em sua individual originalidade e ação, inserido em um plano antropológico, biológico e sociocultural. Por sua vez, a compreensão do homem como pessoa faz caminho em outro plano, que não antropológico, senão que ético. Refere-se, sobretudo, a uma afirmação ética do homem. A distinguir-se pelo reconhecimento e consideração da dignidade que caracteriza todos os homens. Dignidade que impõe a inaceitabilidade da instrumentalização humana, do homem como objeto. Eleva-se o homem como um fim em si mesmo, não sendo visto e utilizado como um meio, mas como fundamento homogêneo, como fundamento-identidade presente na multiplicidade existencial. O sentido da dimensão ética passa pela relação do homem com seu semelhante – e também com o ambiente. E, para tal, há de haver, além de um incondicional respeito à dignidade da pessoa humana, o reconhecimento de que cada ser humano representa e significa um sujeito ético, com um valor indisponível diante das estruturas de poder (público e privado). Então, surge, na própria estrutura radical e

essencial do ser humano, a exigência do outro. A presença do outro é fator estruturalmente condicionante da consciência (...) O reconhecimento do valor da pessoa humana implica consequências. Uma das quais é a exigência de responsabilidade, que se afirma como condição e capacidade dessa mesma pessoa de responder por suas autônomas escolhas no mundo. E responsável se é tanto perante si mesmo quanto aos demais”¹⁰¹.

Prevalecer a individualidade não leva a lugar nenhum, senão à amargurada solidão regressiva, individual ou social. Os países autocráticos provam isso. Enquanto ligada ao indivíduo, a dignidade está ligada à pluralidade deles, o que pode ocasionar conflitos. Mesmo que a proposta deste subcapítulo não seja adentrar nessa celeuma, vale pontuar que:

“a dignidade, ainda que não se a trate como o espelho no qual todos veem o que desejam, inevitavelmente já está sujeita a uma relativização (de resto comum a todos os conceitos jurídicos) no sentido de que alguém (não importa aqui se juiz, legislador, administrador ou particular) sempre irá decidir qual o conteúdo da dignidade e se houve, ou não, uma violação no caso concreto”¹⁰².

Ou seja, ela deve ser maximamente preservada, mas não há como endeusá-la, sob pena de a própria ferir a dignidade de outrem. Nesta hora se faz presente a citada relativização. Com equilíbrio, certamente todos terão assegurados seus direitos fundamentais, inclusive a dignidade. Se assim não for, as pessoas passarão a se enfrentar para prevalecer suas vontades, e assim todas as dignidades serão postas em risco. Antes de concluir, também é importante trazer a lição de Maria Celina Bodin de Moraes, que relembra a análise da dignidade e do indivíduo, de forma profunda:

¹⁰¹ Idem; p. 157 e 158;

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; p. 156 e 157;

“Daí se pode pensar, como o fez São Tomás, a dignidade humana sob dois prismas diferentes: a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem enquanto indivíduo, passando desta forma a residir na alma de cada ser humano”¹⁰³

No mais, por prezar a boa doutrina, com luminoso privilégio daqueles que realmente fizeram a diferença na ordem jurídico-social da humanidade, não haveria forma melhor de encerrar, senão com Kant:

“No reino dos fins tudo possui um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem preço pode ser substituído por algo equivalente; por outro lado, o que se acha acima de todo preço e, portanto, não admite nada equivalente, encerra uma dignidade.”¹⁰⁴.

Ou seja, a interpretação que se faz é de que o homem tem sua dignidade acima de tudo, como algo que não tem valor, inestimável, que é insubstituível. Tudo pode ser precificado, menos a dignidade humana. É isso que se pretende transmitir ao leitor, a noção de que deve ser resguardada a dignidade humana, como um valor supremo, não devendo ser tratada como um mero direito de valor substituível.

Seja no âmbito pessoal, ou na direta aplicação à família, a dignidade deve estar presente e respeitada, sem vício de qualquer ordem. Foi por ela e através dela que a família alçou maiores passos na história, e, se os preceitos aqui analisados seguirem a serem observados, certamente isso somente tende a crescer.

De modo geral, há que se preservar a dignidade do indivíduo, para que ele tenha garantido seu direito de constituir e viver sua família da forma como entende necessário, sem interferências alheias e infundadas. Visto assim, esse é um direito que

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; p. 115;

¹⁰⁴ KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes; p. 99.

claramente assegurará a mudança e evolução da família contemporânea, como já acontece há tempos.

Por fim, não restam dúvidas da preciosidade da dignidade, bem como de todos os demais direitos estudados, de modo que, mostram-se essenciais os dizeres de Schiller, para concluir qual a lição presente e futura para que se progride, sem risco de regressos: “A dignidade humana está em vossas mãos: conservai-a”.

Capítulo 2

A RELAÇÃO ENTRE FAMÍLIA E ESTADO

2.1. Evolução histórico-social da Família

Passada a análise dos principais direitos embasadores das mudanças familiares dos últimos tempos, importante a abordagem justamente desses “tempos”. Por óbvio, mesmo que possua grande relevância, este trabalho não se prenderá à verificação detalhada de todos os períodos da história da humanidade, e quais eram as condições familiares naquele contexto. Até porque, o escopo desta obra se refere à contemporaneidade.

Apenas para que se constate os pontos de convergência entre as relações familiares, sob diferentes contextos, far-se-á apontamentos específicos a partir de momentos históricos, até chegar aos tempos atuais. Neste subcapítulo, importa esclarecer a ocorrência de transformações familiares ao longo do tempo e seus reflexos nos dias hodiernos.

Como visto logo de início, desde o século XVIII Voltaire falava das relações sociais e familiares, e todas as peculiaridades inerentes. Em sua obra “O Preço da Justiça”, escrita em 1777, o Autor confirma que há séculos já ocorrem muitas situações hoje tidas como “anormais” dentro da família¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Ao decorrer dos capítulos, são tratados assuntos como: bigamia e adultério, incesto, prostituição de filhos pelos pais, “das mulheres que se deitam com seus domésticos”, sodomia, dentre outros.

Como já brevemente analisado, o Estado sempre teve relação direta ou indireta com a família (Rousseau tratou muito bem da relação entre eles). Nesse ponto, valioso destacar curiosa colocação feita em sua principal obra, *Do Contrato Social*: “a mais antiga de tôdas as sociedades, e a única natural, é a da família (...) é a família o primeiro modelo das sociedades políticas”¹⁰⁶.

Isso faz total sentido, pois o primeiro contexto extra-individual de um ser humano é dentro de sua família; esta lhe mostra as primeiras pessoas com que tem contato, o primeiro ambiente coletivo que convive, enfim, as primeiras noções de sociedade.

A família sempre existiu, e sempre precisou compor um certo modelo de sociedade (em sentido amplo), para que pudesse sobreviver. É justamente esse modelo político, citado por Rousseau, que vem sofrendo alterações de séculos para cá. Nesse ponto, tem-se a introdutória opinião de Rodrigo da Cunha Pereira:

“O Direito é uma eficaz técnica de organização social e, portanto, uma sofisticada técnica de controle das pulsões. Isto significa que para existir o Direito é necessário que haja interditos e proibições. A primeira lei organizadora das relações sociais é uma lei de Direito de Família, conhecida como Lei-do-pai, ou Lei do incesto. É esta Lei primeira que funda a cultura, isto é, possibilita a passagem da natureza para a cultura. Esta passagem do estado instintual para um estado de aculturação acontece todos os dias com cada criança, em qualquer sociedade humana. Esta primeira Lei constitui o passo fundamental e fundante do sujeito. Isto acontece quando o pai, ou melhor, um pai, já que o pai não é necessariamente biológico, intercepta o desejo da mãe, colocando-se entre ela e o filho, fazendo um corte naquela simbiótica relação. Com este interdito, ocorre a separação mãe-filho e surge a possibilidade de existir um “sujeito”, ou, em linguagem mais comum para o campo jurídico, a “pessoa”.

¹⁰⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: CD, 2005; p. 22;

Esta lei simbólica é o que Freud chamou de interdição do incesto, cujo representante é o pai e os seus mecanismos e estruturação estão descritos em um de seus textos mais conhecidos, *Totem e tabu*.”.¹⁰⁷

Seja quando ou como for, pode-se afirmar que, sem a família, os indivíduos ficariam perdidos no contexto social, à mercê da coletividade, quiçá expostos à não sobrevivência, pois o homem nasce incapaz de se auto prover. Nesse sentido, as lições de Bertrand Russell:

“O mais forte e instintivamente irresistível dos grupos sociais era, e ainda é, a família. A necessidade da família, entre os seres humanos, é imposta pela grande duração da infância e pelo fato de que a mãe fica seriamente tolhida no trabalho de arranjar alimento pelo cuidado dos filhos pequenos. Foi esta circunstância que, entre os seres humanos, como na maioria das espécies de pássaros, tornou o pai membro essencial do grupo familiar. Isso deve ter levado a uma divisão de trabalho na qual os homens caçavam enquanto as mulheres ficavam em casa.”¹⁰⁸.

Nessa esteira, mesmo que já com certa influência das noções modernas do direito, como o casamento, o Professor Washington de Barros também traz importante lição, quando afirma:

“Todo homem, ao nascer, torna-se membro integrante de uma entidade natural, o organismo familiar. A ela conserva-se ligado durante a sua existência, embora venha a constituir nova família pelo casamento. O entrelaçamento das múltiplas relações, estabelecidas

¹⁰⁷ PEREIRA, Rodriga da Cunha. Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em 10 mar.2019;

¹⁰⁸ RUSSELL, Bertrand. *A Autoridade e o Indivíduo*. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1956; p. 12 e 13;

entre os componentes da referida entidade, origina um complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que formam o objeto do direito de família. Desde logo, evidencia-se a importância desse estudo, tão de perto ligado à própria vida. Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social”¹⁰⁹.

Mostra-se a ligação básica do homem ao núcleo familiar, como sua tendência natural e necessária. Além disso, evidente a fundamentalidade da família no contexto social, de modo que deveria ser tutelada de forma muito mais vigorosa.

Visto isso, revela-se importante a análise da obra de dois autores, sobre a história da família (Engels e Morgan). O primeiro, em seu livro sobre “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado”, divide a evolução da humanidade em três épocas principais, quais seja, estado selvagem, barbárie e civilização; e, logo, afirma que “o desenvolvimento da família realiza-se paralelamente, mas não oferece critérios tão decisivos para a delimitação dos períodos”.¹¹⁰

Ou seja, a família evoluiu junto à humanidade, mas não necessariamente com acontecimentos especialmente relevantes. Trata-se de períodos muito longos, de modo que, em vez de ficar em minuciosa análise de período por período (trabalho digno de uma obra específica), importa muito mais a atenção aos demais dizeres do autor, no sentido de que:

“A família, diz Morgan, ‘é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrário, são

¹⁰⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Direito de Família. 32. São Paulo: Saraiva, 1995; p. 1;

¹¹⁰ ENGELS, Friedrich. A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. 1. São Paulo: Centauro, 2002; p. 8;

passivos; só depois de longos intervalos, registram progressos fitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente'. Karl Marx acrescenta: 'O mesmo acontece, em geral, com os sistemas políticos, jurídicos, religiosos e filosóficos'. Ao passo que a família prossegue vivendo, o sistema de parentesco se fossiliza; e, enquanto este continua de pé pela força do costume, a família o ultrapassa.'¹¹¹

A família está em constante mudança – e isso não é uma novidade do século XXI. Para confirmar, seus estudos comprovam que:

"A concepção tradicional conhece apenas a monogamia, ao lado da poligamia de um homem e talvez da poliandria de uma mulher, selecionando – como convém ao filisteu moralizante – sobre o fato de que na prática aquelas barreiras impostas pela sociedade oficial são tácita e inescrupulosamente transgredidas. O estudo da história primitiva revela-nos, ao invés disso, um estado de coisas em que os homens praticam a poligamia e suas mulheres a poliandria, e em que, por consequência, os filhos de uns tinham que ser considerados comuns (...) reconstruindo retrospectivamente a história da família, Morgan chega, de acordo com a maioria de seus colegas, à conclusão de que existiu uma época primitiva em que imperava, no seio da tribo, o comércio sexual promíscuo, de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres"¹¹².

Enfim, a história do mundo se desenvolveu com inúmeras mudanças, até que o homem chegou aos anos mais próximos, em que os estudos ficaram mais palpáveis e facilmente alcançáveis. A família foi se tornando a base sólida da sociedade, e então

¹¹¹ Idem; p. 41;

¹¹² Idem; p. 39 e 40;

representando importante núcleo social. Conforme reconfirma Orlando Gomes, não é de grande importância conhecer todas as mudanças ocorridas ao longo do tempo:

“O estudo das teorias sociológicas (Morgan, Mac Lennan, Bachofen, Lubbok, Engels) e jurídicas (Sumnermaine, Meyer, Bonfante) sobre a formação dos grupos familiais primitivos não interessa, fundamentalmente, ao conhecimento da estrutura jurídica atual da família. Sua organização nas antigas civilizações orientais também carece de maior importância, em virtude de ser quase nenhuma sua influência na elaboração do Direito contemporâneo. A evolução jurídica da família importa, entre os povos de nossa área cultural, a partir de Roma. O direito romano deu-lhes estrutura inconfundível, tornando-a sólida unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe”¹¹³.

Aproveitando esse contexto para trazer o estudo aos tempos próximos, ressalta-se que, com o passar dos anos, algumas situações foram sendo alteradas e determinantes na forma social e familiar. A Igreja tornou-se fortemente presente e decisiva, a formação familiar paternalista ganhou cada vez mais corpo, a monogamia se consolidou, o casamento se tornou divisor de águas para a composição familiar, dentro vários exemplos. A partir desses e vários outros acontecimentos, a noção que atual de família foi moldada.

Nisso, o mesmo Autor diz que: “é todo o direito de família que revela, em suas principais regras, a influência do cristianismo”¹¹⁴, e confirma, “O Direito de Família do país é dominado realmente pelas concepções religiosas e éticas do catolicismo, das quais, entretanto, vem se afastando ultimamente”¹¹⁵.

¹¹³ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1968; p. 26;

¹¹⁴ Idem; p. 28;

¹¹⁵ Idem; p. 7;

Em 1968, o Autor afirmava que: “No direito de família tem-se em vista, precipuamente, as relações oriundas do casamento, fonte única da família”¹¹⁶. Porém, ao mesmo tempo, há 50 anos atrás (predominância do conservadorismo), ele próprio também assevera sua percepção de que:

“Sob a influência da Escola do Direito Natural, altera-se profundamente a estrutura tradicional da família. Seu cunho patriarcal e sua finalidade política foram combatidos, proclamando-se a conveniência de organizá-la em bases igualitárias e de se privá-la de qualquer função política. Negou-se o caráter religioso do matrimônio e se pugnou pelo enfraquecimento da autoridade paterna.”¹¹⁷

Muito antes mesmo de se pensar no regime “igualitário” que se vive hoje, a própria sociedade já vivia de fato essa realidade, de maneira que a lei apenas veio corroborar a vida social dos indivíduos. Nesse sentido, o Autor, ao falar sobre o que chamou de família moderna (em 1968), diz:

“Causas e fatores conhecidos concorreram para a profunda modificação nos costumes da vida familiar. Acompanha o Direito essas transformações, procurando discipliná-las pela captação do seu imenso significado. Torna-se a família um grupo cada vez menos organizado e hierarquizado, que se funda, cada vez mais, na afeição mútua. Desdobra-se em duas direções esse processo evolutivo: 1ª, a tendência para tornar igualitária a sociedade conjugal; 2ª, o abrandamento da autoridade paterna”¹¹⁸

Ou seja, não há como negar as raízes da sociedade e da família atual. Mas, embora existam (recente, do ponto de vista da história mundial), dia após dia passam a

¹¹⁶ Idem; p. 7;

¹¹⁷ Idem; p. 29;

¹¹⁸ Idem; p. 30;

perder força social, ao passo que a humanidade caminha a passos largos e abertos. Nenhuma dessas transformações tem sido fáceis (como parte deste trabalho busca mostrar). No século XIX, Ihering, dizia:

“Todas as grandes conquistas que a história do direito revela – a abolição da escravatura, a servidão pessoal, a liberdade de aquisição da propriedade imóvel, a liberdade de profissão e de culto, só foram conseguidas após lutas renhidas e contínuas, que duraram séculos. Por vezes, são torrentes de sangue, derramado pelos direitos subjetivos calcados aos pés, as marcas que assinalam o caminho trilhado pelo direito, na busca dessas conquistas. ‘O direito é como Saturno, que devorava os próprios filhos’. (Citação extraída de meu livro *O espírito do direito romano*, vol. II, 1, § 27, 4.^a ed., p. 70). Só se rejuvenesce quando se elimina o passado”¹¹⁹.

A família é alvo constante dessa luta ferrenha promovida por certas classes de pessoas, que insistem em impedir realidades, em prol de suas convicções pessoais. A partir da colocaçãoposta acima pelo próprio Ihering, afirma-se que, prevalecer a satisfação pessoal de egos e desejos de terceiros, apenas gerará um resultado, segundo a própria história comprova: “são torrentes de sangue, derramado pelos direitos subjetivos calcados aos pés”.

Embora muitas vezes as leis e costumes indiquem um caminho, pode ser que a atualidade não se coadune com ele, afinal, os primeiros foram criados em tempo muito anterior ao então presente. Não adiante fechar os olhos para as novas realidades, e tentar fazer prevalecer entendimento ou regra pretéritos, em detrimento da dignidade de alguém na atualidade. É um movimento natural da humanidade, conforme Orlando Gomes assevera: “Indicam os fatos, na sua força avassaladora, que o ordenamento jurídico se adaptará, mais cedo ou mais tarde, às condições da vida moderna”¹²⁰.

¹¹⁹ IHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; p. 32;

¹²⁰ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1968; p. 31;

Concluindo, o Autor vale-se dos fatos de sua época, para fazer nada menos que ratificar o que os Tribunais Brasileiros julgam hoje, e que jamais se admita anos atrás:

“Pouco importa, entretanto, que, na terminologia jurídica, o vocábulo família se reserve ao grupo constituído pelo matrimônio. Não deixam de ser de família as relações entre concubinos e entre eles e sua prole, regidas, atualmente, por disposições que se assemelham às da família legítima. Importa, pois, considerá-las”¹²¹.

Ou seja, mesmo que fosse de forma mais restrita, há décadas já havia quem pensava na família de forma mais ampla, e não restrita somente à lei pura. A família é muito mais do que a letra da lei.

Muito provavelmente, as questões do passado ainda serão muito confrontadas com os dias presentes, e as do presente, serão muito confrontadas com os dias futuros, e assim sucessivamente. Não é em um dia que a sociedade resolverá uma questão milenar, até porque, como explica a própria essência dessa obra, a coletividade é composta de indivíduos, e quando o tema é individualidade, as mais diversas pluralidades e pontos de vista se fazem presentes. Logo, satisfação integral não é um tema fácil de se alcançar, e é uma incógnita saber quais serão as mudanças na família daqui em diante.

Por fim, importante lembrar lição de Washington de Barros, ao falar do Código Civil de 1916, haja vista que, mesmo sendo em outros tempos, e direcionadas à outra lei, fez reflexões que também caberiam na atualidade:

“O Código Civil não retrata mais o panorama atual da família, por ele disciplinada à luz de princípios que não mais vigoram; as alterações introduzidas por leis especiais, revogando explicitamente o texto anterior, ou com ele incompatíveis, fazem com que o jurista se depare com um emaranhado de leis nem sempre precisas,

¹²¹ Idem; p. 32;

desprovidas de um princípio inspirador único, de modo a tornar praticamente impossível um tratamento sistemático da matéria”¹²².

Não se pode considerar apenas o que está escrito na lei. Deve-se valorizar a realidade atual da sociedade em comento para que se garanta a mais viável tutela, a quem quer que seja. Não é porque “está na lei” (escrita em décadas passadas) que está correto, ou melhor, adequado. Se fosse assim, nenhuma lei seria revogada, alterada, e novas leis promulgadas. Essa lição do Autor possivelmente sempre se fará aplicável a algum assunto que integra o direito de família.

A família está em constante evolução, há tempos, e não há como o direito, ou quem quer que seja, frear esse movimento natural, a menos em situações estritamente pontuais e justificadas. Pode ser que muitas situações novas soem estranhas aos contemporâneos; porém, a história comprova que quase sempre foi assim, de modo que, em longos tempos, coube à sociedade e ao direito apenas se enquadarem e adequarem àquelas situações, até que se tornassem realidade, de forma efetiva.

Todos os extratos doutrinários colacionados ao presente item estão no sentido de mostrar o progresso da Família, sem deixar margem à qualquer tipo de incerteza quanto a sempre presente volatilidade dela nas sociedades.

Assim, analisada a inegável evolução da família, importa seguir o estudo, mas agora a partir da ótica estritamente constitucional, para que então se possa descobrir qual foi o tratamento que as Constituições Brasileiras deram à família até hoje, inclusive com a análise dos avanços que aconteceram.

¹²² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito de Família*. 32. São Paulo: Saraiva, 1995; p. 10;

2.2. O desenvolvimento da Família a partir das Constituições Brasileiras

Como ressaltado, para estudar profundamente um instituto jurídico, imperativo conhecer sua origem e evolução cronológica, até para que se possa extrair quais os prós e contras obtidos ao longo do tempo.

Em razão deste trabalho ser de cunho jurídico (e constitucional), não há como deixar de analisar qual o tratamento que a família recebeu pelas Constituições Brasileiras, em todas as suas vertentes, desde 1824 até 1988.

Como é de conhecimento geral, o Brasil teve sete Constituições até hoje, quais sejam: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1988. Certamente, não foi do nada que surgiu a robusta proteção constitucional e normativa que a família possui hodiernamente. Logo, para compreender essa escala evolutiva, valioso estudar qual posição a família e cada um dos seus membros tinham em cada sociedade/Constituição.

A primeira Carta Magna brasileira foi a “Constituição Política do Império do Brazil”, de 25 de Março de 1824. Conforme ratificado inicialmente na própria Carta, ela foi elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I.

De plano, importa destacar que naquela época o regime político vigente privilegiava basicamente apenas uma família (imperial), e que tudo partia e girava em torno do Imperador.

No “Título 4º - Do Poder Legislativo”, especificamente no “Capítulo III - Do Senado”, a família teve sua primeira citação constitucional da história brasileira¹²³, dentre as quatro feitas ao longo daquela Carta. Ali, apenas fora tratada a competência daquele órgão para conhecer dos delitos cometidos por membros da família imperial.

¹²³ “Art. 47. E' da attribuição exclusiva do Senado: I. Conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura.”

A segunda citação ocorre dentro do mesmo título, mas agora no “Capítulo VI - Das Eleições”¹²⁴. O assunto se refere apenas à participação familiar nas eleições da época. Em seguida, as outras duas referências estão contidas no “Título 5º - Do Imperador”, justamente no “Capítulo III - Da Familia Imperial, e sua Dotação”, sendo a primeira delas na própria denominação do capítulo, e a segunda no artigo 115, em que se determina que a nação deverá cuidar do patrimônio da família imperial¹²⁵.

Foram essas as únicas quatro citações ao termo “família”, no corpo constitucional. Mas não é só. Com relação aos desdobramentos do tema, e ainda nesse título, vale outro destaque, agora no “Capítulo V – Da Regencia na menoridade, ou impedimento do Imperador”, no qual se fala da tutela do sucessor da Coroa Imperial¹²⁶, tema relacionado ao direito de família e sucessões.

Quanto ao casamento, há apenas uma menção expressa, prevista no “Título 5º - Do Imperador. Capítulo IV – Da Sucessão do Império”, a qual é absolutamente relevante. Ali, o tema é o casamento da filha do Imperador, em que se verifica claramente a concentração de poder no Imperador, até mesmo para que um casamento ocorresse (necessidade de seu aval). Inclusive, o respectivo marido não teria parte no governo, e só poderia ser chamado de Imperador “depois que tiver da Imperatriz filho, ou filha”¹²⁷.

Por último, haja vista a óbvia relação do assunto com o Direito de Família (filiação, nacionalidade, etc.), vale citar que o artigo 6º apontava quais eram os

¹²⁴ “Art. 92. São excluidos de votar nas Assembléas Parochiae. II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos.”.

¹²⁵ “Art. 115. Os Palacios, e Terrenos Nacionaes, possuidos actualmente pelo Senhor D. Pedro I, ficarão sempre pertencendo a Seus Successores; e a Nação cuidará nas acquisções, e construcções, que julgar convenientes para a decencia, e recreio do Imperador, e sua Familia.”

¹²⁶ “Art. 130. Durante a menoridade do Successor da Corôa, será seu Tutor, quem seu Pai lhe tiver nomeado em Testamento; na falta deste, a Imperatriz Mäi, em quanto não tornar a casar: faltando esta, a Assembléa Geral nomeará Tutor, com tanto que nunca poderá ser Tutor do Imperador menor aquelle, a quem possa tocar a successão da Corôa na sua falta.”.

¹²⁷ “Art. 120. O Casamento da Princeza Herdeira presumptiva da Corôa será feito a aprazimento do Imperador; não existindo Imperador ao tempo, em que se tratar deste Consorcio, não poderá elle effectuar-se, sem approvacao da Assembléa Geral. Seu Marido não terá parte no Governo, e sómente se chamará Imperador, depois que tiver da Imperatriz filho, ou filha.”.

cidadãos brasileiros¹²⁸. Após essas breves considerações, avança-se algumas décadas, até chegar à primeira Constituição republicana do Brasil, conforme será estudado a seguir.

A “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, de 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada sob o pretexto de um regime livre e democrático. No entanto, pela sua própria estrutura, nota-se que foi muito mais preocupada em apenas organizar o Estado, tanto é que basicamente apenas o seu artigo 72 dispõe sobre os cidadãos e seus direitos.

Com relação à “família”, não há sequer uma menção ao longo da Carta. O máximo que podemos relacionar com família nesta Constituição é o disposto sobre quem são cidadãos brasileiros (“Título IV – Dos Cidadãos Brasileiros. Seção I – Das Qualidades do Cidadão Brasileiro”¹²⁹), bem como uma única referência ao casamento, agora na “Seção II – Declaração de Direitos” (reconhecimento do casamento civil, com celebração gratuita)¹³⁰.

¹²⁸ “Art. 6. São Cidadãos Brasileiros

I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.
II. Os filhos de pai Brazileiro, e Os ilegítimos de mãe Brazileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicílio no Imperio.
III. Os filhos de pai Brazileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicílio no Brazil.
IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia.
V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação.”

¹²⁹ “Art 69 - São cidadãos brasileiros:

1º) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não, residindo este a serviço de sua nação;
2º) os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, se estabelecerem domicílio na República;
3º) os filhos de pai brasileiro, que estiver em outro país ao serviço da República, embora nela não venham domiciliar-se;
4º) os estrangeiros, que achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem;
5º) os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiros ou tiverem filhos brasileiros contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade; 6º) os estrangeiros por outro modo naturalizados.”.

¹³⁰ “Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:
§4º A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”.

Nada além dessas colocações. Ou seja, a família não recebeu tratamento especial pela Constituição de 1891. Sequer foram achados assuntos relacionados, como ocorreu até mesmo com a Constituição do Império. Porém, como será visto a seguir, a Constituição seguinte foi muito mais cautelosa nesse sentido.

Passado o século XIX, tem-se a “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, de 16 de julho de 1934, que também foi promulgada. Aqui, vale um parêntese, visto que, até esta Carta, nem mesmo o Código Civil de 1916 era vigente (havia somente as Ordenações). A partir da Constituição de 1934, o direito privado e suas relações já possuíam um tratamento legal específico, o que, por óbvio, influenciou o Constituinte ao dispor sobre o assunto, inclusive no Direito de Família.

Foi a primeira Constituição que, verdadeiramente, deu tratamento específico à família (sentido amplo), até mesmo pela democracia vigente à época. A “família” foi citada em sete momentos do texto constitucional.

O primeiro deles foi no “Título III – Da Declaração de Direitos. Capítulo II - Dos Direitos e das Garantias Individuais”, em que se coloca a subsistência da família como um direito, e como um dever do Poder Público¹³¹. Aqui, há introdução do caráter assistencial do Estado.

As próximas citações estão no “Título IV - Da Ordem Econômica e Social”, de onde se percebe a presença do “bem de família” já sendo objeto de tutela do Estado (redução de impostos¹³²), bem como que a intervenção do Estado na família realmente começa a se fazer realmente presente (neste caso, em sentido positivo, em

¹³¹ “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

34) A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência.”.

¹³² “Art 126 - Serão reduzidos de cinqüenta por cento os impostos que recaiam sobre imóvel rural, de área não superior a cinqüenta hectares e de valor até dez contos de réis, instituído em bem de família.”.

razão do caráter assistencial – incumbência do Estado em socorrer famílias numerosas ¹³³).

E, pela primeira vez, a família ganhou um espaço de destaque na Constituição, através do “Título V - Da Família, da Educação e da Cultura”. O primeiro capítulo deste foi intitulado “Da Família”, sendo que, além do artigo principal, que será transrito a seguir, também foram tratados temas como casamento, reconhecimento dos filhos naturais, e herança (inclusive quanto a impostos) ¹³⁴:

“Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio , com efeito suspensivo.”

Vale salientar que foi a primeira Constituição do Brasil a relacionar a formação da família ao casamento. A última citação da “família” no texto constitucional está no capítulo seguinte, denominado “Capítulo II - Da Educação e da Cultura”, em que se denota o Estado instituindo e orientando os deveres da família, como a própria educação¹³⁵.

¹³³ “Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: d) socorrer as famílias de prole numerosa;”.

¹³⁴ Art 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País.

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

Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juízes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

Art 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.”

¹³⁵ “Art. 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.”.

Ademais, no “Título III – Da Declaração de Direitos. Capítulo II - Dos Direitos e das Garantias Individuais”, há também tutela específica com relação aos filhos, no que tange à naturalidade, sucessões, e estudo¹³⁶. Ainda nessa esteira, há que se lembrar da introdução à tutela da infância e maternidade, em quatro menções dispostas no “Título IV - Da Ordem Econômica e Social”¹³⁷. Ou seja, é evidente a forte presença do Estado na ampla proteção da família.

Por fim, em consonância com o assunto supracitado, substancial fazer observação relevante. Foi a primeira Constituição que se referiu expressamente às mulheres, em quatro artigos. O primeiro deles foi no “Título III – Da Declaração de Direitos. Capítulo I – Dos Direitos Políticos” (obrigatoriedade de alistamento e voto¹³⁸). O segundo e terceiro estavam no “Título IV - Da Ordem Econômica e Social” (proteção especial ao trabalho¹³⁹). E o último estava no “Título VI – Da Segurança Nacional” (excepionalidade ao serviço militar¹⁴⁰).

¹³⁶ “Art 106 - São brasileiros:

- a) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não residindo este a serviço do Governo do seu país;
- b) os filhos de brasileiro, ou brasileira, nascidos em país estrangeiro, estando os seus pais a serviço público e, fora deste caso, se, ao atingirem a maioridade, optarem pela nacionalidade brasileira;
- c) os que já adquiriram a nacionalidade brasileira, em virtude do art. 69, nºs 4 e 5, da Constituição, de 24 de fevereiro de 1891;
- d) os estrangeiros por outro modo naturalizados”.

“Título IV - Da Ordem Econômica e Social”:

“Art 134 - A vocação para suceder em bens de estrangeiros existente no Brasil será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos seus filhos, sempre que não lhes seja mais favorável o estatuto do de cuius.”

“Art 139 - Toda empresa industrial ou agrícola, fora dos centros escolares, e onde trabalharem mais de cinqüenta pessoas, perfazendo estas e os seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, será obrigada a lhes proporcionar ensino primário gratuito.”.

¹³⁷ “Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas.

Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

c) amparar a maternidade e a infância;

- f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;

Art 141 - É obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias.”.

¹³⁸ Art 109 - O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar.”

¹³⁹ “Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

Passados três anos, o Brasil passava por momento social crítico. Prova disso é que adveio a “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, de 10 de novembro de 1937, a qual foi decretada por Getúlio Vargas. De plano, já se pode notar que o regime autocrático vigente não contribuía muito para as liberdades, inclusive das famílias.

De forma muito mais restrita, embora haja um capítulo “Da família”, existiram apenas três referências a ela no texto constitucional. As três estavam contidas no mesmo contexto, qual seja, justamente o capítulo “Da Família”¹⁴¹, sendo os temas tratados: casamento, educação, direitos e deveres para com as crianças e adolescentes (pais e Estado), reconhecimento e igualdade entre filhos, e responsabilização por abandono de menores.

E já que o Constituinte foi econômico no trato familiar, importante o estudo dos demais elementos relacionados. Com relação aos “filhos”, a Carta fez quatro referências, sendo a primeira no capítulo “Da Nacionalidade e da Cidadania”, com relação à naturalidade¹⁴². A segunda já foi exposta acima, no capítulo da família

§1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres.

§3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas.”

¹⁴⁰ “Art 163 - Todos os brasileiros são obrigados, na forma que a lei estabelecer, ao Serviço Militar e a outros encargos, necessários à defesa da Pátria, e, em caso de mobilização, serão aproveitados conforme as suas aptidões, quer nas forças armadas, quer nas organizações do interior. As mulheres ficam excetuadas do serviço militar.”

¹⁴¹ “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.”

¹⁴² “Art 115 - São brasileiros:

(artigo 126). A terceira está no capítulo “Da Cidadania e da Cultura”, e a quarta no capítulo “Da Ordem Econômica”, as quais se referem ao dever do Estado em promover o desenvolvimento de menores, e sucessões¹⁴³.

Há também uma menção expressa, concernente às “crianças”, disposta no capítulo “Da Organização Nacional”, em que se trata da competência da União em legislar sobre normas fundamentais das crianças¹⁴⁴.

Igualmente, com relação à “infância”, há mais cinco menções, estando a primeira no capítulo “Da Organização Nacional” (competência da União para cuidar da educação dos menores¹⁴⁵). A segunda está no capítulo “Dos Direitos e Garantias Individuais” (proteção contra manifestações atentatórias à infância e juventude¹⁴⁶). A

-
- a) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não residindo este a serviço do governo do seu país;
 - b) os filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos em país estrangeiro, estando os pais a serviço do Brasil e, fora deste caso, se, atingida a maioridade, optarem pela nacionalidade brasileira;
 - c) os que adquiriram a nacionalidade brasileira nos termos do art. 69, nºs 4 e 5, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891;
 - d) os estrangeiros por outro modo naturalizados.”.

¹⁴³ “Art 129 - A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.

O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas é em matéria de educação o primeiro dever de Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais.

É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado, sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo Poder Público.”.

“Art 152 - A vocação para suceder em bens de estrangeiros situados no Brasil será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal sempre que lhes não seja mais favorável o estatuto do de cuius.”.

¹⁴⁴ “Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.”.

¹⁴⁵ “Art 15 - Compete privativamente à União: IX - fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a que deve obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude;”.

¹⁴⁶ “Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

A lei pode prescrever:

b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;”.

terceira e quarta já foram expostas no capítulo da família (artigo 127); e a última está no capítulo “Da Educação e da Cultura”, também exposto acima (artigo 129).

Passado o Estado Novo, adveio a “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, de 18 de setembro de 1946, com nove manifestações expressas sobre a “família”.

A primeira delas está no “Título I – Da Organização Federal. Capítulo I – Disposições Preliminares”, em que o assunto é isenção de imposto territorial rural (cultivo em prol da família¹⁴⁷). As três seguintes estão no “Título V – Da Ordem Econômica e Social”, em que os assuntos são usucapião de terra rural em favor da família, bem como fixação de salário mínimo capaz de sustentar a família¹⁴⁸.

As quatro últimas estão justamente no “Título VI – Da Família, da Educação e da Cultura. Capítulo I – Da Família”, em que se abordam temas como casamento, assistência estatal às famílias, e sucessão¹⁴⁹.

¹⁴⁷ “Art. 29. Além da renda que lhes é atribuída por força dos §§ 2º, 4º, 5º e 9º do art. 15, e dos impostos que, no todo ou em parte, lhes forem transferidos pelo Estado, pertencem ao Municípios os impostos: Parágrafo único. O impôsto territorial rural não incidirá sobre sítios de área não excedente a vinte hectares, quando os cultive, só ou com sua família, o proprietário.”.

¹⁴⁸ “Art 156 - A lei facilitará a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento das terras pública. Para esse fim, serão preferidos os nacionais e, dentre eles, os habitantes das zonas empobrecidas e os desempregados.

§3º Todo aquêle que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra que haja tornado produtivo por seu trabalho, e de sua família, adquirir-lhe-á a propriedade mediante sentença declaratória devidamente transcrita. A área, nunca excedente de cem hectares, deverá ser caracterizada como suficiente para assegurar ao lavrador e sua família, condições de subsistência e progresso social e econômico, nas dimensões fixadas pela lei, segundo os sistemas agrícolas regionais.

Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família;”.

¹⁴⁹ “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 obrigatoriedade, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

O casamento tem uma citação além das acima, a qual está no “Título II – Da Justiça dos Estados”, em que o assunto é a instituição da Justiça de Paz com competência para a habilitação e celebração de casamentos¹⁵⁰. No mais, no “Título IV – Da Declaração de Direitos. Capítulo I – Da Nacionalidade e da Cidadania”, está disposto sobre filiação e nacionalidade¹⁵¹.

Já no “Título VI – Da Família, da Educação e da Cultura. Capítulo II – Da Educação e da Cultura”, tem-se mais duas referências relevantes, concernentes ao ensino dos filhos de trabalhadores¹⁵².

No que tange aos menores de idade e às mulheres, temos que a Carta trouxe alguma proteção, por exemplo, com relação ao trabalho; é o disposto no “Título V – Da Ordem Econômica e Social”¹⁵³. Para as mulheres, além da proteção acima, há também

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 cuius.”

¹⁵⁰ “Art 124 - Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios:

X - poderá ser instituída a Justiça de Paz temporária, com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou recorríveis, e competência para a habilitação e celebração de casamentos o outros atos previstos em lei;”.

¹⁵¹ “Art 129 - São brasileiros:

I - os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, não residindo estes a serviço do seu país;

II - os filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos no estrangeiro, se os pais estiverem a serviço do Brasil, ou, não o estando, se vierem residir no País. Neste caso, atingida a maioridade, deverão, para conservar a nacionalidade brasileira, optar por ela, dentro em quatro anos;

III - os que adquiriram a nacionalidade brasileira nos termos do art. 69, n os IV e V, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891;

IV - os naturalizados pela forma que a lei estabelecer, exigidas aos portugueses apenas residência no País por um ano ininterrupto, idoneidade moral e sanidade física.”

¹⁵² “Art 168 - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios:

III - as empresas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhem mais de cem pessoas, são obrigadas a manter ensino primário gratuito para os seus servidores e os filhos destes;”

IV - as empresas industriais e comerciais são obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores, pela forma que a lei estabelecer, respeitados os direitos dos professores;”;

¹⁵³ “Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: IX - proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente;”.

a contida no “Título VII - Das Forças Armadas”, para assegurar-lhes a isenção ao serviço militar¹⁵⁴.

Por fim, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, há menção ao direito de família, para tratar da manutenção de nacionalidade daqueles que lutaram em guerras pretéritas¹⁵⁵.

Na “Constituição da República Federativa do Brasil de 1967”, decretada num momento de ditadura militar, houve apenas seis menções da “família”. A primeira está contida no “Título I – Da Organização Nacional. Capítulo I – Disposições Preliminares”, e se refere somente à competência da União para decretar imposto territorial, ressalvada hipótese específica da família rural¹⁵⁶.

As três seguintes estão no “Título III – Da Ordem Econômica e Social”, e versam sobre salário mínimo capaz de sustentar a família, salário-família aos dependentes do trabalhador, e aquisição de terras públicas tornadas produtivas por certas famílias¹⁵⁷.

As duas últimas estão justamente no “Título IV – Da Família, da Educação e da Cultura”, observando-se que os temas abordados são: casamento, educação, assistência estatal à família, dentre outros de menor relevância¹⁵⁸.

¹⁵⁴ “Art 181 - Todos os brasileiros são obrigados ao serviço militar ou a outros encargos necessários à defesa da Pátria, nos termos e sob as penas da lei. §1º - As mulheres ficam isentadas do serviço militar, mas sujeitas aos encargos que a lei estabelecer.”.

¹⁵⁵ “Art 18 - Não perderão a nacionalidade os brasileiros que, na última guerra, prestaram serviço militar às Nações aliadas, embora sem licença, do Governo brasileiro, nem os menores que, nas mesmas condições, os tenham prestado a outras nações.”.

¹⁵⁶ “Art 22 - Compete à União decretar impostos sobre:

§1º - O imposto territorial, de que trata o item III, não incidirá sobre glebas rurais de área não excedente a vinte e cinco hectares, quando as cultive, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel.”.

¹⁵⁷ “Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família;

II - salário-família aos dependentes do trabalhador.

Art 164 - A lei federal disporá sobre, as condições de legitimação da posse e de preferência à aquisição de até cem hectares de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e de sua família.”

¹⁵⁸ “Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§1º - O casamento é indissolúvel.

Com relação ao casamento, além das citações acima, tem-se a contida no “Título I – Da Organização Nacional. Capítulo VIII – Do Poder Judiciário. Seção VIII – Da Justiça dos Estados”, que faz referência à Justiça de Paz poder celebrá-los¹⁵⁹.

§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.

Art 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.

§1º - O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos.

§2º - Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à Iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo.

§3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:

I - o ensino primário somente será ministrado na língua nacional;

II - o ensino dos sete aos quatorze anos é obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais;

III - o ensino oficial ulterior ao primário será, igualmente, gratuito para quantos, demonstrando efetivo aproveitamento, provarem falta ou insuficiência de recursos. Sempre que possível, o Poder Público substituirá o regime de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo, exigido o posterior reembolso no caso de ensino de grau superior;

IV - o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio.

V - o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior será feito, sempre, mediante prova de habilitação, consistindo em concurso público de provas e títulos quando se tratar de ensino oficial;

VI - é garantida a liberdade de cátedra.

Art 169 - Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, e, a União, os dos Territórios, assim como o sistema federal, o qual terá caráter supletivo e se estenderá a todo o País, nos estritos limites das deficiências locais.

§1º - A União prestará assistência técnica e financeira para o desenvolvimento dos sistemas estaduais e do Distrito Federal.

§2º - Cada sistema de ensino terá, obrigatoriamente, serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar.

Art. 170 - As empresas comerciais, industriais e agrícolas são obrigadas a manter, pela forma que a lei estabelecer, o ensino primário gratuito de seus empregados e dos filhos destes.

Parágrafo único - As empresas comerciais e industriais são ainda obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores.

Art 171 - As ciências, as letras e as artes são livres.

Parágrafo único - O Poder Público incentivará a pesquisa científica e tecnológica.

Art 172 - O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único - Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.”.

¹⁵⁹ “Art 136 - Os Estados organizarão a sua Justiça, observados os arts. 108 a 112 desta Constituição e os dispositivos seguintes:

§1º - A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça:

c) Justiça de Paz temporária, competente para habilitação e celebração de casamentos e outros atos previstos em lei e com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou irrecorríveis;”.

Com relação à filiação e nacionalidade, tem-se o “Título II – Da Declaração de Direitos. Capítulo I. Da Nacionalidade”¹⁶⁰. Já o tema “filhos” é encontrado apenas duas vezes ao longo da Carta, sendo a primeira no já transcrito capítulo da família, e a outra no “Título II – Da Declaração de Direitos. Capítulo IV - Dos Direitos e Garantias Individuais”, em que se encontra importante referência à sucessão¹⁶¹.

No mesmo sentido, há três menções aos “menores”, em que também se percebe tutela às mulheres. As duas primeiras estão no “Título III – Da Ordem Econômica e Social” (proibição ao trabalho¹⁶²), e a terceira já foi exposta no capítulo da família.

Nesse sentido, importante a análise específica da mulher, a qual é citada em quatro momentos da CF/67. Além da menção supra relacionada, a primeira delas está no “Título I – Da Organização Nacional. Capítulo VII - Do Poder Executivo. Seção VI – Das Forças Armadas” (dispensa do serviço militar¹⁶³). A segunda está no mesmo título e capítulo, mas na “Seção VII – Dos Funcionários Públicos”, em que se dá proteção

¹⁶⁰ “Art 140 - São, brasileiros:

I - natos:

a) os nascidos em território brasileiro, ainda que de pais estrangeiros, não estando estes a serviço de seu país;
b) os nascidos fora do território nacional, de pai ou de mãe brasileiros, estando ambas ou qualquer deles a serviço do Brasil;
c) os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiros, não estando estes a serviço do Brasil, desde que, registrados em repartição brasileira competente no exterior, ou não registrados, venham a residir no Brasil antes de atingir a maioridade. Neste caso, alcançada, esta, deverão, dentro de quatro anos, optar pela nacionalidade brasileira.”.

¹⁶¹ “Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§33 - A sucessão de bens de estrangeiros, situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do decujus.”

¹⁶² “Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

X - proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres.”.

¹⁶³ “Art 93 - Todos os brasileiros são obrigados ao serviço militar ou a outros encargos necessários à segurança nacional, nos termos e sob as penas da lei.

Parágrafo único - As mulheres e os eclesiásticos, bem como aqueles que forem dispensados, ficam isentos da serviço militar, mas a lei poderá atribuir-lhes outros encargos.”.

especial à aposentadoria feminina¹⁶⁴. E a última também trata da aposentadoria, mas no “Título III - Da Ordem Econômica e Social”¹⁶⁵.

Vista toda a evolução constitucional da família, é chegada a “Constituição Federal da República Federativa do Brasil”, promulgada em 1988, que está em atual vigência, e possui 27 citações da “família”, conforme se abordará, uma a uma.

Antes até mesmo de iniciar análise específica à última Carta Magna brasileira, importante destacar seu papel democrático-cidadão no cenário nacional, que a tornou amplamente conhecida por privilegiar os indivíduos e suas liberdades/direitos.

Foi a partir de 1988 que a família passou a receber a mais ampla tutela até então. Homens e mulheres são iguais; famílias amplas são respeitadas a partir dos princípios garantidos pela Carta; crianças e adolescentes passam a ter verdadeira relevância e proteção social/estatal; enfim, muitos fatores favoreceram a família e os indivíduos.

Inclusive, sob a égide da Constituição de 1988, a própria terminologia conceitual destinada a tal instituto jurídico foi alterada por parte da doutrina e jurisprudência. Mesmo que minoritária, parcela da doutrina já começa a trabalhar sob a hipótese de que não há mais “família”, mas sim “famílias”, em prol da pluralidade e amplitude de tutela dos direitos das pessoas. É o que se prova da leitura do título da obra da Dra. Maria Berenice Dias; ela própria intitulou seu manual de “Direito das Famílias”.

Pois bem. Os três primeiros apontamentos da família estão descritos no artigo 5º, contido no “Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo I – Dos

¹⁶⁴ “Art 100 - O funcionário será aposentado:

I - por invalidez;
II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade;
III - voluntariamente, após trinta e cinco anos de serviço.

§1º - No caso do n.º III, o prazo é reduzido a trinta anos, para as mulheres.”.

¹⁶⁵ “Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: XX - aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral;”.

Direitos e Deveres Individuais e Coletivos". No inciso XXVI, aborda-se a impenhorabilidade da propriedade rural trabalhada pela família¹⁶⁶; o inciso LXII garante a comunicação imediata à família, quando um de seus membros for preso¹⁶⁷; e o inciso seguinte, LXIII, assegura a assistência da família ao preso¹⁶⁸.

Ou seja, a proteção da família e seu lar passou a ser cláusula pétreia, o que demonstra sua veemente relevância social. Como se percebe, até mesmo matéria de *ultima ratio* do direito (penal) tem relação com a família. Mesmo diante do direito criminal, a família nunca deixará de ser privilegiada; isso comprova o caráter essencial da família na vida digna de um indivíduo.

Em seguida, no "Capítulo II - Dos Direitos Sociais", há mais duas menções claras à família, sendo, respectivamente, nos incisos IV e XII do artigo 7º, em que se preveem os direitos dos trabalhadores, especificamente ao salário mínimo capaz de sustentar a família, bem como o salário-família, destinado ao dependente do trabalhador de baixa renda¹⁶⁹.

Após isso, tem-se um enorme passo pela Constituição, até chegar no Título VII, que trata "Da Ordem Econômica e Financeira", em que a família volta a ser tratada nos artigos 183 e 191, inseridos nos capítulos "II - Da Política Urbana" e "III - Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária"¹⁷⁰. Os temas são a possibilidade de usucapião urbano e rural.

¹⁶⁶ "a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;".

¹⁶⁷ "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;"

¹⁶⁸ "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;"

¹⁶⁹ "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim";

"salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;"

¹⁷⁰ "Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.";

Logo após, inicia-se o “Título VIII – Da Ordem Social”, em que, no “Capítulo II - Da Seguridade Social. Seção I – Disposições Gerais”, há mais uma proteção à família, agora tratando da seguridade social daqueles que exercem atividade rural em regime de economia familiar¹⁷¹ (o mesmo ocorre no artigo 201, §7º, II¹⁷²). Em outra Seção, “III - Da Previdência Social”, o artigo 201 dispõe ainda sobre previdência social, atestando que esta deverá atender ao salário-família e auxílio-reclusão¹⁷³. Ainda, em seu §12º, há tratamento específico àqueles se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes às famílias de baixa renda¹⁷⁴.

Já na Seção “IV - Da Assistência Social”, a tutela constitucional se foca na garantia da proteção da família independente de contribuição à seguridade social¹⁷⁵.

¹⁷¹ Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.”

¹⁷² “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.”.

¹⁷³ “É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os性os e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.”.

¹⁷⁴ “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;”.

¹⁷⁵ “Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo.”.

¹⁷⁶ “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”.

Adiante, no capítulo III, “Da Educação, da Cultura e do Desporto”, de início, na “Seção I – Da Educação”, há relevante menção à família, colocando a educação como “direito de todos e dever do Estado e da família”, necessário ao pleno desenvolvimento do indivíduo¹⁷⁶.

No “Capítulo V – Da Comunicação Social”, há duas menções, tendo enfoque na posição das famílias perante assuntos ligados à manifestação social, como o pensamento, etc., inclusive a proteção valorativa delas na transmissão de informações públicas¹⁷⁷.

E enfim, chega-se ao Capítulo VII, específico “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, em que a família é literalmente classificada como “base da sociedade”.

O artigo 226 encarrega-se de cuidar do casamento, prevê expressamente a união estável, amplia o entendimento quanto ao que seja entidade familiar, ratifica a liberdade do planejamento familiar, e acresce o dever do Estado em promover assistência à família¹⁷⁸.

¹⁷⁶ “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”.

¹⁷⁷ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§3º Compete à lei federal:

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”.

¹⁷⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da 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.

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

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

O artigo 227, insculpe a absoluta prioridade no resguardo dos direitos básicos e fundamentais das crianças, adolescentes e jovens, seja pela família ou pelo Estado. Para tanto, determina diversos mecanismos de respaldo, como criação de programas sociais, destinação de recursos específicos, etc.¹⁷⁹.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹⁷⁹ 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 negligéncia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;
II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;
II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;
V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;
VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;
VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Em seguida, o artigo 228 faz previsão deveras criticada atualmente, mas que, independentemente disso, é de grande demonstração de cuidado do Estado com aqueles que ainda são incapazes civilmente. Trata-se da inimputabilidade penal aos menores de 18 anos¹⁸⁰.

Encerrando o capítulo, os artigos 229 e 230 repetem os deveres de cuidado entre os familiares, bem como da sociedade e Estado, com aqueles considerados vulneráveis (crianças, adolescentes, idosos, enfermos, deficientes)¹⁸¹.

Além do estudo específico a partir do termo “família”, há também os adendos, assim como analisado nas Cartas anteriores. Por exemplo, o casamento é citado algumas vezes. Além das transcritas no capítulo “Da Família”, uma delas está no “Título IV – Da Organização dos Poderes. Capítulo III – Do Poder Judiciário. Seção I – Disposições Gerais”, em previsão já contida nas demais Cartas (possibilidade de a Justiça de Paz celebrar casamentos¹⁸²).

Nessa mesma seção, há norma que envolve direito de família, quando se refere à preferência cronológica de recebimento de débitos de natureza alimentar por idosos, quando pagos pelo Estado¹⁸³.

¹⁸⁰ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

¹⁸¹ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. 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.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

¹⁸² “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.”

¹⁸³ “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o

Os filhos também são lembrados em vários momentos. De plano, vale observar que muitos dos direitos relativos à família se tornaram cláusulas pétreas, a começar pelo descrito no “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”¹⁸⁴ (princípio da igualdade, direito de herança, sucessão de bens, direito de presidiárias perante os filhos, garantia de creche e pré-escola gratuita).

No “Capítulo III – Da Nacionalidade”, há a relação de filiação¹⁸⁵. Especificamente aos menores de idade, há, no mesmo título da citação anterior, mas agora no “Capítulo II – Dos Direitos Sociais”, a regra de proibição de trabalho aos menores de 18 anos¹⁸⁶. Ainda, foram introduzidos direitos políticos aos relativamente incapazes, agora no “Capítulo IV – Dos Direitos Políticos”¹⁸⁷.

fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.”

¹⁸⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

XXX - é garantido o direito de herança;

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do “de cuius”; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;”

¹⁸⁵ “Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;”

¹⁸⁶ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;”

¹⁸⁷ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

§1º O alistamento eleitoral e o voto são:

II - facultativos para:

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.”

E se a Carta é famosa por ser cidadã e democrática, é evidente que as mulheres teriam substancial participação. Além da igualdade já citada, começa-se pelo “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo II – Dos Direitos Sociais”, em que se assevera a proteção do mercado de trabalho da mulher¹⁸⁸.

Após, no “Título III – Da Organização do Estado. Capítulo VII – Da administração Pública. Seção II – Dos Servidores Públicos”, e, respectivamente, no “Título V – Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas. Capítulo II – Das Forças Armadas”, aborda-se a aposentadoria diferenciada à mulher, bem como a isenção ao serviço militar¹⁸⁹.

Como prova da igualdade inserida pela Carta, no “Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira. Capítulo II – Da Política Urbana”, está disposta a possibilidade de usucapião urbano, com garantia de transferência do título de domínio tanto ao homem, quanto à mulher¹⁹⁰. O mesmo ocorre no capítulo seguinte “Da Política

¹⁸⁸ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

X - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

¹⁸⁹ “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.”

“Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§2º As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.”

¹⁹⁰ “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.”

Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária”, mas com relação aos beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária¹⁹¹.

As últimas citações, além daquelas que já transcritas no capítulo “Da Família”, estão no “Título VIII – Da Ordem Social. Capítulo II – Da Seguridade Social. Seção III – Da Previdência Social”, em que novamente se dispõe acerca dos direitos específicos referentes à aposentadoria¹⁹².

Às crianças (e à família em geral também), além das também transcrições já feitas no capítulo “Da Família”, há mais algumas referências importantes, como a contida no “Título VIII. Da Ordem Social. Capítulo II – Da Seguridade Social. Seção IV – Da Assistência Social”. Ali, garante-se que, independentemente da contribuição à seguridade social, a assistência social será prestada a todos aqueles que dela necessitem¹⁹³.

No capítulo seguinte, mesmo que soe repetitivo aos demais artigos já expostos, tem-se a previsão contida no “Capítulo III – Da Educação, da Cultura e do Desporto. Seção I – Da Educação”, na qual se assevera o dever do Estado na garantia da educação infantil¹⁹⁴.

¹⁹¹ “Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.”

¹⁹² “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.”

¹⁹³ “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;”.

¹⁹⁴ “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;”.

A infância também foi objeto específico de tutela do Constituinte. A primeira menção ocorreu no “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo II – Dos Direitos Sociais”, onde é tida como direito social, assim como a maternidade¹⁹⁵.

Após, no “Título III – Da Organização do Estado. Capítulo II – Da União”, tem-se a competência da União e Entes Federados em legislar sobre a proteção à infância e à juventude¹⁹⁶.

Por último, vale citar que a família também é lembrada no “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, nos artigos 42, parágrafo único (destinação de recursos às famílias de agricultores¹⁹⁷), e 79 (instituição do o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, em que se visa o reforço da renda familiar¹⁹⁸).

Portanto, a conclusão inevitável é que a família já se encontra em formal igualdade, e caminha a passos largos à igualdade material. As próprias Constituições provam que a família é alvo de constante mudança. Todos os seus membros, em especial mulheres e menores, ganharam muito mais espaço na sociedade, de modo que realmente se pode tratar a família como um núcleo, justo, unido e convergente ao mesmo objetivo, que pode ser tido como o bem-estar de todos e a igualdade social, a começar por onde tudo literalmente se inicia: a família.

¹⁹⁵ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”.

¹⁹⁶ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XV - proteção à infância e à juventude;”.

¹⁹⁷ “Art. 42. Durante 40 (quarenta) anos, a União aplicará dos recursos destinados à irrigação: Parágrafo único. Dos percentuais previstos nos incisos I e II do caput, no mínimo 50% (cinquenta por cento) serão destinados a projetos de irrigação que beneficiem agricultores familiares que atendam aos requisitos previstos em legislação específica.

¹⁹⁸ Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.”.

2.3. O Direito Civil-Constitucional

Como sabido, o Código Civil de 1916 perdurou vigente no Brasil por quase 100 anos. Foi aplicado durante o império de seis Constituições (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988); nesses períodos, todas as normas vigentes sempre se adequaram aos preceitos constitucionais.

No entanto, como visto há pouco, a Constituição de 1988 trouxe uma carga absolutamente democrática e cidadã ao povo brasileiro, de modo que, ficou mais delicada a aplicabilidade do Código Civil de 1916. Diferentemente das Cartas Magnas anteriores, a Constituição de 1988 tem diversas peculiaridades referentes à vida privada, o que efetivamente obriga a aplicação conjunta do direito civil e constitucional.

Nesse sentido, a partir de um resumo completo e magistral, não haveria melhor forma de abertura do tema a ser estudado, sem ser pelas observações de Miguel Reale:

“Os cultores da Ciência Jurídica têm observado que, nas últimas décadas, os conceitos fundamentais do Direito Civil vêm sendo estabelecidos, prioritariamente, no texto mesmo das constituições, o que leva a se falar na ‘constitucionalização do Direito Civil’. Esse fato é da maior importância para o processo da democratização do País, tendo o insigne Pontes de Miranda salientado que ‘a passagem dos direitos e liberdades às constituições representa uma das maiores conquistas políticas da invenção humana, invenção da democracia.’”

A participação eminente da Constituição de 1988 no domínio das relações civis merece nossa especial atenção, a começar pelo Art. 1º, que, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, situa ‘a dignidade da pessoa humana’, a qual, por essa razão, constitui o pressuposto básico de todo o ordenamento jurídico. Se lembrarmos que, no Art. 5º da Carta Magna, são consagrados outros preceitos

civis fundamentais, como, por exemplo, o da liberdade de associação, o da reparação do dano moral, o da inviolabilidade da vida privada e da imagem das pessoas, a função social da propriedade; e que o Art. 226 estabelece os princípios constitutivos da instituição da família, podemos afirmar que, no Brasil, atinge o mais alto grau a constitucionalização do Direito Civil. Assim sendo, o novo Código Civil não podia deixar de atentar para esse fato essencial, o que sobremaneira o distingue do Código Civil de 1916 que todo ele se situava na área do Direito Privado, visto como a Constituição de 1891 não cuidava da problemática social.”¹⁹⁹

Após 1988, começou a ocorrer então um inevitável e aparente movimento jurídico de adequação de normas, para o bom andamento do sistema, ao qual se denominou: constitucionalização do direito civil.

De forma prática, implica dizer que o direito civil passou a ser interpretado e aplicado de acordo com os preceitos constitucionais (inclusive no que concerne ao direito de família). Entende-se que uma das maiores provas disso foi a própria revogação do Código Civil de 1916, e consequente entrada em vigor do Código Civil de 2002, justamente porque o primeiro não mais condizia com a nova ordem constitucional. Já o segundo, embora haja muitas ressalvas, já estava muito mais de acordo com as diretrizes constitucionais então vigentes no País.

Daí em diante, surgiram dois pensamentos: a) o primeiro acreditava que, mais que em todos os momentos pretéritos, passou a ser cada vez mais necessário o estudo, desenvolvimento e aplicação do então recente “direito civil constitucional”; b) por outro lado, alguns defendiam a desnecessidade dessa integração de normas, justamente pela promulgação do Código Civil de 2002, o qual regulava a vida privada, e de acordo com os preceitos constitucionais, de forma que poderia ser “autossuficiente”. Isso fez com que os especialistas no assunto se posicionassem:

¹⁹⁹ REALE, Miguel. A Constituição e o Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

“Há quem afirme que o direito civil constitucional tornou-se ‘desnecessário’ no Brasil, diante da edição de um novo Código Civil. Como se a eficácia normativa das normas constitucionais somente se justificasse diante da idade avançada do Código Civil anterior. Muito ao contrário: o que a metodologia civil constitucional propõe não é uma releitura exigida pelo envelhecimento da codificação, mas uma releitura permanente, voltada à máxima realização dos valores constitucionais nas relações privadas. A edição de uma nova codificação civil não suprime, nem atenua o papel da Constituição. A atuação do legislador ordinário não substitui o projeto constitucional, nem isenta o intérprete de buscar a permanente adequação do direito civil aos valores constitucionais. A alegação de que a metodologia civil constitucional teria perdido sua utilidade diante do novo Código Civil mostra-se ainda mais infundada porque a codificação civil de 2002 tem muito pouco de realmente novo. Seu texto repete substancialmente aquele do Código Civil de 1916, já tendo sido chamado de ‘cópia mal feita’ do seu antecessor. Fruto de projeto elaborado na década de 1970, durante o período mais severo da ditadura militar brasileira, o novo Código Civil chega com um atraso de mais de três décadas – quando a conveniência de uma nova codificação já era vista com reservas – e em flagrante descompasso com a Constituição. Sua aprovação foi recebida pela melhor doutrina como ‘um duro golpe na recente experiência constitucional brasileira’. Aos juízes, aos advogados, ao intérprete, de modo geral, restou ‘a espinhosa tarefa de temperar o desastre, aplicando diretamente o Texto Constitucional, seus valores e princípios, aos conflitos de direito civil, de modo a salvaguardar o tratamento evolutivo que tem caracterizado as relações jurídicas do Brasil contemporâneo’. Não faltam oportunidades para isso. No campo do direito de família, por exemplo, o Código Civil de 2002 não trouxe uma palavra sobre a união homoafetiva, o que levou o Supremo Tribunal Federal a reservar uma interpretação constitucional ao art.

1.723 da codificação civil, de modo a estender a disciplina da união estável aos casais homossexuais.”²⁰⁰.

Embora hoje seja um assunto basicamente superado, o tema em si ainda é merecedor de muita discussão, e principalmente aprimoramento. Pietro Perlingieri mostra-se como um dos juristas mais citados nesse assunto, pois há tempos já se debruçava sob os estudos do “Direito Civil na Legalidade Constitucional”. É com base nele e muitos outros, que aqui se fará a análise do tema, com a imprescindível ligação ao objeto do trabalho.

De plano, surge necessidade de conceitos. Para isso, Anderson Schreiber, inclusive com base em Perlingieri, inicia o estudo:

“o direito civil constitucional pode ser definido como a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição. O termo ‘releitura’ não deve, contudo, ser entendido de modo restritivo. Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. A rigor, para o direito civil constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas. Como se vê, o direito civil constitucional não é o ‘conjunto de normas constitucionais que cuida de direito civil’, nem se trata tampouco de uma tentativa de esvaziar o direito civil, transferindo alguns de seus temas (família, propriedade etc.) para o campo do direito constitucional. Trata-se, muito ao contrário, de superar a

²⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. Direito Civil Constitucional. São Paulo: Atlas, 2016; p. 13;

segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico.”²⁰¹

Essa indesejada segregação deve ser realmente afastada, até mesmo para que se cumpra a Carta Magna Brasileira. Fundamental salientar que tal “corrente metodológica” não é algo infundado. Trata-se de teoria consagradamente fundamentada, conforme muito bem explica e esmiúça o mesmo Autor:

“são três os pressupostos teóricos fundamentais da metodologia do direito civil constitucional: (a) a natureza normativa da Constituição; (b) a complexidade e unidade do ordenamento jurídico e o pluralismo de fontes do direito; e (c) o desenvolvimento de uma renovada teoria da interpretação, de fins aplicativos. Embora indissociáveis sob o prisma metodológico, tais pressupostos podem, para propósitos didáticos, ser examinados em separado.”²⁰².

Obviamente, há explicação para a existência desses pressupostos, o que se pode resumidamente extrair da própria obra. Com relação ao *pressuposto a*:

“O direito civil constitucional ancora-se, em primeiro lugar, na eficácia normativa da Constituição. Opõe-se, nesse sentido, à orientação mais tradicional da doutrina civilista brasileira, que ainda enxerga a Constituição como “carta política”, ou como norma de conteúdo meramente “programático”, dirigida apenas ao legislador.”²⁰³

No que tange ao *pressuposto b*:

²⁰¹ SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. Direito Civil Constitucional. São Paulo: Atlas, 2016; p. 1;

²⁰² Idem; p. 8;

²⁰³ Idem; p. 8;

“As duas expressões (unidade e complexidade), que poderiam parecer antagônicas em outros contextos, não assumem aqui esta conotação: o ordenamento, por mais que se diversifiquem suas fontes, por mais que se multipliquem suas normas, por mais que se especializem os seus setores, permanece único, unitário, centrado sobre os valores constitucionais. Com tal abordagem, a metodologia civil constitucional opõe-se à chamada teoria dos microssistemas, que pretende enxergar o direito privado como uma cadeia de microssistemas autônomos. (...) O que o direito civil constitucional propõe é justamente o oposto dessa fragmentação em microssistemas: a (re)unificação do sistema jurídico em torno dos valores constitucionais, de modo a que cada lei especial seja interpretada e aplicada em conformidade não com uma sua “lógica própria”, mas em conformidade com o projeto de sociedade traçado pelo Constituinte. Não se trata tão somente de reconhecer a Constituição como centro formal do qual irradiam as leis especiais – centralidade que, de resto, vem reconhecida pelo próprio Irti com base na hierarquia das fontes –, mas de atribuir aos valores constitucionais uma primazia substancial na interpretação e aplicação das leis especiais, que não devem ser tomadas como sistemas autônomos.”²⁰⁴

Quanto ao *pressuposto c:*

“O direito civil constitucional representa, em larga medida, um novo modo de interpretar o direito civil. A ‘reinserção’ do direito civil em um ordenamento jurídico unitário, irradiado da Constituição, exige que os seus institutos sejam repensados a partir do texto constitucional e dos novos valores ali consagrados. ‘A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como

²⁰⁴ Idem; p. 10;

ocorría com frequência (e ainda ocorre)'. Tamanho redirecionamento exige uma teoria da interpretação jurídica que, diferentemente da tradicional, não se limite a uma operação formalista, por meio da fria subsunção da situação fática à norma que a descreve de modo mais minucioso, mas que se mostre comprometida com a aplicação de todo o ordenamento jurídico a cada caso concreto, em uma busca permanente pela máxima realização dos seus valores fundamentais. 'É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil (...) o direito civil constitucional não aprisiona o intérprete na literalidade da lei, como pretendia a escola da exegese com seu exacerbado positivismo, nem o deixa livre para criar o direito a partir dos seus próprios instintos e opiniões, como propõem a escola do direito livre e o direito alternativo. Reconhece-lhe um papel criativo, mas sempre vinculado à realização dos valores constitucionais. (...) Com isso, o direito civil constitucional assegura que a interpretação jurídica será exercida com propósito unitário, vinculado aos valores fundantes de cada sociedade, e não aos interesses e opiniões de cada um. Garante, ademais, que o jurista não atuará de modo isolado, empregando técnicas formais para aplicar certo dispositivo legal a uma situação fática qualquer, indiferente ao que o ordenamento projeta para a sociedade como um todo. A interpretação jurídica não pode ser tratada como procedimento lógico apartado da avaliação dos resultados da aplicação do direito, mas deve, ao contrário, perseguir sempre a concretização do plano constitucional, respeitando a 'hierarquia das fontes e dos valores, em uma acepção necessariamente sistemática e axiológica'.'.²⁰⁵

É axiomático que a Constituição de 1988 trouxe assuntos de direito civil, bem como que o conjunto normativo infraconstitucional também se encarrega dessa

²⁰⁵ Idem; p. 12;

função, de modo que, a mais saudável solução ao sistema jurídico não será a exclusão ou sobreposição, mas sim a integração das normas. Nesse ponto, Perlingieri, esclarece:

“Não existem, argumentos que contrariem a aplicação direta dos princípios constitucionais: a norma constitucional pode, mesmo sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Pode-se afirmar, pois, que seja na aplicação dita indireta – que sempre acontecerá quando existir na legislação ordinária uma normativa específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos -, seja na aplicação direta – assim definida pela ausência de intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário -, a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada. O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção nem sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional.”²⁰⁶.

Aplicar tal valiosa metodologia, garantirá aos jurisdicionados que, direta ou indiretamente, sejam tratados pelo Estado de acordo com as intenções da Lei Maior que lhes rege a vida em sociedade (Constituição Federal). Nesse ponto, mais uma vez se remete ao citado jurista:

“Pode-se concluir, então, que o surgimento do constitucionalismo moderno e a introdução da legalidade constitucional permitem considerar, hoje, finalmente adquirido o método da interpretação constitucional que consiste em reconhecer que a Constituição, como qualquer outra lei, é sempre e antes de tudo um ato normativo, que contém disposições preceptivas e que tanto os juízes comuns ao julgar as controvérsias que lhe são submetidas com base nas normas

²⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; p. 589 e 590;

constitucionais, quanto os juízes constitucionais, operando como intérpretes ‘autorizados’ da Constituição e como juízes de constitucionalidade das leis, se encontram vinculados aos textos constitucionais”²⁰⁷.

Ou seja, independentemente de como será a aplicabilidade em si, o essencial é, sempre com base na necessária observância constitucional, não se olvidar da integração das normas e da hierarquia entre elas:

“A normativa constitucional eleva-se a justificação da norma ordinária, que com a primeira deve se harmonizar coerente e razoavelmente, segundo critérios ou princípios de adequação e de proporcionalidade que postulam o conhecimento aprofundado também das peculiaridades do caso concreto (...) A constitucionalização do direito representa não somente uma exigência da unidade do sistema e do respeito da hierarquia de suas fontes, mas também o caminho para obviar o risco das degenerações do Estado de direito formal. Não se trata de destruir, mas de adequar a interpretação e as técnicas aos valores primários, evitando aceitar como válidas as praxes oficiais (...) Apesar de a norma constitucional aparentemente ser utilizada como instrumento hermenêutico de um enunciado ordinário, na realidade ela se torna parte integrante da própria normativa destinada a regular a concreta relação”.²⁰⁸

A Constituição se colocou como parte essencial de todo o ordenamento jurídico pátrio, de modo que a constitucionalização do direito civil não está ligada somente a aspectos formais. Não se trata apenas da exata maneira como o intérprete e aplicador das leis devem se posicionar. Houve também certa reinterpretação de valores, o que mudou mais ainda a atuação jurídica diante dos dois instrumentos (Constituição e Código).

²⁰⁷ Idem; p. 595;

²⁰⁸ Idem; p. 574, 577 e 579;

A valorização da pessoa, em detrimento da supremacia unicamente patrimonial é um dos assuntos de maior relevância no direito civil constitucional, ainda mais visto sob a ótica de uma Carta Magna Cidadã-Democrática:

“A presença, na Constituição, de numerosas previsões de direitos civis (direito à saúde, ao estudo, à vida livre e digna etc.) e de liberdades civis, unidas à cláusula geral de tutela do livre desenvolvimento da pessoa humana, leva a excluir a tipicidade dos direitos da personalidade em termos quantitativos e permite considerar de forma qualitativamente diversa, o tema da pessoa, de maneira a elevá-la ao centro do ordenamento, estendendo a sua tutela e relevância objetiva.²⁰⁹.

E pessoa é algo essencial neste trabalho, pois, a todo momento, ela foi vista como a parte essencial que compõe a família, e então lhe direciona os caminhos. Começa-se a falar então da valorização da pessoa, através do Direito Civil, com base no Direito Constitucional:

“Daí a consequência de novo entendimento do que seja ‘sujeito de direito’, não mais concebido como um indivíduo ‘in abstracto’, em uma igualdade formal, mas sim em razão do indivíduo situado concretamente no complexo de suas circunstâncias éticas e sócio-económicas. Reflexo dessa mudança de perspectiva, é o que se dá nos artigos de abertura do novo Código Civil, onde – ao contrário do código revogado, que declarava ‘todo homem’ capaz de direitos e obrigações na ordem civil, o ora em vigor prefere se referir a ‘toda pessoa’, acrescentando que ‘a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida’. Pequena diferença aparentemente, mas que representa profunda mudança na colocação inicial da vida jurídica, uma vez que a palavra homem tem o sentido genérico e abstrato de indivíduo, ao passo que a palavra pessoa já indica o ser

²⁰⁹ Idem; p. 585;

humano enquanto situado perante os demais componentes da coletividade. Efetivamente, o conceito de pessoa resulta da relação do eu com outros eus, o que distingue o ser humano de todos os outros animais.”²¹⁰

Ou seja, o Direito Civil Constitucional cuida do indivíduo de forma prática, não somente no mundo das ideias, das teorias, da letra da lei. Ao utilizar tal metodologia, garantir-se-á ao jurisdicionado que seja efetivamente tratado como pessoa, a partir dos preceitos constitucionais, e não somente como mera estatística ou objeto da literatura legal. Finalmente o homem ganhou espaço social a partir de sua inerente dignidade e demais valores:

“O que a metodologia civil constitucional enfatiza, nessa seara, é justamente a necessidade de que os institutos jurídicos de direito civil, outrora compreendidos como meros instrumentos de perseguição do interesse particular, sejam redirecionados à realização dos valores constitucionais, em especial à realização da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. É nesse sentido que se afirma que o direito civil constitucional se caracteriza pelo ‘decisivo predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais’. Daí afirmarem alguns autores, em fórmula sintética, que o ser prevalece sobre o ter. A ideia, contudo, deve ser bem compreendida. O direito civil constitucional não propõe uma segregação absoluta entre situações existenciais e situações patrimoniais. Numa reversão da perspectiva histórica do direito privado, que se interessava pelo sujeito de direito apenas sob o prisma patrimonial (o proprietário, o testador, o contratante), a metodologia civil constitucional vem exigir que a pessoa passe a ser valorizada pela sua condição humana. O ter deixa, assim, de ser um valor em si mesmo para se tornar mero instrumento de realização do

²¹⁰ REALE, Miguel. A Constituição e o Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

ser. A atividade econômica passa a estar subordinada ao atendimento de valores não econômicos, como a solidariedade social, a igualdade substancial e a dignidade da pessoa humana.”²¹¹

Uma pequena mudança, uma mera troca de palavras, já possui um significado deveras expressivo (foco na pessoa humana). Tanto é que o novo Código Civil específica, e expressamente denomina um capítulo como “Dos Direitos da Personalidade”, o qual aumenta ainda mais a proteção das pessoas, segundo as lições de Reale:

“O Código Civil atual dedica, todo um capítulo aos ‘direitos da personalidade’, matéria não prevista na legislação anterior, estatuindo o Art. 11 que tais direitos são ‘intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária’. Note-se que não é feita uma enumeração, ainda que exemplificativa, dos direitos da personalidade, que são todos aqueles que constituem elementos componentes intangíveis da pessoa, de conformidade com as conquistas do processo histórico-cultural que assinala o progresso da sociedade civil, em constante correlação complementar com a instituição estatal. É esse sentido de complementaridade que explica a crescente convergência do Direito Público e do Direito Privado, não tendo razão de ser o primado de um ou de outro, pois ambos compõem o processo dialético da positividade jurídica através da história, obedecendo às diretrizes emergentes dos valores eminentes que caracterizam cada civilização, e que formam o que denomino invariantes axiológicas. A principal delas é a idéia de pessoa humana, em meus livros apresentada como ‘valor fonte’ de todos os valores. Nada de extraordinário que seja ela o valor básico de todo o ordenamento jurídico, sobretudo do civil. Por outro lado, é o apontado sentido de complementaridade que

²¹¹ SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. Direito Civil Constitucional. São Paulo: Atlas, 2016; p. 18;

explica o duplo processo que, em nossos dias, atua na experiência jurídica, ora como ‘privatização do Direito Público’ – como, por exemplo, o § 1º do Art. 173 da Carta Magna que sujeita certas empresas públicas ao regime jurídico das empresas privadas – ora como ‘constitucionalização do Direito Civil’, como o faz o já lembrado Art. 226 da Constituição sobre a organização da família”²¹².

Veja-se que em meio ao seu pensamento, o Autor esclarece que sociedade civil e Estado crescem juntos. A interpretação mais evidente é a de que o segundo acompanha a primeira, conforme defendido neste trabalho, e mais uma vez comprovado. Complementando Reale, Ingo Sarlet também aborda a importância dessa via dupla entre direito público e privado:

“aponta-se com inteira razão para o fato de que a assim designada constitucionalização do Direito (e portanto, também do Direito Privado) se manifesta por duas vias: a) a presença da Constituição no Direito Privado, em que se cuida da influência das normas constitucionais, via concretização legislativa e/ou judicial sobre as normas do Direito Privado e as relações entre particulares, e b) a presença do Direito Privado na Constituição, em que se cuida de institutos originalmente do Direito Privado previstos na Constituição – que, por sua vez, irá influenciar o Direito Privado – situação na qual, no fundo, se está a falar de direito constitucional e não propriamente dito de um direito civil-constitucional.”²¹³

E em meio a toda essa mescla entre direito civil e constitucional, a prática provou que mais um fator se mostrava necessário. Mesmo com a aplicação da metodologia do Direito Civil Constitucional, faticamente a situação ainda era incompleta. Para o efetivo alcance do desejo constitucional, notou-se a necessidade de

²¹² REALE, Miguel. A Constituição e o Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

²¹³ MELGARÉ, Plínio; FILHO, Agassiz Almeida. Dignidade da Pessoa Humana – Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010; p. 397 e 398;

aplicação mais incisiva dos assuntos tratados, haja vista o grande grau de especificidade de algumas situações. Nesse sentido, Sarlet leciona:

“As normas principiológicas e programáticas concernentes ao direito privado, mas contidas na Constituição, necessariamente impõem ao legislador o dever de editar uma legislação compatível com tais princípios e que lhe desenvolvam o programa. E aí está a razão do surgimento de leis especiais que acabam por reduzir o primado antes indiscutível do Código Civil. Tais leis especiais buscam disciplinar institutos de direito privado, com base em outros princípios que não aqueles clássicos, contidos nas codificações. Emergem, então, leis como o Código de Defesa do Consumidor, que disciplina as relações de consumo à luz de princípios totalmente diversos daqueles que presidem as relações negociais codificadas, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que pretende conferir uma proteção integral, com caráter prioritário, à criança e ao adolescente, em todas as suas fases e em todos os aspectos (em cumprimento aos princípios enunciados no art. 227 da C.F), dentre outras. Lembre-se, porém, que esse fenômeno da descodificação começa há bem mais tempo, quando se percebe a insuficiência do código civil para regular determinadas relações jurídicas privadas, que passaram a exigir uma disciplina especial.”²¹⁴.

Ou seja, a influência da Constituição no Direito Civil é tão incisiva, que até mesmo a edição de normas específicas ajudou a concretizar. E isso traz o evidente resultado de maior tutela possível dos jurisdicionados, inclusive no Direito de Família, um dos grandes atingidos por essa corrente metodológica.

Conforme será visto nos capítulos seguintes, as mais relevantes alterações no Direito de Família, especialmente de 1988 até hoje, tem fundamento constitucional,

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; p. 59;

sempre em prol dos direitos fundamentais e humanos das pessoas. Seja o Poder Legislativo ou o Poder Judiciário, ambos tutelam os indivíduos a partir dos preceitos constitucionais; exemplo: divórcio ter se tornado direito potestativo (Emenda Constitucional nº 66/2010), como garantia da liberdade e autonomia de cada pessoa.

É evidente o esforço da doutrina em garantir a mais eficaz aplicabilidade de tão valiosa metodologia. Após muitos estudos, os especialistas no assunto buscaram e ainda buscam oferecer o máximo de subsídio aos Julgadores, para que não falhem na execução de algo tão importante. Mas, como se sabe, por mais ideal que seja, nenhuma teoria, ainda mais não tão simples, precisa de tempo para colocar como regra em um sistema jurídico. Nisso, a lição de Schreiber:

“Não há aqui espaço para ilusões: o direito civil brasileiro continua a exigir e continuará a exigir permanente releitura à luz dos valores constitucionais, como único caminho seguro para a realização do projeto de sociedade traçado pela Constituição de 1988.”²¹⁵

Como sabido, tal releitura está nas mãos, em regra, do Poder Judiciário, pois são juízes (pessoas), que julgam os processos. No Brasil, mesmo que haja a possibilidade de controle difuso, a maioria das questões relevantes, em matéria constitucional, acabam sendo solucionadas através do controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido:

“no que toca ao papel da Corte Constitucional, é preciso que o nosso Supremo Tribunal Federal seja imbuído do espírito da constitucionalização do direito civil, libertando-se das amarras do pensamento romanista, que ainda procura remeter as categorias de direito civil a uma experiência jurídica pretérita, que pouco ou nada tem com os problemas do Brasil contemporâneo. O retorno, após tantos anos de ausência, de um civilista à composição da nossa

²¹⁵ SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. Direito Civil Constitucional. São Paulo: Atlas, 2016; p. 6;

suprema corte, sendo ele próprio, Luiz Edson Fachin, um dos arautos do direito civil constitucional no Brasil, reacende essa esperança e promete um futuro ainda mais profícuo para a metodologia que esse livro procura detalhar.”²¹⁶

Da leitura deste capítulo, e de toda a ciência que o permeou, resta claro o quanto proveitosa é a integração entre o direito constitucional e o direito civil, em especial na seara familiar. Quando em atuação conjunta, os resultados obtidos são muito melhores, pois se garante a mais ampla tutela ao jurisdicionado, seja nas questões principiológicas e norteadoras das relações jurídicas, ou até aquelas de cunho mais prático (descritas pela legislação infraconstitucional). As duas são necessárias, e mais completas quando juntamente aplicadas a uma situação prática, em especial para garantir os direitos da família, seja para mudanças/evoluções, permanência ou pleitos.

Por todo o exposto, em que não restam dúvidas de que o direito goza de instrumento valiosíssimo para proteção dos jurisdicionados, o que resta é esperança. Esperança de que os intérpretes se esforçarão para cumprir e seguir técnicas apuradas como a ora estudada, e então o direito e a sociedade sigam a evoluir. Com isso, todos ganharão, inclusive a família, que, cada dia mais, poderá ser consolidada em seu âmbito privado, mas a partir dos preciosos e almejados fundamentos constitucionais.

2.4. A intervenção estatal na esfera privada

“Disponham-se de um lado cinquenta homens armados e outros tantos de outro lado; ponham-se em ordem de batalha, prontos para o combate, sendo uns livres e lutando pela liberdade, enquanto os outros tentam arrebatá-la dos primeiros: a quais deles, por conjectura, se atribui a vitória? Quais deles irão para a luta com maior entusiasmo: os que, em recompensa deste trabalho receberão

²¹⁶ Idem; p. 224;

o prêmio de conservar a liberdade ou os que, dos golpes que derem ou receberem, esperam tão-somente a servidão?”²¹⁷

Em 1549, Étienne de La Boétie refletia sobre algo que soa absolutamente atual. O trecho transcrito encaixa-se em diversas sociedades já existentes (se não todas), pois está muito mais ligado à natureza do homem e aos seus desejos, seja por poder/autoridade ou por liberdade (esta é uma dicotomia longínqua).

Hoje, a sociedade brasileira, totalmente polarizada em muitos sentidos, é reflexo dessa lição; por isso sua tamanha relevância. Fez-se isso especialmente neste capítulo, pois aqui é que serão pensados os dois lados da força, seja a estatal, ou a do povo (e aqui, também da família). Certa feita, Caio Mário da Silva Pereira fez assertiva que é a perfeita introdução a este capítulo:

“Em todo tempo, e tão longe quanto o investigador mergulhe no passado, onde quer que encontre um agrupamento social, onde quer que homens coexistam, seja na célula menor que é o organismo familiar, seja na unidade tribal, seja na entidade estatal, ainda que em estágio rudimentar, encontra sempre presente o fenômeno jurídico. Há e sempre houve um mínimo de condições existenciais da vida em sociedade, que se impõe ao homem através de forças que contenham sua tendência à expansão individual e egoísta. Estas forças ora se objetivam no aparelho intimidador do Estado, ora se impõem pela contenção mística da religião, ora se concentram na absorção autoritária de um chefe eventual. A forma, pois, de sua atuação varia. Na escala dos valores, sua afirmação ideal é insuscetível de padronização. Mas na apuração de sua incidência é uma constante. Há e sempre houve uma norma, uma regra de

²¹⁷ BOÉTIE. Étienne de la. Discurso Sobre a Servidão Voluntária. Disponível em: <http://www.miniweb.com.br/biblioteca/artigos/servidao_voluntaria.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019;

conduta, pautando a atuação do indivíduo, nas suas relações com os outros indivíduos.”²¹⁸.

Ou seja, na prática, sempre houve alguma força responsável pela condução da vida coletiva. Porém, isso não anula a individualidade dos membros que a compõem. Conforme defendido desde o início deste trabalho, e já professado há séculos por Aristóteles, em “A Política”: “o fim para o qual cada ser foi criado, é de cada um bastar-se a si mesmo; ora, a condição de se bastar a si próprio é o ideal de todo indivíduo, e o que de melhor pode existir para ele”²¹⁹.

Diante desses dois fatores (individual e coletividade), o que deve acontecer é a inserção de individuais no todo, de modo a compor o todo, o que, segundo o próprio Autor, já é algo natural, pois a natureza compele os homens a se associarem:

“o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade (...) o que distingue o homem de um modo específico é que ele sabe discernir o bem do mal, o justo do injusto, e assim todos os sentimentos da mesma ordem cuja comunicação constitui precisamente a família do Estado”²²⁰.

É justamente na hora dessa associação que o indivíduo sofre limitação, pois, a partir do momento em que se encontra diante de um corpo social, fica sujeito às regras estabelecidas, até mesmo para que seus direitos também não sejam ameaçados. É uma via de mão dupla: a pessoa concede parte do seu direito, justamente para que o mesmo lhe seja assegurado.

Outro fator problemático sempre foi o próprio estabelecimento das regras. Várias opiniões diferentes tentando codificar algo não poderia dar certo. Dessa forma, as organizações sociais de todas as épocas entenderam a necessidade de se instituir

²¹⁸ PEREIRA. Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Vol. 1 – Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil. 22. Rio de Janeiro: Forense, 2007; p. 5;

²¹⁹ ARISTÓTELES. A Política. 1. São Paulo: Edipro, 1995; p. 14;

²²⁰ Idem; p. 14 e 15;

um órgão responsável por organizar e convencionar suas vidas, para que o bem-estar social fosse saudável e equilibrado (o Estado). Afinal, não é concebível um exercício arbitrário de vontades de vários indivíduos em face dos outros, pois o caos que isso geraria é inimaginável.

Essa é a noção principal trazida por Rousseau, no Contrato Social: “Uma vez que homem nenhum tem autoridade natural sobre o seu semelhante, e que a força nenhum direito produz, restam, pois, as convenções como base legítima de toda autoridade legítima entre os homens”²²¹.

Após tantos cenários mundiais vividos até hoje, do homem colocado em sua natureza perante o todo, parece claro que não há sistema mais seguro para o convívio social do que aquele conquistado através da união de forças, o acordo – e que nem assim satisfará a todos de forma integral. Rousseau explica exatamente essa problemática:

“Eu imagino os homens chegados ao ponto em que os obstáculos, que prejudicam a sua conservação no estado natural, os arrastam, por sua resistência, sobre as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Esse estado primitivo não pode, então, mais subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse a sua maneira de ser. Ora, como é impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não dispõem de outro meio para se conservar a não ser formando, por agregação, um conjunto de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil e fazê-los agir de comum acordo. Essa soma de forças só pode nascer do conjunto de muitos; mas, sendo a força e a liberdade de cada homem os primeiros instrumentos de sua conservação, como as empregará sem se prejudicar, sem negligenciar os cuidados que se deve? Esta dificuldade, reconduzida ao meu assunto, pode-se enunciar nestes

²²¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. São Paulo: CD, 2005; p. 21

termos: ‘Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, só obedeça, portanto, a si mesmo, e permaneça tão livre como antes’. É esse o problema fundamental para o qual o contrato social dá a solução.”²²²

Como sabido, o Brasil está instituído como uma República Federativa Presidencialista, à luz de um regime democrático de direito. É sob esta forma que aqui se estabelece o contrato social, conforme se extrai do primeiro artigo da Carta Magna Brasileira: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”²²³. Ademais, o parágrafo único deste artigo prevê: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”²²⁴.

Nesse ponto, Mill novamente levanta relevantes reflexões: “O ‘povo’ que exerce o poder não é sempre o mesmo povo sobre o qual o poder é exercido; e o ‘autogoverno’ mencionado não é o governo de cada um por si, mas de cada um por todo o resto”²²⁵.

Muito disso está ligado especialmente a fatores como: dissensão de classes e interesses pessoais dos governantes e grupos que representa (mas somente deles). É muito difícil encontrar um corpo social em que todos são absolutamente equânimes. E para isso, o Autor complementa: “Onde quer que haja uma classe predominante, uma grande parte da moralidade do país emana dos interesses de sua classe, e de seus sentimentos de superioridade da classe”²²⁶. Eis aí um dos grandes motivos da quase eterna desigualdade social existente em basicamente no mundo todo.

²²² Idem; p. 29;

²²³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

²²⁴ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

²²⁵ MILL, Stuart. Ensaio Sobre a Liberdade. São Paulo: Escala, 2006; p. 20;

²²⁶ Idem; p. 23;

Como já trabalhado anteriormente, toda vez que há integração entre pessoas e normas, existe um fator que não pode ficar de fora: limites. Mill adentra ao tema num capítulo denominado “Dos Limites à Autoridade da Sociedade Sobre o Indivíduo”:

“Quais então, os justos limites à soberania do indivíduo sobre si mesmo? Onde começa a autoridade da sociedade? Quanto de vida humana se deve atribuir à individualidade, quanto à sociedade? Cada uma receberá o quinhão que lhe é devido, se cada uma possuir aquilo que mais particularmente lhe diz respeito. À individualidade deveria caber a parte da vida que interessa basicamente ao indivíduo; à sociedade, a parte que interessa basicamente à sociedade”²²⁷.

Não há como não temer uma situação prática que impõe risco de perda dos direitos básicos de cada um, da sua própria vida, inclusive de um dos maiores bens que os indivíduos têm, a liberdade. A eleição de um representante nada mais é do que um depósito de liberdade nas mãos de outrem. E como liberdade é um dos fundamentos deste trabalho, certamente ela também tem espaço neste momento, e fundamental. Sem deixar de falar na individualidade natural do homem, Locke explica a liberdade dentro do todo:

“A liberdade natural do homem nada mais é que não estar sujeito a qualquer poder terreno, e não submetido à vontade ou à autoridade legislativa do homem, tendo como única regra apenas a lei da natureza. A liberdade do indivíduo na sociedade não deve estar subordinada a qualquer poder legislativo que não aquele estabelecido pelo consentimento na comunidade, nem sob o domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei, a não ser aquele promulgado por tal legislativo conforme o crédito que lhe foi confiado. A liberdade não é pois, como afirma Sir Robert Filmer, ‘uma liberdade para qualquer homem fazer o que lhe apraz, viver como lhe

²²⁷ MILL, John Stuart. A Liberdade - Utilitarismo. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2000; p. 115;

convém sem se ver refreado por quaisquer leis'; a liberdade dos homens sob governo importa em ter regra permanente a lhe pautar a vida, comum aos demais membros da mesma sociedade e feita pelo poder legislativo estabelecido em seu seio; a liberdade de seguir a própria vontade em tudo o que não está prescrito pela lei, não submetida à vontade mutável, duvidosa e arbitrária de qualquer homem; assim como a liberdade de natureza consiste em não sofrer qualquer restrição a não ser a lei da própria natureza. Uma tal liberdade em relação ao poder absoluto e arbitrário é tão necessária à preservação do homem e lhe é tão intimamente ligada, que não é dado ao homem dela se desfazer a não ser que perca conjuntamente a preservação e a própria vida. Uma vez que o homem não tem poder sobre a própria vida, não tem autoridade, por pacto ou consentimento, de escravizar-se a quem quer que seja, nem se colocar sob o poder arbitrário absoluta de outrem, que lhe tome a vida a seu bel prazer. Ninguém pode dar mais poder do que possui; e quem não pode tirar de si a própria vida não pode conceder a outrem qualquer poder sobre ela." ²²⁸

Há que se ter enorme cuidado na condução da liberdade individual e coletiva, a fim de que esse direito tão benéfico não se torne justamente algo oposto. Bertrand Russell pontua exatamente isso: "O amor ao poder ainda conduz a enormes tiranias"²²⁹. De igual modo, Boétie explica o problema desde sua raiz:

"Aquele a quem o povo deu o Estado deveria ser mais suportável; e sê-lo-ia a meu ver, se, desde o momento em que se vê colocado em altos postos e tomando o gosto à chamada grandeza, não decidisse ocupá-los para todo o sempre. O que geralmente acontece é tudo fazerem para transmitirem aos filhos o poder que o povo lhes

²²⁸ LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. São Paulo: Martin Claret, 2011; p. 27 e 28;

²²⁹ RUSSELL, Bertrand. A Autoridade e o Indivíduo. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1956; p. 143;

concedeu. E, tão depressa tomam essa decisão, por estranho que pareça, ultrapassam em vício e até em crueldade os outros tiranos; para conservarem a nova tirania, não acham melhor meio do que aumentar a servidão e afastar tanto dos súditos a idéia de liberdade que eles, tendo embora a memória fresca, começam a esquecer-se dela.”²³⁰.

Volta-se ao citado círculo vicioso. Quando o bem-comum não é alcançado, ou ao menos buscado, sempre há dois cenários: ou o representante se torna um déspota; ou o indivíduo que discorda do representante eleito, e não consegue aceitar aquilo de jeito nenhum, torna-se então favorável a uma espécie de anarquia, o que o leva a se rebelar contra o sistema, inclusive unindo forças comuns para isso. Ambos são péssimos ao coletivo.

Nessa esteira, ao falar sobre autoritarismo e liberdade, Bobbio relembra:

“o despotismo é tão antigo quanto a liberdade, e a liberdade é tão moderna quanto o despotismo. Em outras palavras, a liberdade é antiga mas seus problemas são sempre novos e se renovam continuamente, em resposta às formas sempre novas de opressão que aparecem no horizonte da história”.²³¹.

Para que a vida em sociedade dê minimamente certo, indivíduo e representantes não podem esquecer a finalidade pelo bem comum, que, alcançada, representará a liberdade do todo. Nessa linha, Bobbio também traz primordiais pensamentos, ao contrapor as liberdades:

“Quando tomamos em consideração a liberdade negativa, o sujeito histórico a que nos referimos é geralmente o indivíduo singular; já

²³⁰ BOÉTIE. Étienne de La. Discurso Sobre a Servidão Voluntária. Disponível em: <http://www.miniweb.com.br/biblioteca/artigos/servidao_voluntaria.pdf>. Acesso em: 15 mar.2019;

²³¹ BOBBIO, Norberto. Liberdade e Igualdade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995; p. 81 e 82.

quando o objeto de nosso discurso é a liberdade positiva, o sujeito histórico ao qual ela é habitualmente referida é um ente coletivo. As liberdades civis, protótipo das liberdades negativas, são liberdades individuais, isto é, inerentes ao indivíduo singular: com efeito, são historicamente o produto das lutas pela defesa do indivíduo, considerado ou como pessoa moral (e, portanto, tendo um valor em si mesmo) ou como sujeito de relações econômicas, contra a intromissão de entes coletivos como a Igreja e o Estado; filosoficamente, são uma manifestação de concepções individualistas da sociedade, ou seja, de teorias para as quais a sociedade é uma soma de indivíduos e não um todo orgânico. A liberdade como autodeterminação, ao contrário, é geralmente atribuída no discurso político, a uma vontade coletiva, seja essa vontade a do povo, da comunidade, da nação, do grupo étnico ou da pátria: isso significa que, para a teoria política, o problema historicamente relevante não é tanto o da autodeterminação do indivíduo singular (que é problema teológico, filosófico ou moral), mas antes o da autodeterminação do corpo social do qual o indivíduo faz parte. Com efeito, é significativo que, para a primeira liberdade, empregue-se frequentemente a fórmula liberdade em face do Estado, que chama a atenção para a liberdade do indivíduo em relação ao Estado, enquanto, para a segunda, emprega-se a fórmula liberdade do Estado, onde o sujeito da liberdade é o ente coletivo Estado. As teorias que sustentam essa liberdade, começando pela de Rousseau (que é pragmática) e terminando com a de Hegel, têm uma concepção não atomista e sim orgânica da sociedade; além disso, têm como objetivo não a liberdade dos indivíduos singulares, mas a liberdade do todo”²³².

Como se percebe, o Autor englobou todos os temas do assunto em um parágrafo, de onde se extrai a necessidade de que todas as liberdades sejam

²³² Idem; p. 57 e 58.

adequadamente protegidas. Enfim, encerrando essa primeira parte sobre intervenção, ligada ao exercício das liberdades individuais e coletivas, Rousseau conclui:

“O que o homem perde pelo contrato social, é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que o tenta e pode alcançar, o que ganha, é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para que não se engane sobre essas compensações, é mister que se distinga a liberdade natural, que só tem limites nas forças individuais, da liberdade civil que é limitada pela vontade geral”.²³³.

Sua colocação é basicamente a resposta para os problemas relacionados ao indivíduo perante o coletivo. Se não for através do contrato social, representado pela vontade geral e que certamente implicará em perdas (relativas), certamente chegar-se-á ao estado de perda absoluta, até mesmo da própria liberdade individual, pois, na luta por fazer prevalecer suas liberdades naturais, os homens litigarão sem limites aos direitos de outrem.

Passado isso, e então já inserido no contexto atual de Estado (na forma inicialmente demonstrada), John Rawls faz importante colocação, inclusive sendo aparente solução dos problemas dessa temática:

“A ideia principal é que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculado com base na satisfação de todos os indivíduos que a ela pertencem”²³⁴.

Dessa leitura, embora se trate de assertiva absolutamente correta, na teoria, logo se pensa nos conceitos de “ser e dever ser”. Em que pese o elevado grau de verdade nos dizeres do eminentíssimo jurista, tal situação ocorre (se é que) somente em

²³³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. São Paulo: CD, 2005; p. 37;

²³⁴ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 4. São Paulo: Martins Fontes, 2016; p 27.

Estados de primeiríssimo mundo, não sendo a regra mundial, muito menos brasileira – em nenhum momento de sua história. Para se alcançar satisfação integral, deve-se praticar um mundo que, ao menos no Brasil, mostra-se utópico.

Como relembra Bobbio:

“A maioria estando satisfeita com os caminhos da humanidade como estão agora (pois é ela que faz com que sejam como são), não pode compreender porque tais caminhos não devam ser bons o suficientes para todos; e mais, a espontaneidade não faz parte do ideal da maioria dos reformadores morais e sociais, mas é antes vista como ciúme, como incômodo e talvez obstrução rebelde à aceitação geral daquilo que estes reformadores, em seu próprio julgamento, acham que seria o melhor para a humanidade”²³⁵.

Restando certa a dicotomia que basicamente toda humanidade vive hoje, inclusive o Brasil, mostra-se importante um estudo mais voltado ao cenário nacional, especialmente o atual, até mesmo para melhor trabalhar essa noção de satisfação, de acordo com a realidade vigente no direito de família brasileiro.

A doutrina possui grau de divergência relevante nesse assunto, mesmo que, a maioria, sempre acabe decidindo pelo caráter público. Em meados do século XX, Pontes de Miranda já havia dito: “A grande maioria dos preceitos de direitos de família é composta de normas cogentes. Só excepcionalmente, em matéria de regime de bens, o Código Civil deixa margem à autonomia da vontade”²³⁶.

Anos após, é o que se mantém aceso em boa parte da doutrina de referência, como em Carlos Roberto Gonçalves: “Em razão da importância social de sua disciplina,

²³⁵ MILL, Stuart. Ensaio Sobre a Liberdade. São Paulo: Escala, 2006; p. 85;

²³⁶ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito de Família. 3. São Paulo: Max Limonad, 1947; p. 71

predominam no direito de família, portanto, as normas de ordem pública²³⁷, impondo antes deveres do que direitos.”. ²³⁸.

De qualquer forma, o que mais importa é que o Estado interfere na vida privada, até mesmo pelo grande interesse que tem em resguardar algo tão importante àqueles que integram ao seu corpo. Tudo isso se concretiza através da elaboração de normas, as quais regulam a forma como os indivíduos devem se comportar socialmente, ao menos de maneira diretriz.

Nessa esteira, confirma Silvio Rodrigues: “Tôdas estas leis, e outras que serão estudadas, estão a revelar o interesse crescente do Estado na proteção à família, que, como disse, é a célula básica onde se alicerça toda a estrutura da sociedade.” ²³⁹.

Complementa-se tal raciocínio, pois o direito de família não é algo tão simples, muito menos indiferente ao Estado, como confirma Washington de Barros: “cumpre ressaltar a inegável influência do direito de família sobre outros ramos do direito público e do direito privado; o estado de família prepondera no ordenamento de muitas relações especiais.”²⁴⁰.

Ou seja, não basta fazer a “lei da família”. A família espelha reflexos nos mais diversos ramos do direito, inclusive essa é uma das razões de integrar o direito público (pelo seu interesse), pois não se limita a mera regulação de relações entre particulares.

E, como estudado neste trabalho, essas leis sempre estão em constante mudança, até mesmo por toda questão de autonomia de vontade já trabalhada acima. Novamente W. de Barros é pontual:

²³⁷ Cumpre esclarecer que aqui se refere às normas inafastáveis pela vontade das partes;

²³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 12. São Paulo: Saraiva, 2015; p. 27;

²³⁹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Direito de Família. 2. São Paulo: Max Limonad; p. 24;

²⁴⁰ MONTEIRO. Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Direito de Família. 32. São Paulo: Saraiva, 1995; p. 7;

“Não olvidemos, porém, que o legislador só intervém quando forçado; se ele interfere no direito de família é porque naturalmente percebe, como os jurisconsultos, os moralistas e os sociólogos, a importância da família, acorrendo, pois, em seu auxílio, curvando-se aos novos costumes, a exigirem modificações legislativas.”²⁴¹.

A família não é algo inerte, mas sim totalmente mutável, ainda mais quando acompanha de forma diretamente proporcional à evolução da democracia. E isso direciona o raciocínio diretamente à nova ordem constitucional, que, acima de qualquer lei infraconstitucional, garante o livre planejamento familiar. Este será tratado especificamente no próximo capítulo, cabendo agora salientar sua existência e necessário grau de observância nos momentos de intervenção do Estado na vida privada, ainda mais familiar.

Essa necessária curva decorre da constante globalização e modernização do mundo, ainda mais ocidental, o que torna a família grande “palco de diversidade”. Essa é uma definição perfeita para as mudanças recorrentes da família moderna. Sem ter perdido a maioria ainda firme nas tradições culturais e religiosas, que a cada dia perdem mais força, a família está cada vez mais adepta aos novos conceitos humanos.

Nisso, W. de Barros referia:

“Em suma, sensível e manifesta a atuação do Estado no campo do direito de família, no sentido de tutelar e resguardar, em qualquer de suas manifestações, o grupo familiar, elemento da própria vida e base fundamental da sociedade. Orientando-se assim, teve o legislador em mira, naturalmente, prudente advertência de Angel Ossorio: onde há fortes e sadios núcleos familiares, marcham os povos da melhor forma; onde a família se desagrega, tudo soçobra”²⁴².

²⁴¹ Idem; p. 5;

²⁴² Idem; p. 6

A atual manutenção do tradicionalismo nada mais faz que desagregar a família em sua ampla concepção (que não deve ser restrita). Ao falar da tutela “em qualquer de suas manifestações”, o Autor alerta o Estado de que a família não pode ser alvo de indiferença, e, pelos princípios vigentes na própria Constituição de 1988, parece que de preconceitos também não.

Não se busca defender que o Estado deve fazer uma lei para cada núcleo social, ou qualquer mínima novidade referente à família, até porque há todo um grau de importância social a ser levado em consideração, além da necessária limitação (proporcional), a depender do assunto.

A realidade demonstra, porém, que cada dia mais a população clama atenção aos Poderes da República, especialmente ao Judiciário, em virtude das lides formadas pela falta de regulamentação de diversos assuntos.

Em alguns casos, já se percebe inovações nos Poderes, e que tutelam minorias e maiorias, em evidente sinal de progresso social. Desse modo, vale pensar: não seria a hora de o Estado abraçar as recorrentes realidades que se apresentam, e então garantir direitos a todos? Ora, não se trata de opinião pessoal, mas persistir no que não para de aumentar não ajudará em nada, pois vai contra a realidade. Só piorará. Proibir realidade só significa atraso. Pode até ser que muitos discordem dos novos movimentos sociais, mas desproteger, discriminar, ou até mesmo censurar, não resolverá nada; muito pelo contrário, apenas desampará inúmeros indivíduos, e, automaticamente, o próprio todo, que ficará parcialmente insatisfeito.

O tempo passa, mudanças ocorrem, e até mesmo progressos. Mas, em muitos casos, o Estado ainda se mostra máximo onde deveria ser mínimo. Há quem chame isso de paternalismo; porém, foge ao conceito de “paternal”, qualquer atitude que vá de encontro à felicidade daquele a quem se governa.

Agir assim seria uma ótima forma de garantir o gozo dos direitos básicos aos governados, sem que os governantes deixassem de ter seu poder de atuação, sendo este apenas isento de imposições e discriminações.

Essas noções ainda fogem da grande maioria brasileira, que sempre prefere viver no eterno confronto entre igualdade/liberdade e hierarquia/poder. Isso remete aos primórdios sempre presentes, como reafirma Bobbio:

“O homem ama a igualdade, mas ama também a hierarquia quando está situado em seus graus mais elevados. Contudo, existe uma diferença entre os valores da liberdade e da igualdade e aqueles do poder e da hierarquia. Os primeiros, embora sejam mais irrealistas do que os segundos, não são contraditórios. Não é contraditório imaginar uma sociedade de livres e iguais, ainda que de fato – ou seja, na realização prática – jamais possa ocorrer que todos sejam igualmente livres e livremente iguais. Ao contrário, é contraditório imaginar uma sociedade na qual todos sejam poderosos ou hierarquicamente superiores. Uma sociedade que se inspira no ideal da autoridade é necessariamente dividida em poderosos e não-poderosos. Uma sociedade inspirada no princípio da hierarquia é necessariamente dividida em superiores e inferiores. Numa situação originária em que todos ignorem qual será sua posição na sociedade futura – e, portanto, não saibam se estarão entre os que mandam ou entre os que são obrigados a obedecer, e se estarão no topo ou na base da escala social -, o único ideal que lhes pode atrair é o de desfrutarem da maior liberdade possível diante de quem exerce o poder e de terem a maior igualdade possível entre si. Podem desejar uma sociedade fundada na autoridade e na hierarquia somente na condição não previsível de que estejam entre os poderosos e não entre os impotentes, entre os superiores e não entre os inferiores. Apesar de sua deseabilidade geral, liberdade e igualdade não são

valores absolutos. Não há princípio abstrato que não admita exceções em sua aplicação.”²⁴³

Até mesmo o mais simples raciocínio responde ao problema aqui apresentado. O que se busca representa solução (liberdade e igualdade). Já o que a maioria insiste é por si só contraditório, sendo inimaginável sua efetividade justa (hierarquia e poder). Não que esses últimos não sejam necessários, mas desde que impreterivelmente respeitem os dois primeiros.

Pela prevalência da divergência e não da convergência no cenário atual, chegará um momento em que os extremos se encontrarão e alguém haverá de predominar, o que causará inúmeros reflexos negativos, inclusive quantos aos direitos básicos das pessoas, como a própria liberdade. Não há como negar que esta é prezada por qualquer indivíduo, mas, quando isso acontecer, o pensamento será basicamente o mesmo dado por Mill anos atrás:

“O que dirá o restante da sociedade ao ver regulados os divertimentos que lhe são permitidos pelos sentimentos religiosos e morais dos mais rígidos calvinistas e metodistas? Não pedirá de modo bastante peremptório a esses membros da sociedade de piedade tão inoportuna que cuidem de suas próprias vidas? É isso precisamente o que se deveria dizer a todo governo ou a todo público que tenha a pretensão de privar o mundo inteiro dos prazeres que consideram errados.”²⁴⁴.

A pluralidade sempre existirá, e cabe às pessoas o desafio de coabitar com as diferenças, com vistas a garantir que todos tenham existência digna, e não sujeita a arbitrariedades. Luís Roberto Barroso faz esclarecedora pontuação nesse sentido:

²⁴³ BOBBIO, Norberto. Liberdade e Igualdade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995; p. 9 e 10.

²⁴⁴ MILL, John Stuart. A Liberdade - Utilitarismo. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2000; p. 133;

“Além dos problemas de ambiguidade da linguagem, que envolvem a determinação semântica de sentido da norma, existem, também, em uma sociedade pluralista e diversificada, o que se tem denominado de desacordo moral razoável. Pessoas bem-intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete. Esse fenômeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, interrupção de gestação, pesquisas com células-tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, ensino religioso em escolas públicas, em meio a inúmeras outras. Nessas matérias, como regra geral, o papel do Direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças. Ainda assim, inúmeras complexidades surgem, motivadas por visões filosóficas e religiosas diversas.”²⁴⁵.

Embora seus dizeres estejam corretos, nem sempre são praticados. E quando o Direito ou Estado falham nesse referido papel? A consequência será fazer com que as pessoas cada vez mais lutem por seus direitos, ou então para que existam direitos para que sejam tutelados. Cada ser é dono de si próprio, e tem como motivação natural a luta por sua sobrevivência, mesmo diante de todas essas questões problemáticas aqui trazidas.

Isso remete ao pensamento de Caio Mário, quando confirma: “A plurivalência semântica do vocábulo direito comporta numerosas manifestações conceituais.

²⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 7. São Paulo: Saraiva, 2018; p. 462.

Quando o indivíduo sustenta as suas faculdades e repele a agressão aos seus poderes, diz que afirma ou defende o seu direito.”²⁴⁶.

Como já se faz limpidamente claro, ainda não existe uma fórmula efetivamente capaz de solucionar a questão da intervenção estatal na esfera privada, para que esta ocorra de forma saudável (já eu indispensável), ainda por cima familiar; a satisfação de alguém sempre estará ligada à insatisfação de outrem.

Tal conclusão não se reserva exclusivamente a este trabalho, pois, quando tratou do mesmo tema, em “Pluralismo e Liberdade”, Miguel Reale também refletiu:

“tentar responder ao nosso problema, ao mais angustiante de todos os problemas, que é o da correlação do indivíduo com a sociedade, têmos em gigantesco conflito, um a proclamar a sua ‘personalidade’ autônoma e livre, apoiado na irredutibilidade do ‘eu’; a outra a exigir o reconhecimento da ‘personalidade coletiva’, a superioridade do espírito que historicamente se objetiva e integra em unidade dialética e excelência do humano”²⁴⁷.

Esse angustiante problema deve ter solução na natureza humana, pois, ajustando os homens, provavelmente será mais fácil adequar o todo que eles compõem, de modo que o Estado será criado da forma mais adequada possível à satisfação integral.

Seja à família ou ao todo, a intervenção estatal é necessária, até mesmo como garantia dos direitos individuais e coletivos, mas, não deve ser arbitrária ou instrumento de diferenciação pessoal ou social, sendo isto o maior problema atual para esta questão. Por ora, a saída é o regime de adequação, por meio da conciliação de interesses sociais e individuais.

²⁴⁶ PEREIRA. Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Vol. 1 – Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil. 22. Rio de Janeiro: Forense, 2007; p. 5;

²⁴⁷ REALE, Miguel. Pluralismo e Liberdade. São Paulo: Saraiva, 1963; p. 70;

Capítulo 3

A FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1. O Direito de Família contemporâneo

A Família esteve presente nos mais variados momentos da história mundial e brasileira. Onde quer que esteja o homem, certamente ali estará a Família, por menor que seja sua expressividade. Já está claro que, dia após dia, década após década, a família sofre constantes mudanças, sob vários aspectos. Sendo dúvida nenhuma, o momento atual é um dos mais peculiares, nesse sentido. Adélia Moreira Pessoa afirma que:

“A concepção de família tem sofrido variações e transformações múltiplas. Já se disse mesmo que a história da família não é senão uma imensa e incessante liberação. Hoje, delineia-se um novo tipo de família e consequentemente um novo direito de família.”²⁴⁸

Não há como contrariar uma só sequer palavra posta acima pela Autora. Atualmente é um enorme desafio responder a uma questão quem sempre foi tão fácil: o que é *Família*? Hoje, soa até mesmo discriminatório seguir a concepção clássica, e/ou como uma instituição meramente de procriação.

O lado bom da modernidade é a possibilidade de sair dos padrões, abrir a mente, e (r)evolucionar a forma de pensar, saindo da escura caixa da ausência de indagação, e apenas aceitação. Rodrigo da Cunha Pereira afirma que:

“A família foi, é e continuará sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. Sem família não é possível nenhum tipo de organização social ou jurídica. É na família que tudo principia. É a família que nos estrutura como sujeitos e encontramos algum amparo para o nosso

²⁴⁸ Direitos Humanos e Família: Da Teoria à Prática. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/2.pdf>. Acesso em: 14jun. 2019.

desamparo estrutural. A tão propalada ‘crise’ da família nada mais é que o resultado de um processo histórico de alteração das formas de sua constituição. Quando o artigo 16 da Declaração Universal de Direitos Humanos preceitua que ‘a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade’, ele não está excluindo as diversas outras possibilidades de constituição de família, além daquela formada pelo matrimônio.”²⁴⁹

Boa parte da doutrina moderna não mais se apega ao tradicionalismo social, que também não é mais aceito por boa parte da sociedade. O Autor vale-se da própria Declaração Universal de Direitos Humanos para fundamentar seu pensamento, por exemplo; somado a isso, lembra-se que anteriormente também fora transcrita doutrina de Luís Roberto Barroso, em que ele cita as formas de família trazidas expressamente pela própria Constituição Federal.

Ou seja, não há mais espaço para atitudes discriminatórias, ainda mais nas fontes do direito. Em artigo que escreveu, Rodrigo da Cunha vai mais além, e aprofunda ainda mais a reflexão sobre o assunto, trazendo inclusive as razões pelas quais as grandes mudanças nessa seara ocorreram:

“No final da segunda metade do século XX, quando foi feita a Declaração Universal dos Direitos do Homem, os ideais de liberdade já estavam bem consolidados, pelo menos para o mundo ocidental. Aliás, justamente esses foram os ideais que autorizaram e trouxeram a necessidade de se fazer tal Declaração. No contexto desses ideais de liberdade, está inserida a liberdade das pessoas escolherem outras formas de constituição de família para além daquelas formadas tradicionalmente. A partir de então, os Estados Nacionais passaram a reconhecer várias formas de constituição de família. No

²⁴⁹ Os direitos humanos na família. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1315,71043-Os+direitos+humanos+na+familia>>. Acesso em: 14jun. 2019.

Brasil, isto se deu oficialmente em 1988, com a nova Constituição da República: família constituída pelo casamento, pelo concubinato não-adulterino e as famílias monoparentais, ou seja, por qualquer dos pais que viva com seus descendentes.”²⁵⁰

A Família e o Direito de Família atual mudaram muito. Não adianta negar a realidade, como muitos sempre fizeram e ainda buscam fazer. Até hoje, isso apenas gerou guerras e problemas indesejados e que, se tivessem sido precedidos do mínimo de bom senso e aceitação, teriam sido evitados.

Em 2008, tomando como exemplo analógico um caso de união estável, Maria Elza julgou um caso no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (processo nº 1001705016882-6/003), em que enfrenta essa questão da dicotomia entre realidade e legalidade, e a soluciona com a ressalva até mesmo de que a negativa de tutela aos fatos correntes é causa de irresponsabilidades, e morada da clandestinidade:

“Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades”

Infelizmente, muitos são os que ainda preferem fechar os olhos ao que discordam, mesmo que isso ocione maiores problemas, como irresponsabilidades ou situações fora de controle. No entanto, ao mesmo tempo, é notório que atualmente, com a prevalência da democracia, boa parte da sociedade brasileira tem maior facilidade ainda de lidar com a pauta da família em constante evolução, ou ao menos mudança. O ideal é largar crenças individualistas, e abrir o leque de possibilidades para

²⁵⁰ Idem;

que todos possam ter garantido aquilo que é fundamental ao ser humano, que é ter uma família, a sua família:

“Associada aos ideais de liberdade dos sujeitos, em todos os seus sentidos, está a necessidade de buscarmos um conceito de família que esteja acima de conceitos morais, muitas vezes estigmatizantes. Assim, devemos buscar um conceito de família que possa ser pensado e entendido em qualquer tempo ou espaço, já que família foi, é, e sempre será a célula básica da sociedade.”²⁵¹

Quantas pessoas não perderam suas famílias originárias, em razão de uma ou mais pessoas que ela integrava não admitirem nenhum tipo de situação além daquilo que foge ao até então considerado certo e normal? Isso é lamentável e foge ao bem-estar comum, cabendo à sociedade, por meio de todos e do Estado, lutar para que isso mude. Pelas suas ideologias pessoais, há pessoas que chegam a se afastar dos entes mais próximos, tudo por não concordarem com tais pensamentos.

É na família que as pessoas crescem, se formam e se desenvolvem, de modo que ali deve ser um ambiente saudável e seguro, livre de qualquer tipo de discriminação, o que só ocorrerá se todos se permitirem pensar de forma ampla e inclusiva.

Em seu alcance, a ciência jurídica, mesmo que nem sempre pontual, está tentando se manter atualizada com os anseios sociais. Porém, nem tudo cabe à lei, e, mesmo que haja situações legalmente previstas, isso não garante que serão observadas: “O Direito talvez não baste para ajudar-nos a encontrar a resposta. Devemos, então, buscar ajuda em outros campos do conhecimento, como na Antropologia e Psicanálise, para aprofundarmos a questão.”²⁵²

²⁵¹ Idem;

²⁵² Idem;

Projetos de lei buscam tutelar as novas formas de família²⁵³. O PSL 470/2013, em trâmite no Senado Federal, dentre muitas coisas, prevê a unificação e criação de normas que protegem as novas configurações familiares, a partir da atualização da legislação de família, endossando o conceito de família plural.

Não bastasse o Poder Judiciário, é límpido que o desejo de mudança na família brasileira já bate às portas de todos os Poderes da República. E não é para menos, como muito bem relembra Sérgio Resende de Barros:

“Hoje, a Constituição Federal dedica especial atenção à família. Muitos dizem – e não deixam de ter razão – que o direito constitucional revolucionou o direito de família. Nessa revolução, de pronto, no artigo 226, a preocupação do Constituinte se voltou para a proteção constitucional das entidades familiares, não só do casamento, mas também daquelas que – em virtude da própria dinâmica da evolução social – irromperam ao lado do casamento, no ímpeto de superar muitas das exclusões de que secularmente é portador o ‘bom e correto’ conceito de família: hierarquizado e patriarcal, senhorial e patrimonial e, certamente, crivado de machismo, antifeminismo e outros preconceitos.”²⁵⁴

A relação que o Direito Constitucional tem com o Direito Civil, especialmente no Direito de Família, já foi tratada anteriormente, e é de indispensável lembrança, por sua importância. Ora, como é que o direito brasileiro e os Poderes da República se calarão diante do direito de família, sendo que a própria Cara Magna prevê e obriga a proteção das entidades familiares? O direito de família atual contempla várias formas de amor, que é um preceito básico – senão o fundamental – para que exista família.

²⁵³ Cumpre esclarecer que aqui se refere às novas composições familiares que têm se mostrado presentes na sociedade, além da tradicional, formada pelo casamento, como será detalhado e exemplificado adiante;

²⁵⁴ Os direitos humanos na família. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>>. Acesso em: 14jun. 2019;

Como bem lembrado pelo Autor, é certo que não mais se poderia anuir com a continuidade de um sistema social-familiar tão fechado e excludente. Isso tinha um reflexo desastroso na vida e no psicológico das pessoas, desde a infância até a vida adulta. Se a família promove um desenvolvimento deficitário e negativo aos seus integrantes, como se poderá garantir uma sociedade livre, justa e solidária, como objetiva o Constituinte Brasileiro? Nessa linha, segue o Autor:

“Foi com esse intuito realista – manifestação de uma mentalidade aberta e progressista – que o Constituinte deu amparo constitucional ao concubinato, até lhe aplicando novo nome, união estável (CF art. 226, § 3º), com o justo propósito de livrá-lo da carga de tabus e discriminações que lhe impunha o antigo nome – surgido na prática doutrinária e na jurisprudencial, cuja espontaneidade amiúde não as livra de serem contaminadas pelos preconceitos sociais.”²⁵⁵

Repete-se: se o Constituinte abraçou o que muitas sociedades até então condenavam, o que justifica a insistência de muitos nessa condenação? Nada, além de sentimentos absolutamente contrários aos direitos fundamentais dos brasileiros. A família verdadeiramente foi revolucionada na última Constituição Brasileira, mesmo que ainda deficiente de muitas soluções:

“Com igual propósito, o Constituinte fez outra substituição de termos: em vez de desquite, falou separação judicial, ao lado da separação de fato, ambas prévias ao divórcio, ainda que por um irrazoável prazo de um ou de dois anos (CF art. 226, § 6º), que contradiz a mentalidade avançada que inspirou a ação constituinte. Em compensação, essa mentalidade é afirmada claramente noutros dispositivos constitucionais, como no que assegura a plenitude da igualdade entre a mulher e o marido no referente aos direitos e deveres de sua sociedade conjugal (CF art. 226, § 5º). Nada mais condizente com o estágio histórico atual da civilização ocidental. (...)

²⁵⁵ Idem;

Igualmente, o mesmo intuito lastreado na mesma mentalidade – de realismo, igualdade e justiça no trato dos fenômenos sociais – fez a Constituição abrigar, também de modo expresso, outra forma de entidade familiar que existe ao lado do casamento, mas é diferente dele, ainda que seja muitas vezes derivada dele: a família monoparental (CF art. 226, § 4º), aquela que conta apenas com um dos pais”²⁵⁶

Todo esse pensamento do Autor leva à mesma conclusão dada por Rodrigo da Cunha (transcrito acima), sobre o quanto não se deve considerar apenas o literalmente escrito na Carta Magna. O ideal é lembrar e fazer valer a intenção/finalidade do Constituinte, até mesmo para que se garanta que o progresso e cumprimentos dos direitos fundamentais não parem por aqui:

“É notório que uma tal mentalidade constituinte, bem como a mente por ela constituída na Lei Maior, ainda que não hajam previsto de modo expresso outras formas de entidade familiar, não se opõem a vê-las reconhecidas pela lei, ou pela jurisprudência, ou pela doutrina. Entre essas formas de entidade familiar não previstas na enumeração do artigo 226 e seus parágrafos da Constituição, estão a família anaparental, que se lastreia no afeto familiar mesmo sem contar com a presença de pai ou mãe, e a família homoafetiva, também baseada no afeto familiar, mesmo sem conjugar um homem com uma mulher.”²⁵⁷

De modo a confirmar a presença do pluralismo e diversidade, que hoje se mostram como os braços fortes da democracia brasileira, Rodrigo da Cunha, em seu “Dicionário de Direito de Família e Sucessões”, publicado em 2015, identificou ao menos 32 tipos de família²⁵⁸.

²⁵⁶ Idem;

²⁵⁷ Idem;

²⁵⁸ Famílias democráticas (não hierarquização interna); famílias eudemonísticas (tem a felicidade como princípio, meio e fim); famílias fissionais (convivem apenas em alguns momentos); famílias informais

Enfim, o importante é ter em mente que o mundo e a natureza não param, e que, quer queria, quer não, pretensões e novas realidades nunca deixarão de existir e pedir atenção e proteção da sociedade e do Estado. Isso é o que o próprio Norberto Bobbio afirmava em seus escritos sobre “A Era dos Direitos”:

“os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”²⁵⁹

(constituídas sem formalidades); famílias monoparentais (compostas por filhos e apenas pai ou mãe); famílias mosaico (constituídas por pessoas oriundas de núcleos familiares diversos); famílias multiparentais (múltiplos pais/mães); famílias paralelas (se constituem simultaneamente a outra); famílias poliafetivas (união de mais de duas pessoas, do mesmo sexo ou não); famílias redimensionadas (vivem com seus filhos e filhos de uniões anteriores); famílias socioafetivas (unidas pelos vínculos de afeto, com ou sem vínculo biológico); famílias substitutas (entram no lugar da biológica/originária); famílias unipessoais (pessoas que vivem sozinhas).

²⁵⁹ A Era dos Direitos. Disponível em: <<https://direitoufma2010.files.wordpress.com/2010/05/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf>>. Acesso em: 14jun. 2019.

A conclusão que se chega é que não há como controlar a mudança das pessoas, inclusive da família. Os fatos sempre mudarão, os valores e culturas sociais também, e às normas caberá apenas o papel de se adequar.

De tal forma, o grande desafio que a humanidade tem, nesse sentido, é fazer com que as pessoas aceitem a vontade do outro, independentemente do que consideram certo para si, quando esta vontade for necessária à garantia de dignidade, e verdadeiramente não interferir no direito alheio.

Basta pensar: alguém é feliz quando lhe é imposto algo a ser feito? De outro modo, será que não se é muito mais feliz quando se pode agir segundo sua própria vontade? Parece que a história comprova a certeza que a segunda opção é a ideal ao homem moderno, para cada vez mais aprender, lapidar, e progredir em benefício do bem-estar de toda a comunidade.

3.2. Família: direitos humanos, direitos fundamentais e função social

Hodiernamente, família é sinal de amor, de afeto, e não só de criação ou obediência absoluta. Pode-se afirmar que ter família é ter a garantia de direitos humanos e fundamentais, em dois sentidos, sendo o primeiro *o direito a ter família* (como um direito elencado), e o segundo, como a família sendo um *instrumento de garantia de outros direitos*.

Atualmente, até mesmo o próprio ordenamento jurídico contempla a família e o direito de família com prioridade. A começar pelo fato de que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XVI, prevê:

“1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.”²⁶⁰

Além disso, como já exposto, diversas são as leis que confirmam o *status fundamental* da família, como exemplo: Estatuto da Criança e do Adolescente, Convenção sobre os Direitos da Criança, Lei Maria da Penha, Emenda Constitucional 66/2010, Estatuto do Idoso, dentre tantas outras que dispõe acerca dos direitos referentes à família e seus membros, direta ou indiretamente.

A proteção tem realmente sido buscada pelo Estado Brasileiro, de modo que, verdadeiramente, pode-se afirmar que a Família é um direito humano e fundamental da pessoa, podendo-se assegurar, por conseguinte, que todos têm o direito humano e fundamental a ter uma família. Veja-se o que diz Sérgio de Barros Resende, a esse respeito:

“O direito de família tem sido cognominado o mais humano dos direitos, porque lida com as mais íntimas relações humanas, nas quais flagra de modo ímpar as grandezas e as pequenezas do ser humano. Tanto é verdadeira essa intimidade sem par, que na linguagem comum ‘familiar’ também significa o que é íntimo a um ser humano, como quando se diz, por exemplo, que ‘tal assunto é familiar a tal orador’. Há, pois, uma assimilação entre o ser familiar e o ser humano, por força da qual se diz familiar tudo o que é próprio ou íntimo de uma pessoa humana. No entanto, apesar dessa familiaridade, muito pouco se tem tratado de correlacionar o direito de família com os direitos humanos.”²⁶¹

²⁶⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 21jun. 2019;

²⁶¹ Os direitos humanos na família. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>>. Acesso em: 14jun. 2019.

Ou seja, pode-se dizer que o direito de família integra o quadro dos direitos humanos, de forma elencada (mesmo que implicitamente) e de forma garantidora, como prossegue o Autor: “ao direito de família, de um modo ou de outro, todos os seres humanos estão sujeitos, o que faz decorrer daí inúmeros direitos humanos.”²⁶².

Como a Família é a base elementar de qualquer pessoa, não há forma mais correta de lhe tratá-la, senão com o grau elevado de direito humano. Todos têm o direito fundamental à família:

“sejam eles chamados direitos humanos da família ou direitos humanos familiais, podendo-se defini-los como sendo aqueles poderes-deveres que, na qualidade de direitos humanos, decorrem do direito fundamental à família, a fim de concretizá-lo no grupo social mais básico, que é a família.”²⁶³

A enorme proteção e cautela que o legislador brasileiro tem com a *adoção*, por exemplo, espelha isso. Mesmo que seja sob a forma de “família substituta”, a lei garante que ninguém ficará à mercê de um destino indesejado, vítima de um abandono afetivo.

O ser humano precisa de muitos fatores e direitos para sobreviver, e, mais ainda, para viver uma vida digna. Um dos pilares básicos para que isso aconteça é a família; não basta ter a garantia expressa da vida, liberdade, saúde, propriedade, se o princípio é deficitário. A família dá a vida, e a vida depende da família:

“Quando se pensa em direitos humanos fundamentais, o que primeiro vem à mente é o direito à vida. Mas não se pode pensar a vida humana sem pensar na família. Uma implica a outra, necessariamente, e por isso é que o direito à vida implica o direito à família, fundando-o como o mais fundamental dos direitos familiais.

²⁶² Idem;

²⁶³ Idem;

Outros direitos humanos fundamentais também se ligam à família. A liberdade, a igualdade, a fraternidade, a solidariedade, a segurança, o trabalho, a saúde, a educação e, enfim, a própria felicidade humana e tantos outros valores que são objeto de direitos humanos fundamentais e operacionais, todos eles se ligam ao direito à família e se realizam mais efetivamente no lar. No entanto, o lar sem o afeto desmorona. Por isso, o direito ao afeto constitui o primeiro dos direitos humanos operacionais da família, seguido pelo direito ao lar, cuja essência é o afeto. O lar sem o afeto é uma mentira de lar. Mas, assegurado pelo afeto, o lar é o recinto basilar da família, que a congrega. Para ele a família converge. Nele a família convive. Daí, que nos seus vários aspectos – o físico, o social, o econômico e o psíquico – o direito ao lar se associa aos demais direitos humanos operacionais da família, os quais se escalonam em diversos graus de fundamentalidade.”²⁶⁴

Notam-se quantos direitos preciosíssimos a família traz consigo e garante a cada indivíduo. A família é tão especial, que está estreitamente ligada a tantos outros direitos básicos na vida de uma pessoa, seja agindo como meio (instrumento de efetivação), ou fim (o gozo do direito em si). O Direito de Família reclama integração e multidisciplinariedade.

O direito em si, como um todo, precisa convergir para a efetivação da família e do Direito de Família, como um direito humano e fundamental da pessoa humana, como bem reflete o Autor:

“não há esquecer que, por ser direito da humanidade, o direito à família e com ele os direitos humanos da família são verdadeiros direitos difusos, que não podem ser negados a nenhum sujeito humano. Não comportam, nem suportam nenhuma discriminação. Daí, a razão maior por que os verdadeiros familiaristas estão

²⁶⁴ Idem;

empenhados em promover a proteção jurídica de todas as uniões familiais, sejam de que tipo forem. Os constitucionalistas se somam nesse empenho, já que o direito constitucional conversa com todos os direitos. (...) o direito de família principia no direito à família e deriva dele os demais direitos da família, que são direitos humanos difusos: todos os sujeitos os têm em função da família. Por isso, são direitos funcionais – operacionais dos direitos mais fundamentais – que não podem ser negados a nenhuma entidade familiar, por mais afastada que esteja dos padrões tradicionais.””²⁶⁵

Prova de que o direito busca agir de forma ampla e completa no sentido de proteger a família, mostra-se na sua preocupação em que todos os seus núcleos e vertentes estejam amparados, ao menos de modo geral. O maior exemplo disso é a própria Constituição Federal. Como dito acima, as crianças, os adolescentes, os idosos, o nascituro, todos têm um olhar do Estado e da sociedade em geral:

“Ademais – porém não após os demais – também a criança e o adolescente constituem objeto dos direitos humanos, pois sem ser a única são uma das maiores razões da existência da família. Recebem um afeto multiplicado – dos pais, dos avós, de todos os familiares – enlaçado com o afeto de toda a sociedade, que se empenha em protegê-los da melhor maneira possível, como se deve proteger – dignamente – o ser humano na sua origem e na sua primeira evolução.”²⁶⁶

Depois de tanto refletir sobre o que já passou, e as várias dificuldades enfrentadas por tantos, e, ao mesmo tempo, com vistas ao futuro, para que seja melhor aos seres humanos em suas integralidades, o Autor propõe valiosa reflexão progressista quanto ao futuro da sociedade:

²⁶⁵ Idem;

²⁶⁶ Idem;

“Na prática histórica é por efeito dessa funcionalidade que o direito vem enlaçando cada vez mais sujeitos e objetos no âmbito da família, no quanto tem sido necessário para realizar o ser humano nos indivíduos humanos com crescente dignidade (melhor qualidade de ser humano) e envolvente inclusão (maior quantidade de seres humanos). No fim, uma coisa é certa: essa evolução somente será integral em qualidade e quantidade, como reclama a universalidade a que tendem os direitos humanos, se alcançar a família em todas as suas manifestações e não apenas no casamento, na união estável e no concubinato. Há outras formas igualmente existentes, mas desigualmente tratadas pelo direito. Essa injustiça não mais pode continuar manchando as páginas da doutrina, da jurisprudência e da legislação.”²⁶⁷

Nessa esteira, os pensamentos acima remetem novamente a Norberto Bobbio, quando afirma que: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.”²⁶⁸.

As razões de tutela sobram, mas as garantias efetivas ainda são deficientes, de fato. Adélia Moreira Pessoa muito bem coloca que:

“é preciso atentar para a co-responsabilidade da Sociedade e Estado na promoção e garantia dos Direitos Humanos (...) a articulação e a mobilização da sociedade civil e do Poder Público, a atuação multidisciplinar e em rede, o monitoramento e a avaliação constante dos resultados dos programas já demonstram que o caminho da efetivação dos direitos da família está sendo trilhado (...) É mister a interferência sistemática de políticas públicas inclusivas, com o

²⁶⁷ Idem;

²⁶⁸ A Era dos Direitos. Disponível em: <<https://direitoufma2010.files.wordpress.com/2010/05/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf>>. Acesso em: 14jun. 2019.

potencial suporte da participação social em sua formulação, em todos os níveis, no sentido de promover a igualdade e a valorização da diversidade brasileira. Por outro lado, é indispensável não apenas o compromisso dos profissionais que trabalham direta ou indiretamente na área, mas, principalmente, o envolvimento da sociedade brasileira. É este o novo desafio... Vale repetir: não basta criar e enunciar novos direitos; faz-se necessário inventar formas de implementação desses direitos. Utilizando como suporte o pensamento de Bobbio, adaptando-o ao nível interno, é possível admitir a tutela dos direitos humanos da família servindo-se dos mecanismos de promoção, controle e garantia.”²⁶⁹

Ou seja, é inconteste que a efetivação dos direitos humanos não é uma mera tarefa pontual, designada apenas a um cidadão ou à maior das autoridades. Trata-se de um trabalho integrativo, com grande valor nas mãos de quem quer que seja que possua essa possibilidade de mudança social, como também reflete a Autora:

“A efetivação aos direitos humanos é tarefa a ser construída no cotidiano (...) direitos Humanos não são apenas um discurso, mas sim, uma mudança de paradigmas, de cultura, de perspectiva, de olhar sobre o mundo e as pessoas que nos cercam. Ou seja, mudança de atitude. Ação, esta é a palavra.”²⁷⁰

É preciso que a coletividade aja conjuntamente em direção da efetivação aos direitos humanos. A aproximação do Estado e da sociedade, em prol do bem-estar da comunidade em geral, é um dos preceitos básicos do Estado Democrático de Direito, onde, diferentemente das nações em que um manda e outro obedece calado, ambos conversam amigavelmente. Ingo Sarlet corrobora essa reflexão:

²⁶⁹ Direitos Humanos e Família: Da Teoria à Prática. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/2.pdf>. Acesso em: 14jun. 2019.

²⁷⁰ Idem;

“considerando que um Estado Democrático de Direito genuíno é necessariamente um Estado ‘amigo’ e não detrator dos direitos fundamentais, já que comprometido justamente com a proteção e efetivação dos direitos fundamentais de todas as pessoas, de modo a prever mecanismos eficientes para que tais violações (inclusive e – importa frisar – não exclusivamente do poder público) sejam, senão completamente evitadas (o que é impossível), pelo menos eficientemente coibidas e reparadas, assume-se hoje como sedimentada a posição de acordo com a qual tanto o Estado quanto os particulares (pessoas físicas e jurídicas) encontram-se, de alguma forma, vinculados aos direitos fundamentais”²⁷¹

Rodrigo da Cunha, em sua tese de doutorado sobre direito de família, levanta questão amplamente integrativa, para que se possa, através até mesmo de exemplos, pensar se, de fato, a exclusão pretendida por muitos caminha com a efetivação da família como um direito humano e fundamental:

“a dignidade da pessoa humana tornou-se indissociável das constituições democráticas, que por sua vez são também indissociáveis dos preceitos basilares dos Direitos Humanos, em cuja Declaração de 1948 estão traduzidos a essência e o espírito daquilo que se pretende ideal para uma sociedade justa: todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação aos outros com espírito de fraternidade. Uma sociedade justa e democrática começa e termina com a consideração da liberdade e da autonomia privada. Isto significa também que a exclusão de determinadas relações de família do laço social é um desrespeito aos Direitos Humanos, ou melhor, é uma afronta à dignidade da pessoa humana. O Direito de Família só estará de acordo e em consonância com a dignidade e com os

²⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; p. 400;

Direitos Humanos a partir do momento em que essas relações interprivadas não estiverem mais à margem, fora do laço social. Os exemplos históricos de indignidade no Direito de Família são muitos: a exclusão da mulher do princípio da igualdade, colocando-a em posição inferior ao homem; a proibição de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se o pai fosse casado; e o não-reconhecimento de outras formas de família que não fosse o casamento. Como se vê, o Direito de Família está intrinsecamente ligado aos ‘Direitos Humanos’ e à dignidade. A compreensão dessas noções, que nos remetem ao conceito contemporâneo de cidadania, é que tem impulsionado a evolução do Direito de Família. Cidadania pressupõe não exclusão. Isto deve significar a legitimação e a inclusão no laço social de todas as formas de família, respeito a todos os vínculos afetivos e a todas as diferenças. Portanto, o princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.”²⁷²

Comprovando que direito não é só propriamente o direito em si, e que a multidisciplinariedade é uma das melhores formas de seguir adiante, o mesmo Autor parte da Psicologia para chegar ao Direito, e demonstrar a direta correlação entre ambos:

“É o DESEJO, que começa com a vida, termina com a morte e sustenta-nos por toda a vida. Começou a vida, instalou-se o desejo. Acabou o desejo, acabou a vida. É ele que mantém vivo o ‘arco da

²⁷² Direitos Humanos e Família: Da Teoria à Prática. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em: 14jun. 2019.

promessa'. Assim, pode-se dizer que o 'sujeito-de-direito' é também um 'sujeito-de-desejo' e, portanto, um sujeito-desejante. É este sujeito-desejante que pratica atos jurídicos, faz e desfaz negócios. Se somos sujeitos de desejo, é importante indagar o que é o desejo. A fisiologia do desejo é estar sempre desejando um algo mais. Desejo é falta. É assim nossa estrutura psíquica. Somos sujeitos de falta. Está sempre faltando algo para nos completar, embora, às vezes nos iludimos com o nosso ideal de completude. Daí a definição de Lacan: 'Desejo é desejo de desejo'. (...) Até quando os ordenamentos jurídicos continuarão excluindo as formas de relações diferentes daquelas tradicionalmente instituídas? Em nome de qual moral os ordenamentos jurídicos se autorizam ainda a excluir, por exemplo, as relações homoafetivas? Não estaria na hora de reconhecer, em nome da dignidade da pessoa humana, base de sustentação dos Direitos Humanos, a liberdade de as pessoas estabelecerem suas relações e estarem, seja qual for sua forma de expressão do amor, incluídas no laço social? Em síntese, e para terminar, as bases principiológicas dos Direitos Humanos pressupõem-se como sustentáculo a liberdade do sujeito. Entretanto, não é possível pensar em liberdade se as pessoas não puderem ser sujeitos da própria vida e do próprio destino e desejo. A verdadeira liberdade é aquela em que os Sujeitos-de-Direito não estejam assujeitados aos ordenamentos jurídicos excludentes das diferentes e diversas formas de constituição de famílias, ou nos ordenamentos jurídicos que sobrepõem a forma à essência e ainda não consideram o afeto como norteador e condutor da organização jurídica sobre a família. A verdadeira liberdade e ideal de Justiça estão naqueles ordenamentos jurídicos que asseguram um Direito de Família que compreenda a essência da vida: dar e receber amor."

²⁷³

²⁷³ Os direitos humanos na família. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1315,71043-Os+direitos+humanos+na+familia>>. Acesso em: 14jun. 2019.

Parece evidente que a família não é um mero núcleo integrante da sociedade, constituído exclusivamente por vínculos sanguíneos. Alinhado às tendências da Carta Magna, bem como à modernidade doutrinária, pode-se pensar na função social da família. Afinal, se se está diante de um direito humano e fundamental, tão essencial para a sociedade, não há como negar que a família desempenha uma função primordial na vida de todos e da coletividade. Como visto, a família principia tudo, e é o ponto de partida para que todo o desdobramento da vida seja bom e saudável.

Cumpre afirmar que todo esse papel essencial que a família tem na integração e promoção de cada pessoa, e na garantia de que cada um de seus membros exista e viva dignamente, é uma expressão indubitável da realização da função social da família.

Assim como a propriedade deve cumprir sua função social, sob as penas da lei, o mesmo ocorre com a família. Esta precisa ser produtiva (em sentido amplo), para que garanta que, ela própria, bem como seus membros, representem evolução e bem-estar individual e coletivo.

Enfim, garantir Família é garantir dignidade. Tratar a Família como um direito humano e fundamental, inclusive atribuindo-lhe função social, certamente é uma forma de admitir seu caráter constitucional, e então reforçar o caminho em direção à sua evolução.

3.3. Julgamentos emblemáticos à égide da Constituição de 1988

Pode-se afirmar que, dentre as fontes do direito, a jurisprudência é a que mais se mostra relevante nos dias atuais. Nos tempos modernos, mais do que nunca, com o ingresso de uma demanda judicial, o jurisdicionado e a sociedade podem pleitear e realmente esperar que recebam os mais diversos tipos de proteção do Estado.

Boa parte da justificativa para que isso aconteça, decorre do fato já exposto neste trabalho, que é justamente o caráter principiológico que não só a Constituição,

mas todo o direito brasileiro atual, possuem. Dessa forma, mesmo que haja lacuna para determinado caso concreto levado à apreciação do Poder Judiciário, o julgador poderá valer-se dos princípios para dar resguardo ao jurisdicionado.

De 1988 para cá – ano de promulgação da Constituição Federal – o Brasil assistiu muitas decisões principiológicas, decorrentes das inúmeras demandas sociais nesse sentido, embasadas principalmente nos princípios que regem a ordem jurídica e democrática brasileira. A fim de efetivar a dignidade da pessoa humana, as pessoas realmente têm levado seus pleitos aos Tribunais, os quais não têm feito oposição à efetivação dela.

Logo, imprescindível pontuar ao menos os principais julgados que possam ter tido grande influência social, no que se refere ao direito de família e sua evolução, até mesmo para corroborar toda a ideia amplamente defendida neste estudo (autonomia, direitos fundamentais, garantias e evolução à família contemporânea, etc.).

Como ponto de partida, tem-se o julgamento conjunto da ADI 4277 e ADPF 132, ocorrido em 2011, de relatoria do Ministro Ayres Britto, em que foi reconhecida a união estável para casais do mesmo sexo. Para melhor, literal e incontestável entendimento, sem deixar de prezar pela objetividade, apenas a ementa será transcrita a seguir. Isto porque, a própria já traz os fundamentos do voto, que é o que realmente importam ao presente estudo (serão destacados):

“1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE

DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-

REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotómica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA.

FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art.

226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia ‘entidade familiar’, não pretendeu diferenciá-la da ‘família’. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado ‘entidade familiar’ como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem ‘do regime e dos princípios por ela adotado’, verbis: ‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem

prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” grifos nossos

Da leitura acima, nota-se o privilégio admitido a todos os direitos aqui tratados, tudo para evitar qualquer tipo de discriminação, e, acima de tudo, fazer prevalecer a autonomia da vontade de cada um. Com essa importantíssima decisão, o Poder Judiciário mostrou-se contrário ao reforço patriarcal e às ideias proferidas por muitos que preferem fazer prevalecer sua vontade pessoal a todos os demais, o que é um equívoco absoluto.

Esse v. julgado vai de acordo com um assunto aqui abordado anteriormente, que é a possibilidade de entender a família em amplas formas, e não somente ao que está positivado. Veja-se o trecho em que Ayres Britto afirma:

“Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia ‘entidade familiar’, não pretendeu diferenciá-la da ‘família’. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo

doméstico. Emprego do fraseado ‘entidade familiar’ como sinônimo perfeito de família.”

A família foi vista como um núcleo essencial da sociedade, em que pouco importa a forma como se constitui, desde que esteja pautada no afeto, igualdade e felicidade.

Ao final, há até mesmo ressalva para a abertura de conformação legislativa, como forma de fomentar e abraçar a ideia de que Estado (todos os Poderes) e sociedade precisam caminhar juntos. Os próprios trechos destacados provam, por si só, o porquê do entendimento aqui defendido, quanto à prevalência da autonomia da vontade no direito de família.

Outro relevante julgamento ao direito de família, ocorreu no RE 846102/PR, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em 2015, no qual foi reconhecida a adoção por casal homoafetivo. Inclusive, uma das decisões citadas para seu embasamento foi justamente a estudada acima. E, assim como no caso anterior, a melhor forma de compreensão de um julgado, é pela leitura e destaque de suas razões:

“DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL.
RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E
RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. ADOÇÃO. AÇÃO DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277. ACÓRDÃO RECORRIDO
HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA
SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com
base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República
contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Paraná:
“APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA
TERMINATIVA. QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO.
HABILITAÇÃO DEFERIDA. LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE
DOS ADOTANDOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS

ADOTANTES. INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê. 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento (doc. 6). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. 2. O Recorrente alega contrariado o art. 226, § 3º, da Constituição da República, afirmando haver ‘duas questões jurídicas que emergem do contexto apresentado, para que se possa oferecer solução ao presente recurso: i) se há possibilidade de interpretação extensiva do preceito constitucional para incluir as uniões entre pessoas do mesmo sexo na concepção de união estável como entidade familiar; ii) se a interpretação restritiva do preceito constitucional incorreria em discriminação quanto à opção sexual. (...) Logicamente, nem dois homens e uma mulher; nem duas mulheres e um homem (fatos estes que não chegam a ser tão raros em certas regiões do Brasil); nem dois homens ou duas mulheres; foram previstos pelo constituinte como configuradores de uma união estável, ainda que os integrantes dessas relações, hipoteticamente consideradas, coabitem em caráter análogo ao de uma união estável, ou seja, de forma pública e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (...) Com isso, a nível constitucional, pelo que foi dito, infere-se, em primeiro lugar, que não há lacuna, mas sim, uma intencional omissão do constituinte em não eleger (o que perdura até a atualidade) a união de pessoas do mesmo sexo como caracterizadores de entidade familiar. (...) E vamos além, a generalização, no lugar da individualização do tratamento jurídico a ser dado a situações materialmente diversas, poderá, sim, se não respeitadas e previstas as idiossincrasias e particularidades dos

relacionamentos homoafetivos, vir em maior prejuízo que benefício aos seus integrantes, ferindo axialmente o princípio da igualdade, por tratar igualmente situações desiguais” (doc. 7). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 3. Razão jurídica não assiste ao Recorrente. 4. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Relator o Ministro Ayres Britto, por votação unânime, este Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, ‘para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva’ (DJe 14.10.2011). No voto, o Ministro Relator ressaltou que ‘a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extramuros domésticos, porque, endogenamente ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de

unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos.
Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. Mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes. Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo - data vénia de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.

Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade'. O acórdão recorrido harmoniza-se com esse entendimento jurisprudencial. Nada há, pois, a prover quanto às alegações do Recorrente. 5. Pelo exposto, nego seguimento a este

recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).”
grifos nossos

Neste caso, a Relatora basicamente adotou as razões do julgamento visto anteriormente. Afinal, pode-se concluir que, se pessoas do mesmo sexo podem constituir família, não há nada que os impeça de ampliar essa família, e dar sentido efetivo ao termo “constituir”, bem como ao termo “família”. Ainda mais porque isso será mais uma forma de se garantir a dignidade humana a quem necessário, como as crianças vítimas de um destino cruel, por abandono.

Ademais, sem deixar de prestigiar a recente jurisprudência, essencial lembrar do julgamento conjunto dos REs 878694 e 646721, ambos com repercussão geral reconhecida. O primeiro tratou da sucessão em uniões de casal heteroafetivo, e o segundo, da sucessão em relações homoafetivas.

Resultado disso foi a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil²⁷⁴, que estabelecia a forma de sucessão do companheiro (união estável). Agora, a sucessão deverá ser igual à do cônjuge, prevista no artigo 1.829 do Código Civil²⁷⁵. Logo, em prol da autonomia das famílias e seu valor, e da não discriminação (mesmo que seja objeto de críticas doutrinárias), companheiros foram equiparados aos cônjuges para fins sucessórios. Segue ementa:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO

²⁷⁴ “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

²⁷⁵ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA.

INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a ‘inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico’, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.” grifos nossos

Em consonância com os julgados anteriores, verifica-se a presença da vedação a fatores discriminatórios, tudo em benefício da família, em seu mais amplo sentido. Negar existência ou eficácia em patamar de igualdade para qualquer que seja a família, confronta flagrantemente ao insculpido no caráter principiológico da Carta Magna Brasileira.

Como último julgado emblemático da recente jurisprudência pátria, com base no entendimento do STF, tem-se o reconhecimento da mutiparentalidade, ocorrido em 2017 (STF, RE nº 898.060, Relator Min. Luiz Fux). Ali, foi julgada a Repercussão Geral 622: “*A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios*”.

Foi editado até mesmo o Provimento 63/2017, do CNJ, regulamentando o assunto para os ofícios de registro civil das pessoas naturais (dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva).

E, assim como com os julgados apreciados acima, transcrever-se-á a ementa, a fim de extrair os principais fundamentos da decisão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO

CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).

VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA.

MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem.

2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo.

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento

das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou

outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser.

12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio).

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “‘dupla paternidade’ (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina.

15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana

(art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. grifos nossos

Mais uma vez, nota-se a presença das mesmas razões fulcrais, especialmente com a fixação da busca efetiva do princípio da felicidade. Os julgados mostram que o direito de família se alinha cada vez mais, em todos os sentidos e fontes, com a ideia de ampla garantia na busca e efetivação dos direitos básicos das pessoas, em especial a autonomia da vontade, ressaltada em diversos julgados. Fica até difícil dissertar acerca das ementas, visto que elas próprias trazem as respostas exatas que este trabalho busca dar.

Ou seja, é a supremacia da autonomia da vontade, através da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da busca da felicidade, dentre tantos outros princípios, que devem sempre estar à frente de qualquer dogma ou ideologia pessoal por parte de legisladores, julgadores, ou quem quer que seja - principalmente quando o assunto é família, e de outrem. Essa é a direção que as fontes do direito parecem focar, em especial a mais ativa delas, que é a jurisprudência.

Portanto, resta claro que o Poder Judiciário Brasileiro, especialmente pela atuação da Suprema Corte, tem, de fato, se esforçado e se dedicado à aplicação e garantia dos preceitos básicos da ordem democrática e social do Brasil, o que é seu papel e esperado, para que se tenha um país direcionado ao progresso, e que garanta os direitos básicos dos cidadãos.

3.4. O afeto como princípio revolucionário

Não haveria como realizar esse estudo, sem fazer análise daquele que tem sido o elemento base de progresso no direito de família contemporâneo, tendo alcançando

até mesmo o patamar de princípio: o afeto. Este que, quando garantido dentro do direito de família, nada mais representa do que a efetivação da autonomia da vontade de uma ou mais pessoas.

Pensar que por dezenas de anos a família só se constituía por um contrato de casamento, e que hoje ela depende de um dos sentimentos mais puros do ser humano, que é o afeto, de fato conforta a humanidade na certeza de caminhar ao melhor rumo. A família mudou, muda constantemente, e o afeto tem tido grande participação nisso.

Giselda Hironaka afirma que: “espalha-se a idéia de afetividade, como o grande parâmetro modificador das relações familiais, estando a querer demonstrar que o verdadeiro elo entre as pessoas envolvidas nessas relações, nesse núcleo, nesse tecido, consubstancia-se no afeto.”²⁷⁶

Diversos são os livros e julgados que abordam esse valioso assunto da contemporaneidade. Rodrigo da Cunha Pereira desenvolveu um verdadeiro e literal Dicionário de Direito de Família e Sucessões, em que conceitua e reflete sobre diversos institutos pertinentes à tal seara. No que concerne ao afeto, define que:

“Desde que a família deixou de ser, preponderantemente, um núcleo econômico e de reprodução, e as uniões conjugais passaram a se constituir, principalmente, em razão do amor, a família tornou-se menos hierarquizada e menos patrimonializada. O afeto tornou-se, então, um valor jurídico e passou a ser o grande vetor e catalisador de toda a organização jurídica da família. Uma união conjugal, seja pelo casamento civil ou não, começa e acaba em razão da presença ou da ausência do afeto. Nas relações parentais, ele se presentifica de tal forma e força, que pode superar até mesmo os laços biológicos, como acontece na paternidade/maternidade socioafetiva

²⁷⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; v. 101; jan./dez. 2006; p. 155;

(Art. 1.593/CCB). O afeto ganhou tamanha importância no ordenamento jurídico brasileiro que recebeu força normativa, tornando-se o princípio da afetividade o balizador de todas as relações jurídicas da família. Sua importância ressignificou e trouxe novos conceitos à ordem jurídica, redefinindo o Direito de Família como a regulamentação das relações de afeto e suas consequências patrimoniais. A força normativa do afeto se traduz também em princípios e regras jurídicas, como estampada no art. 1.634 do CCB/2002, ao estabelecer as formas de exercício do poder familiar. O afeto para o Direito de Família não é apenas um sentimento. É uma ação, uma conduta. É o cuidado, a proteção e a assistência, especialmente entre pais e filhos, entre cônjuges, ou seja, o cuidado e a atenção na família conjugal e na família parental. Tal comportamento pode ser traduzido como obrigação jurídica nas relações entre pais e filhos, pois é imprescindível para o desenvolvimento de uma criança e também para a saúde física e mental dos idosos. Entre cônjuges/companheiros, é o afeto que demonstra e justifica a existência da entidade familiar. Ao agir em conformidade com a função de pai e mãe, de filhos e de companheiros ou cônjuges, está-se objetivando o afeto e tirando-o do campo da subjetividade apenas. Nessas situações, é possível até presumir a presença do sentimento de afeto. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposta pelo Poder Judiciário, presente ou não o sentimento.”²⁷⁷

Veja-se a amplitude que o afeto alcançou dentro do direito de família nos últimos tempos, de modo que o Estado pode até impô-lo ao cidadão, inclusive como forma de condenação, como ocorre em ações judiciais de abandono afetivo, as quais são indenizáveis (dano moral). De igual modo, como visto acima, hoje o afeto é nada

²⁷⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de Direito de Família e Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014; p. 69 e 70;

menos que um princípio, o que também é trabalhado pelo Autor. Para ele, o princípio da afetividade:

“é o balizador e catalizador das relações familiares. Com os princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade e responsabilidade, constitui a base de sustentação do Direito de Família. É um princípio constitucional da categoria dos princípios não expressos. Ele está implícito e contido nas normas constitucionais, pois aí estão seus fundamentos essenciais e basilares (...) o princípio da afetividade ganhou assento no ordenamento jurídico brasileiro a partir do momento em que a família deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução e passou a ser o *locus* do amor e da formação e estruturação do sujeito, do companheirismo e da solidariedade. E, assim, a família perdeu sua função precípua como ‘instituição’. Sua importância está em ser núcleo formador, estruturador e estruturante do sujeito. Sem afeto não se pode dizer que há família. Ou, onde falta o afeto, a família é uma desordem, ou mesmo uma desestrutura. O afeto ganhou status de valor jurídico e, consequentemente, foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis. Afinal, o desejo e o amor são o esteio do laço conjugal e parental. A entidade familiar deve ser tutelada como meio para a busca da felicidade de cada um de seus indivíduos (...) O afeto e o princípio da afetividade autorizam a legitimação de todas as formas de família. Portanto, hoje, todas as relações e formações de família são legítimas. Somente desta forma pode ser alcançada a cidadania, que tem significado de juízo universal, ou seja, faz cumprir também o macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, se a liberdade é a essência dos

direitos do homem e de suas manifestações de afeto, a dignidade é a essência da humanidade.”²⁷⁸

Os dizeres do Autor são irretocáveis. De forma concisa e objetiva, expressa a importância que algo antes tão inobservado possui na atualidade. Apenas para pontuar, não se olvide da valorização do sujeito, tão tralhada nesta obra, como uma das formas de efetivação do afeto, e vice-versa.

Acompanhando o jurista, Maria Berenice Dias também abre espaço em sua obra, para trabalhar a afetividade como um princípio específico do direito de família, como se vê:

“A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. O termo *affectio societatis*, muito utilizado no direito empresarial, também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família.”²⁷⁹

Extrai-se que a primordialidade do afeto na família é evidente. Antes, o direito civil que tanto se rendia ao extremo valor da propriedade, hoje se curva ao afeto. Essa é a prova mais contumaz possível de que o ser humano deixou de ser coisificado, para ser valorizado.

No mais, valiosa a didática da Autora ao cotejar o direito de família ao empresarial, quanto ao *affectio societatis*. Ora, ninguém abre uma empresa com

²⁷⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de Direito de Família e Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014; p. 552, 553 e 554;

²⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direitos das Famílias. 3. Ed. Em e-book, baseada na 12ª ed. Impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; cap. 2.5.8;

outrem se não tiver uma boa relação; é o mesmo que se aplica ao afeto, afinal, nenhuma família se constitui ou é promissora sem ele.

A Autora também levanta outra questão curiosa acerca do afeto, que é sua relação com o Estado. Agora mesmo foi dito sobre a possibilidade de o Estado impor o afeto na sociedade; mas, além disso, o Estado tem o dever de garantir o afeto aos cidadãos. É não só uma possibilidade repressiva, mas antes, preventiva:

“O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso a Constituição elenca um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado.”²⁸⁰

Daí conclui-se mais firmemente sobre o direito ao afeto, que todos possuem. Da leitura do artigo 227 da Constituição Federal, em que se elenca verdadeiro rol de direitos básicos às crianças e adolescentes, como dever da família, da sociedade e do Estado, presume-se a presença do afeto. Isso porque, não há como admitir que o Constituinte esteja prevendo tantas coisas boas aos integrantes da família, e, mesmo que implicitamente, não esteja abarcando uma das bases psicológicas e emocionais da pessoa humana, que é dar e receber amor.

Inclusive, aproveitando o tema das virtudes, o afeto está estreitamente ligado a outro direito “novo”, mas substancial e já muito aplicado na sociedade: o direito à felicidade. A própria Autora salienta essa situação:

“O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade. Também há a necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos de realização de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos – políticas

²⁸⁰ Idem; cap. 2.5.8;

públicas – que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo.”²⁸¹

Ou seja, a atuação estatal não deve ser somente em sentido negativo – ausência de interferência na vida privada -, mas também em caráter positivo, garantindo a efetivação dos direitos da família e seus integrantes.

Mesmo que a Constituição preveja o afeto apenas de forma implícita, é inegável sua presença, de modo que, o direito de família atual se depara com uma nova característica essencial a toda e qualquer família, que é o afeto. Esta se pauta exclusivamente pelo meio e fim da felicidade; seja lá qual forma a forma da composição familiar, isso é o que importa.

Seja hoje ou anos atrás, quem não busca a felicidade? Ou melhor, quem não deseja ter uma família feliz? É o que a Autora fundamenta até mesmo com exemplos, a partir da própria Constituição:

“Mesmo que a palavra afeto não esteja expressa na Constituição, a afetividade encontra-se enlaçada no âmbito de sua proteção. Calha um exemplo. A união estável é reconhecida como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica. Como se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça as pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ocorreu a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual (...) A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu

²⁸¹ Idem; cap. 2.5.8;

aspecto instrumental. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.”²⁸²

Família é amor, e não obrigação. Na Família, encontra-se tudo quanto alguém precisa para ser feliz e se realizar pessoalmente, consoante afirmado pela Autora, inclusive inspirada em um dos primeiros juristas a tratar do afeto no Brasil:

“Como diz João Baptista Villela, as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigênciam, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor. Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade.”²⁸³

Apenas como reforço ao princípio aqui trabalhado, aproveita-se a obra da Autora para trazer à tona outro princípio já considerado, mas que, na conceituação da jurista, até mesmo pela relação com o afeto, contribui à melhor compreensão e complementação do contexto, que é o *princípio da solidariedade*:

“Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entradas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a

²⁸² Idem; cap. 2.5.8;

²⁸³ Idem; cap. 2.5.8;

reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.”²⁸⁴

A presença da solidariedade e sua integração com o afeto são indubitáveis garantias de que a realização individual e coletiva dos indivíduos e da sociedade não é algo muito complexo, ao menos na teoria. Se observados, resultar-se-á na certeza de uma sociedade fraterna.

Ademais, corroborando as razões aqui defendidas, uma vez mais é importante apontar os ensinamentos de Sérgio Resende de Barros, quando, ao novamente dar enfoque de direitos humanos à família, refere-se ao afeto também, da seguinte forma:

“há um direito-amálgama que os cimenta a todos eles. É o direito ao afeto, cujo objeto é o sentimento maior que garante o agrupamento humano por um laço mais forte do que uma simples conjunção de interesses e assim dá consistência aos demais direitos humanos da família. Realmente, desde sua origem, a família é recoberta com um manto de ternura e carinho, de dedicação e empenho, mas também de responsabilidade para com quem se cativa. Esse manto protetor é o afeto, ao qual o direito deve dedicar especial atenção, sob pena de pôr em risco a própria garantia jurídica da família. Isso, porque o direito ao afeto é o mais imprescindível à saúde física e psíquica, à estabilidade econômica e social, ao desenvolvimento material e cultural de qualquer entidade familiar.”²⁸⁵

Ao denominar o afeto como amálgama, afirma-se que é quem efetiva uma perfeita fusão entre todos os demais, portanto, essencial. E se, de fato, se parar para pensar, faz sentido. A sociedade que o Constituinte Brasileiro buscou em 1988 jamais

²⁸⁴ Idem; cap. 2.5.4;

²⁸⁵ Os direitos humanos na família. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>>. Acesso em: 14jun. 2019;

se desliga do afeto. Não há uma passagem sequer na Constituição que afronta esse direito-base.

Ainda, não se pode olvidar das várias formas de afeto, como trabalhado acima. Olhando a situação pelo lado inverso, como forma de reforçá-lo e garantí-lo, o mesmo Autor o coloca no sentido oposto, e explica que:

“Daí, a contrario sensu, decorre um direito humano fundamental – que simultaneamente é uma obrigação – importante, a saber: o poder-dever de repelir o desafeto por formas jurídicas que o afastem da família, preventiva ou repressivamente, tais como, por exemplo, a educação e a penalização referentes a todas as formas físicas e psíquicas de violência doméstica, não só entre marido e mulher, mas a partir da efetiva proibição de submeter os filhos a castigos corporais desumanos, que afrontam e corroem o amor.”²⁸⁶

Família e educação são tudo o que uma sociedade precisa para caminhar saudavelmente à felicidade e ao progresso. Se forem verdadeiramente garantidas, não haverá outra forma de expressão social, senão o amor. Parece algo muito filosófico, mas basta parar para minimamente pensar: quando uma coletividade conta com indivíduos bem formados (interna e externamente), e pertencentes a um núcleo-base livre de negatividades, há como não se ter o império do amor, e consequente bem comum de todos? Parece que não.

Fala-se em amor, pois, como leciona o próprio Autor:

“O direito ao amor é a máxima expressão do direito ao afeto. O amor é a substância e a culminância do afeto. Não se desenvolve um sem o outro. O mais puro afeto é o amor. O amor faz do indivíduo um ser humano. Identifica os entes humanos, uns com os outros, tão fortemente, que gera em todos nós a solidariedade humana, que é a

²⁸⁶ Idem;

única força capaz de construir – dignamente – a humanidade em toda a humanidade, a partir de seu grupo inicial: a família. E repita-se: não só construir, mas assegurar a humanidade construída, o que é o fim próprio dos direitos humanos.”²⁸⁷

Direto e sem delongas, Sergio de Barros simplesmente dissertou a fórmula que as sociedades precisam para serem construídas e mantidas de forma ideal.

Paulo Lobo também dedica seus estudos a este inegável fato social atual, que a presença e a valorização do afeto. Além de pautar o tema, ele aponta e explica momentos na Constituição em que o afeto se faz presente:

“O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas. A Constituição abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, incluindo-se no controle da constitucionalidade das leis. Encontram-se na Constituição Federal brasileira algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução social da família, especialmente: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes,

²⁸⁷ Idem;

incluindo-se os adotivos, e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §§ 3º e 4º); d) o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça (art. 226, §§ 3º e 6º). Se todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, é porque a Constituição afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão de amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho. A fortiori, se não há qualquer espécie de distinção entre filhos biológicos e filhos adotivos, é porque a Constituição os concebe como filhos do amor, do afeto construído no dia a dia, seja os que a natureza deu seja os que foram livremente escolhidos. Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas a entidades, ou seja, a afetividade, necessário para realização pessoal de seus integrantes. O advento do divórcio direto (ou a livre dissolução na união estável) demonstrou que apenas a afetividade, e não a lei, mantém unidas essas entidades familiares. A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família.”²⁸⁸

É de suma importância o trabalho do Autor, pois, em que pese pareça algo tão evidente e dedutível, há muitos que ainda buscam interpretar o interpretável, como ao

²⁸⁸ Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do *Numerus Clausus*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf>. Acesso em: 14jun. 2019.

fundamentar a inadmissibilidade constitucional para mais de uma forma de família. Da mais simples análise da Carta Magna, não se chega a outra conclusão, senão a de que a preocupação do Constituinte foi abraçar e proteger a família, e não discriminá-la ou exclui-la:

“Não se pode enxergar na Constituição o que ela expressamente repeliu, isto é, a proteção de tipo ou tipos exclusivos de família ou da família como valor em si, com desconsideração das pessoas que a integram. Não há, pois, na Constituição, modelo preferencial de entidade familiar, do mesmo modo que não há família de fato, pois contempla o direito à diferença. Quando ela trata de família está a referir-se a qualquer das entidades possíveis. Se há família, há tutela constitucional, com idêntica atribuição de dignidade.”²⁸⁹

Logo, seja de forma ativa ou passiva, o evidente é a proteção constitucional que a família tem, inclusive a partir do afeto. Ricardo Calderón, ao escrever um livro apenas sobre o “Princípio da Afetividade no Direito de Família”, leciona que:

“a Constituição Federal reconhece o papel conferido à afetividade no trato das relações familiares, dando-lhe, assim, guarda constitucional. Em consequência, há acolhimento implícito do princípio da afetividade na Constituição de 1988.”²⁹⁰

E, algo curioso que seu estudo agrega é, além da abordagem constitucional do afeto na família, a ampliação da visão ao Código Civil – inclusive de forma alinhada ao presente estudo, pois valoriza o Direito Civil-Constitucional:

“Apesar de não taxar a afetividade expressamente como princípio de Direito de Família, o Código Civil de 2002 reconhece e confere

²⁸⁹ Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do *Numerus Clausus*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf>. Acesso em: 14jun. 2019.

²⁹⁰ CALDERÓN, Ricardo. Princípio da Afetividade no Direito de Família. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017; p. 53;

guarda a diversas relações afetivas em muitas de suas disposições. A partir das breves citações diretas e indiretas ao afeto e à afetividade, é possível entrever na trama do legislador de 2002 a afetividade como princípio implícito nas diversas disposições de Direito de Família, o que ressalta ainda mais se lido o Código a partir da principiologia constitucional. Ou seja, apesar da timidez das disposições do Código, há indícios suficientes a indicar a afetividade como princípio do Direito de Família também a partir da legislação de 2002. Uma análise detida e detalhada do Código Civil permite asseverar que a afetividade é um princípio do Direito de Família brasileiro. Uma das passagens do Código que alberga a afetividade, ainda que implicitamente, é a que reconhece a possibilidade de parentesco afetivo, eis que o legislador admite parentescos de outra origem (conforme redação do art. 1.593, CC93). Ao definir o parentesco, a legislação faz remissão ao vínculo natural, civil, consanguíneo e de outra origem, o que envolve claramente o parentesco decorrente da socioafetividade (...) A afetividade também está presente no Código no trato do tema relativo à guarda em favor de terceiros, sendo que desde a redação originária de 2002 o legislador inclui o vínculo da afetividade como critério que deve orientar o julgador na definição de eventual guarda em favor de terceiros, o que restava expresso na redação originária do art. 1.584 do CC (atualmente já alterada).”²⁹¹

Enfim, após uma detida análise do afeto dentro da família, como princípio constitucional e presente na legislação civil infraconstitucional, volta-se aos pensamentos iniciais, sobre como tudo isso aconteceu, como se sustenta, e como será daqui em diante. Paulo Lobo apresente breves considerações nesse sentido:

²⁹¹ CALDERÓN, Ricardo. Princípio da Afetividade no Direito de Família. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017; p. 55 e 56;

“A família sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição, e, consequentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado social, ao longo do século XX (...) Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida (...) a realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época.”²⁹²

As conclusões possíveis desse estudo do afeto na família são: a) ele serviu como um dos mais decisivos fatores de mudança da família, do direito de família e da sociedade; b) é por meio do afeto que esses três fatores seguirão a se aperfeiçoar e lapidar de agora em diante no mundo social.

Tudo ainda é muito recente no que tange ao afeto, e é por isso que o Autor apenas analisa essa realidade:

“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.”²⁹³

²⁹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: famílias. 4. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17 e 20.

²⁹³ Idem; p. 18 e 22.

Portanto, é evidente que a Família contemporânea se pauta no afeto, acima de qualquer outro fator. Garantir o afeto é permitir e valorizar a expressão da autonomia da vontade, de modo que, a cada dia que passa, a sociedade poderá ter certeza de que as relações privadas estarão fortemente ligadas ao que cada um deseja para sua existência, e não ao que fora previamente prescrito por outrem como correto.

Capítulo 4

A AUTONOMIA DA VONTADE NA FAMÍLIA

4.1. Autonomia da vontade x autonomia privada

Do título deste trabalho, nota-se que a *autonomia da vontade* é a grande alavanca do estudo, tanto é que foi objeto isolado de consideração (o primeiro de todos). Ocorre que, em especial na modernidade, muitos doutrinadores optam por distingui-la da autonomia privada (embora haja até mesmo quem as trate como sinônimos), de modo que, para deixar bem clara a escolha aqui feita, ambas serão estudadas e diferenciadas, separadamente.

O escopo deste subcapítulo é apontar o que seja um e outro instituto, e então explicar qual a razão da escolha feita, bem como onde cada um deles se insere e contra no Direito de Família contemporâneo.

Há muitos de autores que tratam desse tema. De modo geral (não absoluto), as doutrinas de direito civil, especialmente quando abordam o direito contratual, tocam nesse assunto. No mais, também se nota sua presença quando o assunto é liberdade, e toda a filosofia que está por trás do agir humano.

Apenas como introdução, lembra-se que a autonomia da vontade tem forte base no Liberalismo²⁹⁴, e é presente nas sociedades há muitos anos, afinal, ela é como

²⁹⁴ “Esse princípio teve o seu apogeu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual.” - GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Parte Geral. 16. São Paulo: Saraiva, 2018; p. 41;

um impulsor da ação humana. Dentre as muitas obras existentes, destaca-se a de Francisco Amaral, pela didática e objetividade com que explica a distinção entre os institutos:

“Autonomia privada não se confunde com autonomia da vontade. Esta tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto aquela exprime o poder da vontade no direito, de modo objetivo, concreto e real. Por isso mesmo, a autonomia da vontade é a causa do ato jurídico (CC, art. 185), enquanto a autonomia privada é a causa do negócio jurídico (CC, art. 104), fonte principal de obrigações.”²⁹⁵

Independentemente de qualquer outra definição que possa ser trazida a seguir, é a que melhor traduz o sentido do capítulo desse estudo, e tudo o que visa mostrar. Isto porque, ela deixa clara a posição da autonomia da vontade como a grande responsável pelas alterações no âmbito familiar, pois representa a exteriorização da vontade humana, sendo esta algo inerente aos indivíduos, que vem de dentro de cada um. Já a autonomia privada refere-se exclusivamente ao âmbito do direito, mas também servindo como fator de mudança nas famílias, pois garante a liberdade jurídica do agir de cada pessoa.

Ao dizer que a autonomia da vontade tem caráter subjetivo, psicológico, e que, portanto, é o primeiro passo que leva as pessoas a agirem (causa dos atos jurídicos), o Autor ratifica a ideia do trabalho, de que foi o desejo interior de cada pessoa que as levou a se modificarem, e, consequentemente, as famílias.

É evidente que se poderá alegar que tudo o que ocorre no mundo tem essa vontade subjetiva como primeiro passo. Mas, aqui, a intenção vai um pouco além, pois, ao trabalhar a autonomia da vontade da forma como aqui desenvolvida, busca-se expor que ela não é tão somente a prática de uma vontade, mas sim a exteriorização do interior de cada um como forma de garantir sua dignidade existencial, o pleno exercício da liberdade que a pessoa possui dentro de si, inclusive dentro de um

²⁹⁵ AMARAL, Francisco. Direito Civil - Introdução. 9. São Paulo: Saraiva, 2017; p. 131;

sistema jurídico e social organizado. Ou seja, assegura-se que a pessoa possa de fato viver como e aquilo que deseja e sente no seu íntimo.

Para facilitar a compreensão, vale um exemplo: quando, décadas atrás, alguém desejava terminar um casamento, não podia fazer isso por questões sociais – e até mesmo jurídicas -, e vivia com aquele desejo amarrado internamente. A partir do momento em que tal prática foi aceita e liberada, garantiu-se àquela pessoa que ela realmente pudesse viver aquilo que desejava – no caso, a liberdade de não mais conviver matrimonialmente com outrem.

O Autor faz profunda análise do tema, o que facilita sua integral compreensão:

“A atividade espiritual do homem desenvolve-se de dois modos diversos: o conhecer e o querer. Pelo primeiro, apreendem-se os objetos, faz-se a sua captação mental; pelo segundo, exercita-se uma faculdade em direção a um fim ou valor. O estudo deste direcionamento interessa à psicologia, à ética, à filosofia e ao direito. Para a psicologia, a vontade é uma faculdade espiritual do homem que traduz uma tendência, um impulso para algo, a realização de um valor intelectualmente conhecido. Para a ética, representa uma atitude ou disposição moral para querer algo. Metafísica ou filosoficamente, é uma ‘entidade a que se atribui absoluta subsistência e se converte, por isso, em substrato de todos os fenômenos’. A vontade aparece, assim, como um motor, impulsionando e dirigindo o movimento em todo o reino das faculdades. Em razão do fim proposto, a vontade move-se por si mesma. Para o direito, a vontade tem especial importância porque é um dos elementos fundamentais do ato jurídico. Manifestando-se de acordo com os preceitos legais, a vontade produz determinados efeitos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Vontade psicológica e vontade jurídica não coincidem, porém. Enquanto a psicologia conhece a vontade como ‘tipo especial de

tendência psíquica, associada à representação consciente de um fim e de meios eficientes para realizá-lo', estudando-a no campo do ser, o direito aprecia-a no campo do dever ser, reconhecendo-a como fator de eficácia jurídica nos limites e na forma que ele mesmo estabelece." ²⁹⁶

Com essas lições, o Autor aborda dois pontos cruciais do trabalho, de forma científicamente ampla; primeiro, porque analisa a vontade sob várias vertentes, colocando-a como um motor pessoal, ou seja, fala da vontade interna de cada pessoa, que faz com que ela exerça sua vida da forma como entende conveniente, de modo a concretizar suas realizações, e, por conseguinte, as novas formas familiares. Segundo, porque traz justamente o ponto que limita a livre condução dessa vontade, que é o direito; percebe-se isso quando o Autor cita a necessidade de observar os preceitos legais (sai do campo do *ser* para o *dever-ser*); ou seja, não dá para todas as pessoas saírem vivendo o que sentem e desejam, sem limite algum; e é aí que o direito se mostra fundamental.

Como tratado no primeiro capítulo desse estudo, o ponto de convergência entre essas duas pontas (vontade x limites) é justamente a garantia dos direitos fundamentais das pessoas, como liberdade, igualdade e dignidade. Isso porque, ao prevê-los, garante-se a fruição da vontade plena, e, ao mesmo tempo, o dever de observância e não afronta deles perante terceiros, o que implica numa relação de gozo-limitação, na mesma medida. Além disso, lembra-se que há que sempre se ter convergência com o espírito constitucional em vigência.

Cumpre esclarecer que esse assunto, ainda mais quando visto de forma mais aprofundada no direito, não se limita aos autores da atualidade. Dentro de seus estudos, Francisco Amaral também analisou a autonomia da vontade relacionada ao instituto do direito subjetivo, por meio da teoria da vontade, defendida por diversos outros juristas:

²⁹⁶ Idem; p. 463 e 464;

“Para a teoria da vontade, de Savigny, Otto Von Gierke e Windscheid, principalmente, o direito subjetivo é poder de vontade reconhecido pela ordem jurídica. Tal concepção é própria do liberalismo clássico. O Estado intervém apenas quando estritamente necessário, sendo o titular do direito o único juiz da conveniência de sua utilização. Consequência imediata dessa teoria é o princípio da autonomia da vontade.”²⁹⁷

Os ensinamentos acima são fundamentais, pois corroboram até mesmo com a forma de pensar dos legisladores da atualidade, quando, por exemplo, colocam a conciliação como o mais efetivo, célere e saudável método de solução de conflitos. Não é necessário que o Estado fique intervindo na vida de pessoas, as quais têm suas vontades, a não ser quando estritamente necessário. A cada qual é garantido o poder de decidir a sua vida, cabendo a intervenção do Estado apenas quando a situação foge da normalidade, como ao interferir nos direitos de outrem. Isso é a pura garantia da autonomia da vontade, e também da autonomia privada, de certa forma.

Logo, assim como ressaltado desde o início, volta-se a notar que a liberdade caminha ao lado da autonomia da vontade, de maneira que é preciso que todos tenham liberdade para viver suas vidas. O Estado deve ser minimalista, quando o assunto é a vida privada de cada um, tanto é que, hoje, esta é tida como um direito da personalidade (direito fundamental constitucional e cláusula pétrea).

Novamente o Autor traduz isso de forma simples e brilhante: “A possibilidade de a pessoa agir de acordo com sua vontade, podendo fazer ou deixar de fazer algo, chama-se liberdade.”²⁹⁸.

Como forma de ratificar a amplitude dos estudos realizados, o Autor também lembra a Ciência do Direito, puramente dita, e faz didática análise da autonomia da

²⁹⁷ Idem; p. 293;

²⁹⁸ Idem; p. 464;

vontade especificamente sob a ótica jurídica, momento em que, aproveita para uma vez mais diferenciá-la da autonomia privada:

“A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, isto é, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa, mas complementarmente ao ordenamento estatal. A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses.”²⁹⁹

O trecho acima é indubitavelmente a mais pedagógica exposição da dicotomia entre os institutos. De forma conceitual, pode-se entender facilmente as particularidades de cada um. A autonomia da vontade traduz-se numa forma de manifestação da liberdade individual, enquanto a autonomia privada consiste no poder de criar normas jurídicas dentro do seu âmbito pessoal (voltada ao direito contratual – liberdade de realizar negócios jurídicos conforme sua vontade).

²⁹⁹ Idem; p. 465;

Ambos são importantíssimos ao direito, em especial na seara familiar. Isto porque, a autonomia da vontade assegura ao indivíduo a faculdade de manifestar-se livremente da forma como deseja, e assim poder buscar viver como entende conveniente; por sua vez, a autonomia privada também assegura que, já de acordo com o sistema jurídico em que o indivíduo está inserido, este pactue as regras de convivência da sua vida com terceiros, com ampla liberdade (por exemplo, a possibilidade de casar ou manter união estável, e até mesmo dispor sobre o regime patrimonial do matrimônio).

Em que pese a completa abordagem do Autor, é fato que o Direito Civil não foi contemplado apenas com seus estudos. Outros nomes também adentraram à perquirição dos institutos. Carlos Roberto Gonçalves, especifica a função limitadora do direito face à autonomia da vontade, colocando a função social do contrato e o princípio da supremacia da ordem pública como os grandes freios de sua atuação:

“Segundo Caio Mário, a função social do contrato serve, precípuamente, para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório. Tal princípio desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer porque estão no exercício da autonomia da vontade. (...) O princípio da autonomia da vontade, como vimos, não é absoluto. É limitado pelo princípio da supremacia da ordem pública”.³⁰⁰.

Seja a autonomia da vontade ou a autonomia privada, ambas possuem limites, principalmente quando do outro lado encontram-se os direitos de outrem. O mesmo Autor, como forma de muito bem explicar a vontade, especialmente dentro do direito,

³⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Parte Geral. 16. São Paulo: Saraiva, 2018; p. 25 e 43;

também se incumbe de analisá-la de forma mais profunda, além do meramente positivado:

“A vontade é pressuposto básico do negócio jurídico e é imprescindível que se exteriorize. Do ponto de vista do direito, somente vontade que se exterioriza é considerada suficiente para compor suporte fático de negócio jurídico. A vontade que permanece interna, como acontece como a reserva mental, não serve a esse desiderato, pois que de difícil, senão impossível, apuração. A declaração de vontade é, assim, o instrumento da manifestação da vontade. No negócio jurídico a vontade assume uma posição especial, refletindo-se nos seus fundamentos e efeitos. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a ‘vontade interna ou real é que traz a força jurígena, mas é a sua exteriorização pela declaração que a torna conhecida, o que permite dizer que a produção de efeitos é um resultado da vontade mas que esta não basta sem a manifestação exterior’. A vontade é um elemento de caráter subjetivo, que se revela através da declaração. Esta, portanto, e não aquela, constitui requisito de existência do negócio jurídico. Pelo tradicional princípio da autonomia da vontade as pessoas tem liberdade de, em conformidade com a lei, celebrar negócios jurídicos, criando direitos e contraindo obrigações.”³⁰¹

Tal ensinamento facilita o manejo dos institutos jurídicos não só no dia a dia da operação do direito, mas também para que se possa verdadeiramente compreendê-los e lapidá-los. Tanto é que, pela análise acima, o Autor subdividiu o instituto da vontade, correlacionando-o a vários outros, de modo a explicar que é preciso, mas não basta querer, como também é preciso, mas não basta declarar; além disso, há também que ser viável juridicamente o desejo e fruição dessa vontade.

³⁰¹ Idem; p. 362 e 363;

Hodiernamente, muitos Autores estudam e até mesmo inovam sobre esses assuntos, havendo entendimentos de que um supriu o outro, de que estejam superados (mesmo que parcialmente), ou então que comportam nova conceituação. Seja lá como for, o substancial é que nada disso é sólido na ciência jurídica, e que, com embasamento seguro, aqui fora apontado o que até hoje tem construído e representado a forma social e jurídica de se pensar acerca desses temas.

Portanto, restou claro que ambos os institutos foram, são e serão imprescindíveis social e juridicamente, para que as pessoas possam, dignamente, conhecer, querer, declarar, ter direitos, e viver aquilo que efetivamente buscam para si próprias, pessoal e familiarmente.

4.2. A Família sob a ótica da Teoria Tridimensional do Direito

A vida em sociedade não é um mero sopro, ainda mais quando organizada de forma democrática. Exige-se organização, a qual é realizada por meio do Estado, especialmente com a criação de um ordenamento jurídico coletivo.

De modo geral, os fatos sociais acontecem, sendo que, muitos deles possuem relevância social (como o nascimento, casamento e morte), e isso exige que a sociedade esteja preparada para lidar com essas situações. É nesse momento que as normas jurídicas se fazem presentes e necessárias. Trata-se de uma sequência lógica de situações, a exigir observância pela coletividade: fato, valor e norma.

Como é de conhecimento geral, Miguel Reale explicou essa sequência, ao que denominou “teoria tridimensional do direito”. Foi o Autor quem analisou fato, valor e norma, como uma das melhores formas de entender o direito, dentre as muitas existentes. E é assim que se inicia a presente reflexão, seja com relação à amplitude de estudos do direito, ou com a introdução acerca da teoria tridimensional por ele defendida:

“O simples fato de existirem várias acepções da palavra Direito já devia ter suscitado uma pergunta, que, todavia, só recentemente veio a ser formulada, isto é: esses significados fundamentais que, através do tempo, têm sido atribuídos a uma mesma palavra, já não revelam que há aspectos ou elementos complementares na experiência jurídica? Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça).”³⁰²

De plano, o Autor já salienta a possibilidade de discernir os três aspectos em qualquer momento. A percepção primária é de que os três fatores podem ser vistos individualmente e que possuem sua carga valorativa individual, mas que, somadas, solidificam a teoria então apresentada. O importante é ressaltar que o direito se enquadra nos três mundos: dos fatos, dos valores, e das normas - todos de forma justificada.

De forma mais específica, o Autor segue a explicação dos três fatores, para conferir-lhes maior fundamentação, e, inclusive, justificar o momento de convergência entre eles:

“onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a

³⁰² REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 23. São Paulo: Saraiva, 1996; p. 64 e 65;

relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;”³⁰³

Tanto é que, mesmo com a possibilidade de discerni-los individualmente, para fins de existência da teoria defendida, o Autor assevera que: “fato, valor e norma não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta”³⁰⁴. E essa coexistência não é sem motivo, conforme explica:

“fatoss, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente, o que, como veremos, se reflete também no momento em que o jurisperito (advogado, juiz ou administrador) interpreta uma norma ou regra de direito (são expressões sinônimas) para dar-lhe aplicação.”³⁰⁵

Além disso, não há somente a questão da implicação e reciprocidade, mas também de uma verdadeira atuação conjunta (interação) entre os três fatores:

“mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resultado da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram”³⁰⁶

Todos esses ensinamentos do Autor levam à compreensão do direito, a partir de uma determinada ótica, bem como ao melhor entendimento do que chama de experiência jurídica, ao que também leciona:

“o fato e o valor nesta se correlacionam de tal modo que cada um deles se mantém irreduzível ao outro (polaridade) mas se exigindo

³⁰³ Idem; p. 65;

³⁰⁴ Idem; p. 65;

³⁰⁵ Idem; p. 67;

³⁰⁶ Idem; p. 65;

mutuamente (implicação) o que dá origem à estrutura normativa como momento de realização do Direito.”³⁰⁷

Eis aí a demonstração de que é imprescindível a presença e atuação do direito na vida social, sendo que ele surge até mesmo em razão da existência do coletivo. Ressalta-se que os três assuntos se complementam, e é substancial entender o enorme valor que possuem, pois nem tudo se resume a apenas um deles, como já exposto anteriormente:

“não se admite mais que a lei seja todo o Direito, nem que toda a realidade caiba na lei. Dessarte, procuram-se princípios que, atendendo às exigências múltiplas da vida concreta, ponham-se as constituições como ‘um sistema de direito vivo’. Por toda parte, por conseguinte, verifica-se o mesmo fenômeno que, com uma expressão feliz, foi chamado de socialização do Direito, fato este que se observa em todos os ramos do Direito, inclusive naqueles que, como o Direito Penal, mais sentem necessidade da certeza legal para a garantia das liberdades individuais.”.³⁰⁸

A partir da exposição do Autor, ao tratar do Direito Penal, aproveita-se para expor como o direito de família também está integralmente relacionado à teoria estudada. Conforme tratado nos capítulos anteriores, o direito em si ainda é muito estacionado quanto a esse seu ramo específico, de modo que, enquanto a lei prescreve uma realidade antiga, os fatos – e até mesmo valores – já estão muitos passos à frente. Novamente usa-se o divórcio como exemplo; enquanto casais já vivam divórcios de fato há muitos anos, apenas em 2010 surgiu a Emenda Constitucional 66 para prevê-lo expressamente.

Por tal razão, mostra-se como é importante que o direito brasileiro, em especial na seara familiar, se abra à aplicação da Teoria Tridimensional do Direito, e com a

³⁰⁷ Idem; p. 67;

³⁰⁸ REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. 5. São Paulo: Saraiva, 2003; p. 28;

devida temporalidade, a fim de que não existam lacunas ou desproteções aos que necessitam se socorrer das normas vigentes para ter uma sobrevivência digna.

Dia após dia a realidade social altera-se, de modo a, também e consequentemente, modificar a cultura de determinada sociedade, compelindo todo o sistema, inclusive jurídico, a adequar-se àquela nova situação. É o que também leciona o Autor:

“o Direito, como realidade tridimensional que é, apresenta um *subsctractum* sociológico, no qual se concretizam os valores de uma cultura, e ao mesmo tempo é norma que surge da necessidade de segurança na atualização desses valores, segundo os modelos obrigatórios de conduta”.³⁰⁹

Essa atualização não representa nada além da constante mudança inherente à natureza, inclusive humana. Logo, algo esperado. No entanto, é necessário que tudo caminhe conjuntamente, de forma integrada, para que se obtenham os melhores resultados, em todas as esferas, como também é reforçado por Reale: “em todo fato jurídico se verifica uma integração de elementos sociais em uma ordem normativa de valores, uma subordinação da atividade humana aos fins éticos da convivência”³¹⁰.

Destarte, não basta que fatos aconteçam, ou então que se promovam juízos de valor equivocadamente, muito menos descrevendo normas aleatórias para guiar todo o coletivo. Eis aí a beleza do direito, e toda a carga teórica que carrega para que seja efetivado da forma mais correta possível:

“a Ciência Jurídica é ciência do ser enquanto dever ser, é ciência que culmina em juízos de valor e se resolve em imperativos, mas depois da apreciação dos fatos sociais; não se passa diretamente do fato à

³⁰⁹ Idem; p. 29;

³¹⁰ Idem; p. 28;

norma. O fato e o valor são as condições, por assim dizer, naturais da regra de Direito.”³¹¹

É teratológico pensar numa sociedade em que, aleatoriamente, normas são impostas, sem se levar em consideração a cultura e as particularidades daqueles que se sujeitarão a tal ordenamento jurídico – inclusive porque este deve ser criado em razão e de acordo com aqueles. Isso se assemelharia aos regimes totalitários, que, por si só, já demonstram que não buscam o bem comum, muito pelo contrário.

Por tal razão é que existe toda uma construção normativa, de fato: “a norma não é algo que se possa conceber em si mesma e por si mesma, sem o conteúdo social, sem os valores que nela se concretizam e que por ela queremos ver realizados e garantidos.”³¹².

Entender, ou ao menos buscar entender o direito da forma como proposta por tantos autores, como o próprio Miguel Reale, a partir da ótica tridimensional, é uma maneira de garantir elasticidade ao direito, para que seja algo dinâmico:

“Em geral, os tridimensionalistas, quer aceitem ou não esta qualificação, têm-se limitado a afirmar o caráter fático-axiológico-normativo do direito, sem tirar desta colocação do problema todas as consequências nela implícitas e que, no meu modo de entender, são do mais alto alcance para a Ciência do Direito, não só para esclarecer e determinar melhor velhos problemas, como também para situar questões novas, reclamadas pelas conjunturas histórico-sociais de nosso tempo.”³¹³

Quer dizer, a Teoria Tridimensional é uma ferramenta hábil para captar, compreender, e solucionar os problemas e anseios passados e presentes da sociedade,

³¹¹ Idem; p. 30;

³¹² Idem; p. 30;

³¹³ REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. São Paulo: Saraiva, 1968; p. 69;

e, junto a isso, prepará-la juridicamente e de forma atualizadamente adequada para o futuro. Nesse sentido, reafirma: “A norma, representa para o Jurista uma integração de fatos segundo valores, ou, por outras palavras, é expressão de valores que vão se concretizando na condicionalidade dos fatos históricos-sociais”³¹⁴.

Os fatos mudam, os valores mudam, de modo que a sociedade muda; logo, as normas precisam mudar. E é curioso mostrar como o Autor não enxerga o passar do tempo e as mudanças como sendo algo sempre progressista: “A história não apresenta, muitas vezes, essa progressão de perfectibilidade, como se assinalasse sempre uma passagem do mais rústico para o mais polido”.³¹⁵ Ou seja, nem sempre se progredirá, mas, quanto mais se construir a sociedade com base no que prega a teoria tridimensional, maior as chances de isso acontecer, ao menos de acordo com os valores de certa sociedade.

Para concluir, Miguel Reale explica:

“Encontraremos sempre estes três elementos, onde quer que se encontre a experiência jurídica: - fato, valor e norma. Donde podemos concluir, dizendo que a palavra Direito pode ser apreciada, por abstração, em tríplice sentido, segundo três perspectivas dominantes: 1) o Direito como valor do justo, estudado pela Filosofia do Direito na parte denominada Deontologia Jurídica, ou, no plano empírico e pragmático, pela Política do Direito; 2) o Direito como norma ordenadora da conduta, objeto da Ciência do Direito ou Jurisprudência; e da Filosofia do Direito no plano epistemológico; 3) O Direito como fato social e histórico, objeto da História, da Sociologia e da Etnologia do Direito; e da Filosofia do Direito, na parte da Culturologia Jurídica”.³¹⁶

³¹⁴ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20. São Paulo: Saraiva, 2002; p. 490;

³¹⁵ Idem; p. 480;

³¹⁶ Idem; p. 490;

Enfim, por meio da Teoria Tridimensional do Direito, busca-se demonstrar que o direito, inclusive no aspecto familiar, não é estático, e precisa ser constantemente renovado, a partir dos reclames e necessidades sociais. A forma moderna como o Brasil e boa parte do mundo concebem o direito de família é a prova disso; de maneira a contemplar cada vez mais os direitos fundamentais dos indivíduos, as normas dia após dia representam o que há tempos muitos clamam para que seja sua realidade, de forma legal – ou seja, viver de acordo com aquilo que a realidade jurídica vigente a que se submete, admite e coloca como certo e esperado.

A lei é para todos, e não só aos operadores do direito cabe o papel de interpretá-la e buscar sua efetivação. O ideal é que todos possam buscar, participar e gozar da criação e fruição das normas que regerão a vida em sociedade, tudo conforme o momento histórico e valorativo que se vive naquele dado momento, na busca do bem comum de todos.

4.3. Do conflito e/ou sobreposição de valores inerentes ao ser humano

Até o presente momento, não restam dúvidas de que se deve garantir o máximo possível de efetividade aos direitos fundamentais dos indivíduos. Entretanto, um dos maiores problemas sociais e jurídicos, ainda mais numa sociedade plural, ocorre quando esses direitos conflitam, seja por questão de coexistência das normas que os resguardam (qual deve prevalecer) ou por razões de interpretação (como aplicar uma norma ao caso concreto).

É aí que o direito surge e se mostra necessário, pois não se pode deixar de resolver os problemas gerados, muito menos de garantir a devida proteção aos jurisdicionados. O ponto fulcral é saber como resolver esses conflitos, e quais os melhores instrumentos para tanto.

Evidente que essa solução somente ocorrerá a partir da análise do caso concreto, e que, para alcançar um resultado viável para todos (como melhor aplicar as regras jurídicas), o direito se socorrerá da interpretação das normas garantidoras dos

direitos pleiteados, ora conflitantes. Assim, esse item reservará seu foco à análise profunda desses instrumentos de solução dos conflitos.

De início, antes de adentrar em qualquer teoria, imprescindível trazer uma noção básica de Celso Bastos Ribeiro, acerca do que seja a interpretação em si: “entende-se a interpretação como a determinação do conteúdo exato de palavras, a imputação do significado à norma, sua explicitação em concreto, face a determinado caso. É a reconstrução do conteúdo da norma.”³¹⁷ Adiante, já concentrado na tutela da situação real, assevera que “a interpretação é sempre um pressuposto necessário para a aplicação da regra jurídica”³¹⁸.

Nota-se que, ao aplicador do direito, caberá a função de buscar o conteúdo almejado pelo legislador ao criar as normas conflitantes, até mesmo para que possa aplicar o direito cabível da melhor forma possível.

O presente assunto não é nada recente, ainda mais com o crescimento da democracia, e essa celeuma está presente nas mais diversas searas do direito, inclusive no direito de família, que a cada dia se mostra mais adepto à diversidade, assim como a própria sociedade. Nesse sentido, Eutálio Porto apresenta importante pontuação inicial:

“Muitas vezes a aplicação de uma lei pode gerar polêmica no próprio seio social e grupos diferentes a interpretam cada um à sua maneira, na medida em que numa sociedade democrática a divergência de opinião é um dos pilares que sustenta a liberdade e é pelo dissenso que a sociedade encontra o seu equilíbrio. Neste caso o órgão deverá buscar a melhor solução e a que mais se adequa ao Estado democrático de direito e ao espírito da Constituição. Em temas polêmicos que envolvem questões de alta complexidade, seja no

³¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002; p. 41;

³¹⁸ Idem; p. 42;

campo da ciência, da religião, da política, da economia, o Supremo Tribunal Federal tem instalado audiências públicas objetivando ouvir vários segmentos da sociedade que não estejam vinculados diretamente ao processo, objetivando ter uma visão mais abrangente da situação dando maior legitimidade ao processo decisório e privilegiando a pluralidade e a democracia.”³¹⁹

Para facilitar a visão da situação, se pode pensar num caso do próprio direito de família, como a união estável: de modo geral, quando ela era apenas uma luta social, e não um direito, aqueles que se mostravam contrários à sua regulamentação, valiam-se do argumento de que não era previsto em lei, e afrontava a principal base da família, que era o casamento; por sua vez, a corrente favorável apoiava-se na realidade social e no afeto, a fim de fazer com que aquilo fosse protegido pelo direito.

Obviamente, havia dezenas de argumentos prós e contras, mas, o que se pretende dizer é que a dicotomia/conflito era evidente, e, muitas das vezes, de forma legal e possível àquele momento. O que não podia deixar de existir, era a tutela dos casos concretos, em especial por se tratar de situações reais, que também é um assunto tratador pelo autor:

“Não cabe ao intérprete, dentro de uma sociedade democrática e pluralista, se orientar apenas por uma técnica a ser aplicada com o fito de chegar a uma solução plausível mediante argumentos baseados numa lógica normativa. Deve, sobretudo, conciliar seu ato diante de um senso comum, pautar sua interpretação levando em consideração a forma em que a realidade social se apresenta, dando a ela legitimidade não apenas formal, mas também social.”³²⁰

³¹⁹ PORTO, Eutálio. Interpretação Constitucional no Brasil. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017; p. 218;

³²⁰ Idem; p. 216;

Há tempos é inevitável que normas se conflitem em diversas situações do dia a dia social. Nessa esteira, Celso Bastos Ribeiro afirma que:

“O intérprete vai, invariavelmente, encontrar-se nessa circunstância, qual seja, a de que as normas acabam por apresentar um campo maior ou menor de aplicação em cada caso, mas sempre existirá a eleição ou a escolha entre as diversas normas passíveis de aplicação no caso concreto.”³²¹

Logo, haja vista que não há como seguir indiferente a tais problemas, inúmeros são os estudiosos que se dedicam à busca de uma solução, a partir de diversas teorias. Inocêncio Mártyres Coelho traz substancial lição introdutória, nesse sentido:

“Atualmente, a interpretação jurídica é concebida como um conjunto de métodos e de princípios, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas filosóficas, metodológicas, epistemológicas diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares, o que ressalta o caráter unitário dessa atividade e, ao mesmo tempo, aponta para a necessidade de, em cada caso, conjugarem-se os diversos cânones interpretativos, num jogo concertado de complementações e restrições recíprocas, tendo o valor justiça como seu referente fundamental.”³²²

Ou seja, não se trata de um único caminho a ser seguido, como numa ciência exata; é algo bem complexo, e que requer grande esforço dos juristas. Desde já, e antes mesmo de adentrar a qualquer minúcia, fundamental salientar a lição de Celso

³²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002; p. 43;

³²² COELHO, Inocêncio Mártyres. Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica – Fragmentos. 2. São Paulo: Saraiva, 2015; p. 178;

Bastos: “o princípio da unidade da Constituição significa que todo o Direito Constitucional deve ser interpretado evitando-se contradições entre suas normas”³²³.

Destarte, seja por qual caminho for, deve-se preservar a Constituição, até porque, como ele mesmo reforça:

“Só através da harmonização das diversas normas da ordem constitucional é que se poderá dar ao texto a mais ampla aplicação que ele exige (...) o postulado da harmonização impõe que a um princípio ou regra constitucional não se deva atribuir um significado tal que resulte ser contraditório com outros princípios ou regras pertencentes à Constituição. Também não se lhe deve atribuir significado tal que reste incoerente com os demais princípios ou regras. Além disso, a uma regra constitucional se deve atribuir um conteúdo de tal forma que esta regra resulte o mais coerente possível com as demais regras pertencentes ao sistema constitucional.”³²⁴.

Ainda, diz que: “à regra constitucional deverá ser atribuído um sentido pelo qual ela se torne o mais coerente possível com um princípio constitucional válido para a hipótese”³²⁵.

Conjuntamente a esses grandes estudiosos, destaca-se a doutrina de Luís Roberto Barroso, o qual, a partir de profundos estudos, inclusive com base no Direito Comparado, se dedicou a analisar o tema de forma ampla. De plano, aponta que esta realidade de dicotomia e conflitos faz parte do dia a dia do jurista, e que este possui papel fundamental para as soluções necessárias, ainda mais na atualidade:

³²³ BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002; p. 173;

³²⁴ Idem; p. 178;

³²⁵ Idem; p. 179;

“não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. No Direito contemporâneo, mudaram o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete.”³²⁶

Didaticamente, explica que não basta somente que se leiam enunciados para solucionar problemas, de modo que o direito exige interação com a realidade, para que então se possa chegar a uma norma ideal para solucionar conflitos:

“vem conquistando crescente adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo – que corresponde ao texto de um ou mais dispositivos –, sendo, na verdade, o produto da interação texto/realidade. Nessa visão, não existe norma em abstrato, mas somente norma concretizada (...)”

Nesse cenário, o problema deixa de ser apenas o conjunto de fatos sobre o qual irá incidir a norma, para se transformar no fornecedor de parte dos elementos que irão produzir o Direito. Em múltiplas situações, não será possível construir qualquer solução jurídica sem nela integrar o problema a ser resolvido e testar os sentidos e resultados possíveis. Esse modo de lidar com o Direito é mais típico dos países da tradição do *common law*, onde o raciocínio jurídico é estruturado a partir dos fatos, indutivamente, e não a partir da norma, dedutivamente.”³²⁷

³²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 8. São Paulo: SaraivaJur, 2019; p. 295

³²⁷ Idem; p. 295

Pelas linhas preliminares que apresenta, nota-se que, diante de uma situação que carece de solução jurídica, ainda mais quando há conflito, não basta existir, ler, ou aplicar normas. A melhor solução possível demanda muito mais que isso, e uma real participação daquele que se incumbirá de solucionar a problemática, inclusive com fatores extrajurídicos:

“a dogmática contemporânea já não aceita o modelo importado do positivismo científico de separação absoluta entre sujeito da interpretação e objeto a ser interpretado. O papel do intérprete não se reduz, invariavelmente, a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Em variadas situações, o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis (...) Ao longo do século XX, consolidou-se a convicção de que: a) o Direito é, frequentemente, não a expressão de uma justiça imanente, mas de interesses que se tornam dominantes em um dado momento e lugar; e b) em uma grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete, com recurso a elementos externos ao sistema normativo. Ele terá de legitimar suas decisões em valores morais e em fins políticos legítimos.”³²⁸

De pronto, o Autor conclui que o Direito vai muito além de um mero escrito legal, mas está fulcralmente ligado a tantas outras matérias, que claramente poderão oferecer subsídio para que seja efetivado idealmente. No próprio Direito de Família, que está estritamente ligado às emoções humanas, há que se buscar ainda mais esse apoio multidisciplinar:

³²⁸ Idem; p. 296 e 297;

“Para achar a resposta que a norma não fornece, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores –, da filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como economia, psicologia e sociologia. O pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais do que isso, que a justiça pode estar além dela.”³²⁹

Essa atividade, ao menos aparentemente completa, faz com que os entendimentos sociais se aproximem e solidifiquem cada vez mais, de maneira de que muitas ideias gerais começam a se alinhar. Resultado disso, como tratado anteriormente, é a elaboração de um sistema jurídico condizente com tais convicções. Desse modo então, facilita-se ainda mais a possibilidade de interpretação e soluções de problemas, com base no que a própria sociedade entende como correto:

“Ao longo do século XX assiste-se a uma progressiva publicização do Direito, com a proliferação de normas de ordem pública. Ao final do século XX, essa publicização do Direito resulta na centralidade da Constituição. Toda interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição, dos seus valores e dos seus princípios. Como consequência, reitera-se, toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional.”³³⁰

No Brasil, até mesmo uma nova Constituição Federal foi promulgada (1988), para se alinhar fielmente aos novos valores de uma sociedade cidadã e democrática. Muitas coisas mudaram das últimas décadas até hoje, e não havia como permitir que a sociedade se mantivesse dependente de uma Carta Magna autoritária. Dia após dia, deu-se voz e espaço à pluralidade, e até mesmo as formas de interpretar e aplicar o

³²⁹ Idem; p. 297

³³⁰ Idem; p. 297

direto sofreram alteração. O Autor, curiosamente, se vale do próprio direito de família para tratar disso:

“A nova interpretação constitucional surge para atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural. Ela não derrota a interpretação tradicional, mas vem para atender às necessidades deficientemente supridas pelas fórmulas clássicas. Tome-se como exemplo o conceito constitucional de família. Até a Constituição de 1988, havia uma única forma de se constituir família legítima, que era pelo casamento. A partir da nova Carta, três modalidades de família são expressamente previstas no texto constitucional: a família que resulta do casamento, a que advém das uniões estáveis e as famílias monoparentais. Contudo, por decisão do Supremo Tribunal Federal, passou a existir uma nova espécie de família: a que decorre das uniões homoafetivas. Veja-se, então, que onde havia unidade passou a existir uma pluralidade. A nova interpretação incorpora um conjunto de novas categorias, destinadas a lidar com as situações mais complexas e plurais referidas anteriormente. Dentre elas, a normatividade dos princípios (como dignidade da pessoa humana, solidariedade e segurança jurídica), as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica. Nesse novo ambiente, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete. A norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto. E o intérprete, que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se coparticipante do processo de criação do Direito.”³³¹

³³¹ Idem; p. 298

Didaticamente, o Autor arquiteta verdadeiro plano de solução para os novos conflitos e demandas sociais. Todos os conceitos e institutos citados por ele comportam uma enorme profundidade doutrinária, ainda mais num novo cenário de soluções, como ratifica:

“a nova interpretação precisou desenvolver, reavivar ou aprofundar categorias específicas de trabalho, que incluem a atribuição de sentido a conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.”³³²

Todos esses conceitos são deveras necessários, pois não há como lidar com esses problemas sociais a partir somente de uma mera técnica de solução, como já exposto acima:

“A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social ou calamidade pública, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma.”³³³

Logo, fica evidenciada a necessidade de ampliar as formas de aplicação do direito. Até porque, mesmo que o próprio ordenamento jurídico busque alinhar-se com a sociedade, ao menos pretensamente, não há como se garantir que problemas deixem de acontecer. Muitas vezes, pelo contrário, pois, quanto mais garantias, maior a oportunidade de conflitarem, concretamente:

“A existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida

³³² Idem; p. 299

³³³ Idem; p. 300

como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem.”³³⁴

Eis que então, o Autor inicia a apresentação de fatores que podem aparecer como instrumento de solução de conflitos, mesmo que diante de duas normas de igual valor, ao menos teórica e abstratamente:

“Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nesses casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto, a partir das balizas contidas nos elementos normativos em jogo. A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Esses são os casos difíceis, assim chamados por comportarem, em tese, mais de uma solução possível e razoável. Nesse cenário, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do bem ou direito que irá prevalecer em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade.”³³⁵

³³⁴ Idem; p. 300

³³⁵ Idem; p. 300

Nota-se que ponderação e razoabilidade se mostram como instrumentos valiosos para intermediar contendas sociais. Esta linha de raciocínio trazida pelo Autor se alinha à diversas outras, mundo afora.

Inúmeras são as causas de conflitos, bem como suas particularidades, de modo que os doutrinadores buscam ao máximo apresentar respostas para os embaraços que se apresentam ao direito. Citando Ana Paula de Barcellos, o Autor trata inclusive da interação que regras e princípios podem ter no desenvolvimento desse papel de busca da justiça nos casos concretos, até mesmo por eles próprios conflitarem, ocasionalmente:

“Modernamente, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto (...) regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam-se mediante subsunção; princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação”³³⁶

Nesse sentido, vale citar que o Autor coloca os próprios princípios como fundamento de decisões, mesmo que também sejam objeto de conflitos, e até mesmo como condicionante de interpretação/aplicação:

“Princípios constitucionais incidem sobre o mundo jurídico e sobre a realidade fática de diferentes maneiras. Por vezes, o princípio será fundamento direto de uma decisão. De outras vezes, sua incidência

³³⁶Idem; p. 305 e 306;

será indireta, condicionando a interpretação de determinada regra ou paralisando sua eficácia.”³³⁷

Importante, portanto, é saber que a interpretação das normas jurídicas deve ser exercida e direcionada ao máximo alcance da justiça, sempre de acordo com os valores e fins daquela sociedade que reclama atenção, mesmo que os conflitos partam de seus próprios membros integrantes:

“A eficácia interpretativa consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais. Funcionam eles, assim, como vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa.”³³⁸

Além de todas essas questões relevantíssimas, o Autor também levanta uma hipótese, que é a possibilidade de uma norma até então constitucional, ser considerada inconstitucional em determinado caso concreto, para sua melhor solução:

“O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das consequências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não aplicação da regra que o contravenha (...) uma norma pode ser constitucional em tese e inconstitucional em concreto, à vista das circunstâncias de fato sobre as quais deverá incidir.”³³⁹

Parece algo complexo, mas ocorre. Assim como os citados valores sociais incorporados no sistema jurídico vigente também se mostram como positivos, mas

³³⁷ Idem; p. 306

³³⁸ Idem; p. 307

³³⁹ Idem; p. 307

podem apresentar certo aspecto negativo, como ao ocasionarem conflitos. Na grande maioria dos casos, senão em todos, os conflitos entre os indivíduos sempre possuem algum fundamento constitucional, haja vista que a vida moderna está estritamente ligada ao pleno gozo de uma vida digna (fator base da Constituição Federal de 1988).

Para tanto, o Autor também elabora um estudo específico:

“A identificação e o equacionamento das colisões de normas constitucionais são relativamente recentes no Direito contemporâneo. A complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque. Os critérios tradicionais de solução dos conflitos entre normas infraconstitucionais não são próprios para esse tipo de situação, uma vez que tais antinomias não se colocam quer no plano da validade, quer no da vigência das proposições normativas. O entrechoque de normas constitucionais é de três tipos: a) colisão entre princípios constitucionais; b) colisão entre direitos fundamentais; c) colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais”³⁴⁰

Independentemente do tipo de colisão, é notório que toda essa problemática também revela um ponto positivo à democracia brasileira: “A recorrência de colisões dessa natureza apenas revela que os valores tutelados pela Constituição não são absolutos e devem coexistir.”³⁴¹. Ademais, vale salientar que os três tipos de colisão possuem particularidades em comum, as quais já indicam as formas de solucioná-las:

“Características comuns de todas as três modalidades de colisões expostas e exemplificadas acima são (i) a insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos para resolvê-los, (ii) a inadequação do método subsuntivo para formulação da norma

³⁴⁰ Idem; p. 315

³⁴¹ Idem; p. 316;

concreta que irá decidir a controvérsia e (iii) a necessidade de ponderação para encontrar o resultado constitucionalmente adequado.”³⁴²

Com efeito, o direito depara-se diariamente com conflitos, e muitas das vezes com conflitos de difícil solução, como quando ocorre algum dos três tipos citados acima, em que já se está diante de normas constitucionais. Para explicar o primeiro tipo de colisão, o Autor corrobora a ideia de que se deve resolver a situação com base no caso concreto:

“A colisão entre princípios constitucionais decorre, como assinalado acima, do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição (...) não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”³⁴³

Já no que tange à colisão entre direitos fundamentais, o Autor também explica como resolver a situação conflituosa:

“direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está sujeito a limites; e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação.”³⁴⁴

Independentemente do tipo de colisão, é substancial observar que o tradicional método da subsunção não é suficiente para garantir a aplicação do direito:

³⁴² Idem; p. 318

³⁴³ Idem; p. 315;

³⁴⁴ Idem; p. 318;

“Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos –, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto. Como já assinalado, esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais. De fato, nessas hipóteses, mais de uma norma postula aplicação sobre os mesmos fatos. Vale dizer: há várias premissas maiores e apenas uma premissa menor.”³⁴⁵

Em razão disso, o Autor explica, até mesmo de forma analogicamente didática, que o próprio direito se viu diante de um quadro de difícil solução, que contou inclusive com a ponderação, para resolver casos difíceis:

“Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão. O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna. O relato acima expressa, de maneira figurativa, o que se convencionou denominar ponderação. Em suma, consiste ela em uma técnica de

³⁴⁵ Idem; p. 319;

decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente.”³⁴⁶

A fim de exaurir qualquer dúvida a respeito da forma como a ponderação deverá ser utilizada, o Autor descreve verdadeiro quadro sinótico a respeito das etapas de sua aplicação, de forma trifásica:

“De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, descritas a seguir. Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. (...) neste estágio, os diversos fundamentos normativos – isto é, as diversas premissas maiores pertinentes – são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo. Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. (...) É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção (...) nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quanto intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve

³⁴⁶ Idem; p. 319

ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.”³⁴⁷

Apesar de agora a ponderação estar parecendo um bálsamo a resolver o problema do direito de uma vez por todas, ainda assim não é o fim. É substancial lembrar que todas essas fases serão realizadas por um intérprete, o qual também é um ser humano, portanto, dotado de subjetividade, o que influirá no resultado da solução do caso concreto, conforme lembra Celso Bastos “o intérprete nunca será absolutamente neutro (...) o Direito é essencialmente voluntarista, vale dizer, necessita da vontade do intérprete.”³⁴⁸. Barroso também segue suas explicações:

“Da exposição apresentada extrai-se que a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica. É certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas acima – identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão – envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências”³⁴⁹

Entretanto, novamente o Autor aponta caminhos para que essa subjetividade não seja algo negativo para a solução dos conflitos. Para tanto, previu três situações que devem ser levadas em consideração pelo intérprete, na hora de apresentar a solução de algum caso difícil, mesmo com sua carga subjetiva estando inevitavelmente presente:

³⁴⁷ Idem; p. 321

³⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002; p. 47

³⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 8. São Paulo: SaraivaJur, 2019; p. 321;

“É bem de ver, no entanto, que a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita. No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções ad hoc, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto. Para evitar ou minimizar o risco identificado acima, a doutrina tem se empenhado em desenvolver alguns elementos de segurança, alguns vetores interpretativos. De fato, para que as decisões produzidas mediante ponderação tenham legitimidade e racionalidade, deve o intérprete: a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte seja do legislador; b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas; c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos”³⁵⁰

Percebe-se que, ao mesmo tempo em que há inegável subjetividade a influenciar o caso concreto, outros fatores também socorrem o direito e o intérprete. Além das soluções acima, os próprios princípios da razoabilidade e proporcionalidade mostram-se fundamentais nessa hora, posto que servem de braço direito à ponderação:

“A ponderação, como estabelecido acima, socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Idealmente, o intérprete deverá fazer concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um

³⁵⁰ Idem; p. 322

deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer escolhas, determinando, in concreto, o princípio ou direito que irá prevalecer.”³⁵¹

Em que pese a cada vez mais aprimorada e apurada técnica de solução de conflitos, ela sempre possui algo a mais para lapidar. Mesmo que o intérprete siga todos os passos acima recomendados, não será suficiente, pois ainda estará sujeito a erros, principalmente porque o efetivo desenvolvimento de tudo o que fora dito, requer algo muito importante, que é justamente a explicação dos porquês. Daí então que o Autor valoriza o instituto da argumentação jurídica:

“Naturalmente, nas hipóteses em que a solução produzida não decorre de uma lógica subsuntiva, o ônus argumentativo se potencializa, devendo o intérprete demonstrar, analiticamente, a construção do seu raciocínio. Daí a necessidade de se resgatar a argumentação jurídica (...) Valorações morais e políticas precisarão integrar o itinerário lógico da produção da decisão. Este é o ambiente típico da argumentação jurídica.”³⁵²

Nota-se que, na verdade, a argumentação nada mais é do que uma outra ferramenta a auxiliar e garantir maior segurança à solução do conflito em concreto. Mas, como se poderia esperar, ela também possui suas particularidades:

“considerados os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos, pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas. A principal questão formulada pela chamada teoria da argumentação pode ser facilmente visualizada nesse ambiente: se há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese, qual delas é a correta? Ou, ainda que não se possa falar de uma decisão correta,

³⁵¹ Idem; p. 323;

³⁵² Idem; p. 323 e 324;

qual (ou quais) delas é(são) capaz(es) de apresentar uma fundamentação racional consistente? Como verificar se determinado argumento é melhor do que outro?”³⁵³

E para que essas particularidades e questionamentos sejam resolvidos, também há métodos para tanto, tudo isso em fiel observância aos preceitos e valores constitucionalmente previstos e garantidos:

“Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que lhe deem sustentação. O intérprete deve respeito às normas jurídicas (...)

Em segundo lugar, a argumentação jurídica deve preservar a integridade do sistema. Isso significa que o intérprete deve ter compromisso com a unidade, com a continuidade e com a coerência da ordem jurídica. (...) Em terceiro lugar, o intérprete constitucional não pode perder-se no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das consequências práticas de sua atuação. Sua atividade envolverá um equilíbrio entre a prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (consequencialismo). Por certo, juízes e tribunais não podem lançar mão de uma argumentação inspirada exclusivamente pelas consequências práticas de suas decisões. Pelo contrário, devem ser fiéis, acima de tudo, aos valores e princípios constitucionais que lhes cabe concretizar.”³⁵⁴

Enfim, após tantas reflexões, proposições, metodologias e soluções, o Autor encerra seu estudo sobre o tema, com um pensamento que, apesar de tanto conhecimento e sabedoria transmitidos, é real:

³⁵³ Idem; p. 326;

³⁵⁴ Idem; p. 326 e 327;

“No ambiente da colisão, da ponderação e da argumentação, frequentemente não será possível falar em resposta correta para os problemas jurídicos postos, mas sim em soluções argumentativamente racionais e plausíveis. O domínio da colisão dos direitos fundamentais, da ponderação e da construção argumentativa da norma concreta não é feito de verdades plenas ou de certezas absolutas. Ele é influenciado não apenas pela maior ou menor complexidade das normas e dos fatos envolvidos, como também pela pré-compreensão do intérprete e pelos valores morais e políticos da sociedade. O que se pode dizer é que a argumentação desenvolvida é dotada de lógica e racionalidade suficientes para disputar a adesão do auditório, isto é, da comunidade jurídica e da sociedade em geral. Esse é o mínimo e o máximo que se pode pretender na busca da solução constitucionalmente adequada para os casos difíceis.”³⁵⁵

Ou seja, a melhor resposta extraída das lições do Autor é a de que, de fato, o direito não é uma ciência exata, de modo que não há uma única resposta. O que há é a melhor forma possível de construir e apresentar uma solução justa àquele caso concreto.

A doutrina de Barroso não é única nesse sentido, de forma que é importante acrescentar os ensinamentos de Robert Alexy. Extremamente cuidadoso com as peculiaridades pertinentes às regras e princípios, o Autor leciona:

“Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida (...) As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e,

³⁵⁵ Idem; p. 330 e 333;

de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso tem precedência.”³⁵⁶

Segue explicando que “a questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder”³⁵⁷. Acrescenta ainda que: “Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio que sustenta a regra.”³⁵⁸.

Claramente são trazidas mais reflexões passíveis de utilização quando for necessária a solução de conflitos entre regras e/ou princípios. Alexy também fala que essa colisão gera uma “relação de tensão”, a qual:

“não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta, de modo que o ‘conflito’ deve ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.”³⁵⁹

Para melhor ilustrar sua posição, o autor explica que: “as colisões de direitos fundamentais devem, segundo a teoria dos princípios, segundo a teoria dos princípios,

³⁵⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais; 2ª ed.; São Paulo: Melhoramentos, 2015; p. 92, 93 e 94;

³⁵⁷ Idem; p. 97;

³⁵⁸ Idem; p. 105;

³⁵⁹ Idem; p. 95;

ser designadas como colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação”.³⁶⁰ E complementa:

“segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação no sentido restrito e verdadeiro.”³⁶¹

Mesmo diante das soluções que apresenta aos casos concretos, o Autor também reflete acerca das consequências geradas a partir do momento em que se inicia um processo de solução de conflitos, até sua efetiva finalização:

“O conceito de restrição a um direito parece familiar e não problemático. Que direitos tenham restrições e que possam ser restringidos parece ser uma idéia natural, quase trivial (...) o problema parece não estar no conceito de restrição a um direito fundamental, mas exclusivamente na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações.”³⁶²

Para explicar a situação, o Autor aprofunda-se na questão, desde sua parte elementar, analisando o direito e suas restrições, ou limitações, e a relação que diretamente possuem com os conflitos jurídicos, afinal, sempre que há conflito, esses fatores estarão presentes. É fundamental pensar a respeito desses fatores também:

“O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição -, entre as quais há uma relação de

³⁶⁰ ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; p. 64;

³⁶¹ Idem; p. 68

³⁶² Idem; p. 276;

tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restrinido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restrinido. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de teoria externa. Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restrinidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos. Um cenário completamente diferente é a base de sustentação da teoria interna. Segundo ela, não há duas coisas – o direito e sua restrição -, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em ‘restrições’ no lugar de ‘limites’, então, se fala em ‘restrições imanentes’.”³⁶³

Assim, pode-se até mesmo entender a relação que o direito tem com restrições/limitações, o que é substancial, pois, sempre que há conflitos, direta ou indiretamente haverá algum tipo de restrição/limitação.

Após exaustiva análise do tema “resolução de conflitos de direitos”, e todas as peculiaridades que possui, resta evidente que o direito em si, bem como o direito de família, nem sempre é dotado de fáceis soluções. Inúmeros são os conflitos enfrentados no dia a dia da família brasileira, como citado até mesmo com exemplos, e

³⁶³ Idem; p. 277 e 278;

o direito não pode se calar ou omitir diante da necessidade de tutelar essas situações; logo, essencial que também sejam fornecidos inúmeros instrumentos de solução.

Portanto, justamente foram expostas várias ideias para resolver esses conflitos, sendo as aqui apresentadas as que mais se mostram como cabível para a realidade atual, social e jurídica, do Brasil. Objetivamente, a técnica que fora especificamente defendida é a da ponderação, com o uso de várias ideias para concretizá-la.

Dessa forma, mesmo que conflitante, o direito de família e a família em si, sempre serão objeto de tutela estatal. A família é algo muito subjetivo, que carrega consigo inúmeras tradições, mas, ao mesmo tempo, reclama inovações, e que, inevitavelmente, ainda será objeto de muita divergência. O ponto positivo é que a doutrina magistralmente encarregou-se de fornecer soluções aos juristas para que possam resolver os problemas que lhes são e serão apresentados.

4.4. A autonomia da vontade como fundamento evolutivo do “núcleo da sociedade”

É fato que a família muda a cada dia, de maneira que, ao direito e à sociedade, basta apenas acompanhar e acolher tais situações, até por serem realidade, e não invenção teórica. Todo acontecimento tem razões de ser, e com a família não é diferente.

Como defendido desde o início, acredita-se que a autonomia da vontade foi e é a mola propulsora das mudanças nas relações familiares, e, consequentemente, do direito de família.

De início, é importante ressaltar que essas mudanças acontecem no decorrer da vida humana, sendo imprescindível que seja dada tutela ao que se apresenta como novo no então cenário atual, como bem adverte Giselda Hironaka:

“Não se trata, advirta-se desde logo, de apenas uma nova moda por meio da qual se inventa como se lançar o olhar por sobre os mesmos

fenômenos, ou instituições, ou situações de antes. Mas trata-se, diferentemente, de atender à urgência - que resulta da prática da vida dos homens modificada pelos novos ares - de se construir um perfil distinto de análise e apreciação das consequências que o estar-no-mundo faz acontecer. Mudam os homens. Mudam seus agrupamentos sociais. Mudam as instituições. Mudam os institutos jurídicos. Muda a família. Mudam as relações familiais, não para serem outras, mas para desempenharem novos e distintos papéis.”³⁶⁴

Tal apontamento inicial é substancial, antes mesmo de tratar da autonomia da vontade no campo central das alterações, pois muitos são os que criticam as visíveis mudanças na família.

Há quem não as reconheça, ou até mesmo lute pela negativa de amparo estatal e social, mesmo quando já são inegáveis fatos sociais. No entanto, como destacado pela autora, é fundamental que se dê urgência no cuidado com essas situações, até porque as novas realidades se fazem presentes. Nesse sentido, também explica que:

“No enquadramento da família atual, uma gama maior de modelos se apresentam, assumindo ela um desenho plural, aberto, multifacetário e globalizado, servindo como locus privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana, no dizer de Cristiano Chaves Farias. Ele encaminha suas conclusões para dizer que o atual ambiente da pós-modernidade é o ambiente ideal para a realização espiritual e física do ser humano, ou seja, somente se justifica a proteção da família para que se efetive a tutela da própria pessoa humana. E, por conseguinte, a família servindo como instrumento para a realização plena da pessoa humana e não mais

³⁶⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; v. 101; jan./dez. 2006; p. 155 e 156;

vislumbrada como simples instituição jurídica e social, voltada para fins patrimoniais e reprodutivos.”³⁶⁵

Tutela e realização plena da pessoa humana, física e espiritualmente; é justamente sobre isso que este capítulo busca falar, afinal, a garantia da autonomia da vontade pessoal repercute diretamente na efetiva garantia desses elementos.

Tal situação se assemelha muito ao famigerado e atualmente tão citado *direito à felicidade* (inúmeros julgados paradigmáticos nesse sentido, como este próprio trabalho aponta). A realização de cada pessoa compete apenas a si própria, pois é direcionada à sua plenitude de vida, e não cabe ao direito e nem a ninguém obstar esse fato, como bem aponta Stephan Kirste, inspirado por Kant³⁶⁶:

“É permitido ao Direito obrigar o ser humano a ser feliz contra sua própria vontade ou autorizar algum tipo semelhante de obrigação? A resposta esclarecida, liberal a esta pergunta é: ‘não’. Disso segue-se logicamente, também, que não nos é permitido impedir o outro de que siga voluntariamente em direção à sua infelicidade. Porque a ‘felicidade’ pode consistir na ausência de infelicidade.”³⁶⁷

Quem, há milhares de anos já tratava desse assunto, era Aristóteles:

“A felicidade é então o bem supremo, o que há de mais esplendoroso e o que dá um prazer extremo; estas qualidades não podem ser dissociadas, tal como as encontramos no epígrama de Delos: O mais

³⁶⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; v. 101; jan./dez. 2006; p. 163;

³⁶⁶ Em sua obra, o autor cita Immanuel Kant: “Ninguém pode me obrigar a ser feliz à sua maneira (como ele pensa o bem-estar de outro ser humano), entretanto, a qualquer um é permitido buscar sua felicidade, a que melhor lhe pareça, desde que ele não prejudique a liberdade dos outros, os quais persigam um objetivo semelhante, e que possa existir em conjunto com a liberdade de qualquer indivíduo em uma possível lei geral.” Kant, *Gemeinspruch*, p. 145;

³⁶⁷ KIRSTE, Stephan. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14; p. 73;

nobre é a justiça e o mais desejável a saúde; mas o que de mais doce há é encontrar o que se ama.”³⁶⁸

Questiona-se: há algo mais amável do que ser e viver o que se é e como se deseja? Ou seja, que amar a si próprio. Acredita-se que não, até porque esse é o ponto de partida para qualquer outra busca/satisfação humana. Trata-se da simples compreensão de permitir e respeitar que cada um realize sua existência da forma como deseja, o que também é trabalhado pelo autor: “Deliciar-se é um dos fenômenos da alma humana. Cada um tem gosto no conteúdo específico da sua predileção. Por exemplo, os cavalos para quem gosta de cavalos, as paisagens para quem gosta de as ver.”³⁶⁹

Parece algo tão fácil, mas que é intensamente dificultado na maioria das composições sociais existentes. Entre seres que nascem elementarmente distintos, é evidente que a pluralidade esteja presente e seja constante, e que, por óbvio, as sociedades sejam reflexo dessa situação. A única saída saudável para tal fator, é tutelar a autonomia individual, obviamente dentro dos limites razoáveis, como bem pontua Luís Roberto Barroso, em seu voto no RE 845.779 (STF): “Há um limite à autonomia de todas as pessoas: o dever de respeitar o espaço legítimo de liberdade e os direitos fundamentais das outras pessoas, a partir de um juízo de ponderação e proporcionalidade.”.

Pois bem. É inegável que as sociedades estão em constante evolução pluralista, e que cada momento da história retrata uma forma específica como cada qual viveu ou vive. Ao tratar da autonomia existencial, que se integra e complementa ao entendimento da autonomia da vontade e privada, Ana Carolina Brochado Teixeira analisou a questão profundamente:

“A Constituição Federal de 1988 adotou o pluralismo como um de seus fundamentos, o que implica a aceitação, pelo texto

³⁶⁸ ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 2. São Paulo: Forense, 2017; p. 29;

³⁶⁹ ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 2. São Paulo: Forense, 2017; p. 27;

constitucional, de uma multiplicidade das visões de mundo, que acarretam a possibilidade de cada pessoa construir uma concepção própria do que seja bom para si.”³⁷⁰

Com o aceite da pluralidade, reforça-se a ideia de que é cada pessoa quem pode decidir sobre o que considera melhor para sua vida. O direito teve que passar a enxergar e respeitar a pessoa, até mesmo para que os preceitos constitucionais fossem cumpridos. Isso refletiu diretamente na possibilidade de cada qual progredir a cada dia, inclusive dentro do núcleo da sociedade, que é a família:

“Todos, independentemente de seus projetos, têm igual valor para o direito, pois o que mudou foi que o indivíduo passou a ter importância pelo simples fato de ser pessoa, que pode elaborar seus projetos e viver segundo as próprias concepções, com as próprias singularidades. Por isso, cada um possui, igualmente, direito de interpretar o que, para si, venha a ser liberdade, bem como suas manifestações e projeções em sua própria vida. Afinal, essa condição de liberdade para simplesmente ser é fundamental para que a pessoa possa viver de forma digna, cada uma sendo respeitada em sua identidade de forma integral, com condições essenciais para a concretização de um dos objetivos da República, que é a realização da dignidade. Podemos afirmar, então, que está implícito no âmbito de incidência do princípio da dignidade humana o respeito integral pela pessoa, pela sua identidade e pela forma como esta se projeta no mundo. Isso significa a possibilidade de, no âmbito relacional, cada um construir a si mesmo, inserido que está em um processo, no qual se constrói e interfere na construção ‘do outro’, como forma de efetivação da alteridade; trata-se da construção da pessoalidade, razão pela qual, o pluralismo é essencial para a própria democracia, pois respeita a individualidade, a diversidade cultural, étnica,

³⁷⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. Revista Brasileira de Direito Civil. Belo Horizonte, v. 16; p. 76;

nacional etc. Respeita a pessoa em seu ser e em seu vir a ser. O respeito à pluralidade é inerente à democracia, que também impõe o reconhecimento recíproco de iguais direitos a espaços individuais de se manifestar, de edificação da pessoalidade.”³⁷¹

A própria sociedade começou a compreender e valorar o fato de que a individualidade é algo precioso, e que expressa o verdadeiro sentido de cada existência, de maneira que, se alguém pode se manifestar de acordo com suas vontades pessoais, inclusive em consonância e com apoio daqueles que mais lhe são próximos (família), o progresso será inevitável.

Mais uma vez nota-se da importância que a liberdade de agir tem para a efetivação da dignidade e da autonomia, seja em qual aspecto for (da vontade, privada, existencial, etc.):

“pode-se afirmar que, não obstante a dignidade seja conformada por vários valores, seu principal pilar é a liberdade. Daí a importância da efetivação dos direitos fundamentais no contexto normativo, pois eles possibilitam a desconfiguração do sujeito de direitos abstrato, para considerar o ser humano concreto, com todas as suas vicissitudes e vulnerabilidades, ou seja, para que cada um possa expressar, em toda sua potência, a própria individualidade. Continuar apegado apenas à antiga concepção do sujeito de direitos é conduta que não coaduna com a realização da dignidade da pessoa humana, pois significa considerar que todos são iguais, materialmente falando. É como se todos formassem uma ‘massa de seres humanos’ programada pelo Estado para o mesmo fim, com os mesmos objetivos de vida, com valores semelhantes.”³⁷²

³⁷¹ Idem; p. 77 e 78;

³⁷² Idem; p. 78;

É nítido o quanto os tempos contemporâneos têm valorizado a individualidade humana. Num rápido exercício de reflexão ao passado, pode-se resgatar diversos acontecimentos que antes impediam o gozo da individualidade, e que, conforme enfraqueceram, automaticamente fortaleceram tal gozo. Giselda Hironaka aborda essa questão:

“As posturas ilegítimas que foram condenadas pelo moralismo sexual do anterior século como, por exemplo, o excesso de relações e passatempos amorosos, a prática sexual depois dos 50 ou 60 anos, a felação, a masturbação (mormente a recíproca), o direito ao orgasmo, a opção pelo amor livre e a prática homossexual (entre outras formas de afetividade), foram paulatinamente perdendo o grande peso pecaminoso e imoral, libertando as pessoas, não para o acesso livre e indiscriminado do prazer, mas para escolherem suas preferências e procurarem, sem essas amarras externas (e cruéis no mais das vezes), realizar os seus projetos pessoais de felicidade.”³⁷³

Se a família é o núcleo da sociedade, a pessoa é o núcleo da existência humana, posto que, sem se garantir que ela exista (de forma digna), sua existência se resume a nada. Deve-se permitir a busca da felicidade. Não há mais tempo para olhar ao ser humano como uma mera espécie reprodutiva, desprovida de personalidade. A pessoa tem um valor inestimável, e é preciso garantir liberdade para sua verdadeira vivência da existência individual:

“afirmar que a pessoa humana ocupa posição de centralidade no ordenamento significa que o direito fez uma opção para que esta se realize de acordo com seu projeto de vida, com os valores que elegeu mais relevantes para a condução da sua vida.”³⁷⁴

³⁷³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; v. 101; jan./dez. 2006; p. 160 e 161;

³⁷⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. Revista Brasileira de Direito Civil. Belo Horizonte, v. 16; p. 79;

Apesar da importância dessas garantias, lembra-se que, como já trabalhado anteriormente, essa existência não deve ser livre, até mesmo para que o direito exerce verdadeiramente seu papel social, que é limitar as situações que podem gerar determinados descontrole ou injustiça.

Celso Bastos Ribeiro introduz bem esse pensamento: “O direito existe para regular a vida em sociedade e esta, por sua vez, mostra-se extremamente rica em suas particularidades.”³⁷⁵ São justamente essas particularidades, que afastam uma linearidade social, que exigem a responsabilidade individual no exercício de direitos, conforme afirma Ana Brochado:

“É claro que, para o exercício de direitos de liberdade, deve haver a correlata responsabilidade, pois autonomia e responsabilidade são conceitos complementares (...) o diálogo deve ser estabelecido entre dignidade, autonomia e responsabilidade. É nessa trilogia que será possível uma efetiva possibilidade de cada pessoa construir, de forma livre, a própria personalidade, desenvolvê-la em todas as suas potencialidades, pois na base de toda e qualquer relação humana deve estar sempre presente o respeito à dignidade.”³⁷⁶.

Ou seja, fica cada vez mais límpida a ideia de que existir livremente, implica em garantir os direitos básicos de cada pessoa, ocasionando a certeza de que todos podem viver com dignidade, e então levar essa plenitude para todas as esferas existenciais, como a própria família. Com o devido equilíbrio que o coletivo exige, todos poderão desenvolver suas potencialidades de forma adequada:

“concretizar a dignidade é atribuir a cada pessoa a ampla liberdade para que ela construa a própria vida, realize suas necessidades, faça

³⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002; p. 157;

³⁷⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. Revista Brasileira de Direito Civil. Belo Horizonte, v. 16; p. 79 e 81;

suas escolhas e ‘adone-se’ de sua existência, dirigindo-a da forma como entender que lhe traga maior realização, pois as concepções de cada um devem ser consideradas, uma vez que todos os valores são possíveis no Estado Democrático de Direito, que, como visto, tem o pluralismo como um dos pilares fundamentais.”³⁷⁷

Existir livremente significa garantir o exercício da vontade, que se refere à existência, puramente dita, e também aos atos decorrentes dela própria, como aqueles necessários à sobrevivência, como os patrimoniais: “A vontade gera fatos jurídicos, cujos efeitos, atualmente, ocorrem tanto na órbita existencial quanto na patrimonial.”³⁷⁸.

Seja onde ou como for, o importante é sempre observar que a pessoa humana estará no centro da situação, devendo ser respeitada. Foi, é e será assim que as pessoas e as famílias efetivamente mudarão: “em toda situação jurídica, a interpretação adequada é aquela que prima pela realização da pessoa humana e de sua personalidade, pela sua emancipação, pela sua liberdade.”³⁷⁹. Ou seja, a autonomia da vontade de cada indivíduo sendo valorizada e cumprida, assegura-se a realização humana.

Prova disso, até mesmo no mundo das leis, é a recente promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Ele foi uma forma de reconhecer e garantir, legal e formalmente, a autonomia da vontade e autonomia privada às pessoas que muitas vezes eram literalmente capazes, mas discriminadas indevidamente. Primeiro porque reconhece a pessoa humana, não a discriminando por alguma situação específica. Segundo, porque confere autonomia para que de fato essa pessoa viva segundo sua vontade, e não seja um eterno dependente, que nunca teve voz.

³⁷⁷ Idem; p. 80 e 81;

³⁷⁸ Idem; p. 84;

³⁷⁹ Idem; p. 87;

A base de tudo isso foi a garantia da dignidade da pessoa humana. A autonomia da vontade está clara naquela lei (também há uma Convenção Internacional – Decreto nº 6.949/2009), pelo simples fato de assegurar que as pessoas possam existir e viver da forma como desejam. Até mesmo a própria lei traz a ressalva de interferência (mínima) na vida privada, mas quando necessário, que é com a possibilidade da “tomada de decisão apoiada”, em que o deficiente apenas solicita ajuda a terceiros, para que se possa resolver uma situação com a qual não se está totalmente apto para solucionar. Ou seja, é uma intervenção positiva, desejada e não destruidora dos poderes da pessoa com deficiência, mas apenas fortalecedora de sua existência da melhor forma possível.

Não é possível que se admita uma existência plena, enquanto dependente de outra – ressalvados casos verdadeiramente excepcionais, seja por interferir na vida alheia, ou por uma comprovada incapacidade absoluta, no exemplo das pessoas com deficiência:

“a subjetividade do agente deve ser valorizada o quanto for possível, que se torna uma condição material imprescindível para a validade da manifestação de vontade em situações jurídicas existenciais, pois demonstra independência da vontade, sem atuação de forças externas ou vícios de consentimento.”³⁸⁰

A subjetividade de cada um é algo personalíssimo. Como é que se pode olhar para outrem e obrigar-lo a fazer x, mesmo que ele queira y? Se a pessoa possui plenas condições mentais para tanto, não há o que se discutir. Essa analogia com às pessoas com deficiência deixa claro o porquê de a autonomia de a vontade ser decisiva e propulsora nas alterações familiares há tanto tempo. Deve-se ouvir e valorizar cada qual e seus desejos, sem interferência externa:

“é necessário que o direito fundamental à liberdade seja exercido da forma mais genuína possível, sem atitudes paternalistas da família,

³⁸⁰ Idem; p. 92;

do governo ou de qualquer outra entidade intermediária (...) No âmbito dos direitos fundamentais, pode a pessoa agir de acordo com o que entende ser melhor para si, principalmente no que tange às decisões referentes a si mesma, ao seu corpo, à sua individualidade, desde que sua ação seja responsável, que tenha plenas informações sobre os efeitos dos seus atos (...) decisões de foro íntimo, de repercussão apenas na esfera pessoal, não podem ser tomadas de antemão por um terceiro, mesmo que seja o legislador, uma vez que a Constituição Federal qualificou como direitos fundamentais liberdade (art. 5º, caput), intimidade e privacidade (art. 5º, X) (...) a autonomia se constrói por meio da privacidade.”³⁸¹

A Autora traz importante visão, em sentido amplo, acerca da autonomia, o que é muito proveitoso, pois mostra preocupação muito mais com a essência da questão em si, do que com a extensa discussão sobre o que seja correto: “Autonomia, como vimos, consiste no autogoverno, em manifestação da subjetividade, em elaborar as leis que guiarão a sua vida e que coexistirão com as normas externas ditadas pelo Estado.”³⁸².

Novamente nota-se o autogoverno (não absoluto) como forma de garantia de direitos fundamentais, ocasionando mudanças em toda a sociedade, desde seus primeiros núcleos, como a família. A vida privada é tão importante que hoje é normatizada como cláusula pétrea pela Constituição Federal Brasileira. Nesse sentido, influenciada por Daniel Sarmento, a Autora aponta que:

“operou-se uma blindagem aos espaços existenciais de maior intimidade da pessoa humana que não estão sujeitos à invasão do legislador infraconstitucional, de qualquer decisão do Poder Judiciário, de ordem do Poder Executivo ou de ato de particulares. A vida privada existencial encontra-se protegida, portanto, de

³⁸¹ Idem; p. 95, 96 e 97;

³⁸² Idem; p. 95;

interferências externas, pois é necessário que cada um desenvolva sua personalidade de forma livre e participe da sua comunidade de forma autônoma.”³⁸³

Felizmente, nem mesmo o poder do Estado está decisivamente acima da pessoa, que precisa desenvolver-se autonomamente. Os Poderes da República não são absolutos, como outrora. Atualmente, a pessoa tem valor. Foi, é e será um processo demorado para que se torne pleno – se é que um dia será -, no entanto, claramente se percebe que ocorre cada vez mais. Nesse raciocínio, citando Maria Celina Bodin de Moraes, a Autora lembra que:

“A evolução das sociedades tem mostrado que ‘o Estado não é o melhor juiz e que não pode haver substituto para a consciência individual, sob pena de desresponsabilizar-se e infantilizar-se os indivíduos, reduzindo-se, na mesma proporção, o nível de liberdade da sociedade’. Agir de modo contrário seria fortalecer o paternalismo, o que estaria na contramão das tendências modernas, por contrariar as noções de dignidade e liberdade, pois o homem só se faz digno enquanto ser livre, dotado de discernimento e de possibilidade de escolha, franqueado para ser ele mesmo, para construir e exercer sua personalidade. Porque o ser humano só se faz digno se tratado com igualdade pela sociedade e por seus pares, ou seja, sem discriminação por suas escolhas, sejam elas quais forem, sendo-lhe resguardado o direito de ser diferente; a pessoa só constrói sua autonomia na interação com o outro, na troca de experiências, no processo dialético do seu amadurecimento e aprendizado de vida, pois, afinal, são nesses espaços de intersubjetividade que ela edifica sua personalidade. Assim entende o legislador constituinte”³⁸⁴

³⁸³ Idem; p. 98;

³⁸⁴ Idem; p. 98 e 99;

Tolher a liberdade e os direitos do indivíduo é tolher a liberdade e os direitos da sociedade. Logo, se um não se desenvolve dignamente, o outro certamente seguirá o mesmo rumo. É de substancial compreensão os ensinamentos passados acima, pois espelham a verdadeira democracia e seus benefícios. Diversidade, pluralidade, interação, participação, individualidade, liberdade; esses e tantos outros fatores que, se garantidos, não conduzem a outro caminho senão o do progresso e bem comum. Não há mais espaço para que a verticalidade de poder seja imposta ao povo:

“em situações subjetivas existenciais, não é possível que o legislador ou um terceiro condicione as formas do viver, por não saber, de maneira apriorística, quais são as necessidades individuais, cabendo apenas a cada um a construção e a vivência da própria ideia de autonomia existencial.”³⁸⁵

É surreal conferir a um terceiro o poder de decidir pela vida de outrem. Todos têm o direito de escolher a vida que desejam levar, submetendo-se apenas ao que interfere na esfera alheia, mas, até aí, de comum acordo com a coletividade, pois ninguém deseja ter feridos os seus direitos básicos. Até a interferência necessária é desejada pelas pessoas, pois servem como instrumento de efetivação de suas existências.

Obviamente tudo isso não aconteceu do dia para noite, e ainda não é uma realidade cem por cento presente nas sociedades, mesmo modernas: “o homem também é visto como um ‘ser processual’, ou seja, muda a partir das experiências que vivencia, construindo a si mesmo constantemente, informado pela relação com os demais, e pelas escolhas que faz durante a vida.”³⁸⁶. Logo, é preciso garantir autonomia para que o indivíduo possa viver e efetivar seu “novo ser”, após suas evoluções/mudanças.

³⁸⁵ Idem; p. 101;

³⁸⁶ Idem; p. 102;

Maria Celina Bodin de Moraes traz reflexão que poderia servir até mesmo de origem para este trabalho: “a privacidade garantida pela Constituição a uma pessoa digna, plenamente capaz, não deveria significar, pelo menos em linha de princípio, mais amplo poder de escolha sobre os seus bens mais importantes?”³⁸⁷.

Ou seja, a privacidade, a vida privada e a intimidade são direitos fundamentais, verdadeiras cláusulas pétreas. Apenas o Estado poderá intervir na vida privada, quando verdadeiramente necessário.

Conforme bem reflete Ana Carolina Brochado Teixeira: “o sujeito moderno é concebido enquanto ser que se autodetermina, que decide livremente sobre a sua vida, com vistas ao autodesenvolvimento da personalidade, já que este possui capacidade de dominar a si e à natureza através da razão.”³⁸⁸.

Em julgado emblemático (RE 845.779 – STF), Luís Roberto Barroso apresenta reflexão que se mostra uma síntese conclusiva ao presente subcapítulo:

“A dignidade como autonomia, no plano filosófico, assegura o livre-arbítrio das pessoas, a possibilidade legítima de fazerem as suas escolhas existenciais e desenvolverem a sua personalidade. Cada indivíduo tem o direito de buscar, à sua maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. Viver segundo seus próprios valores, interesses e desejos.”

Dessa forma, com observância plena desse poder de autodeterminação, todos poderão se desenvolver de forma saudável e digna, pois cumpridora aos preceitos que a humanidade já entendeu como basilares ao bem-estar comum da comunidade humana.

³⁸⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). 20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008; p. 372.

³⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, Limites e Transmissibilidade: Anotações para uma Leitura Crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro. Revista da EMERJ, v. 8, nº. 31, 2005.

Pelo exposto, almeja-se demonstrar como a autonomia da vontade tem papel fundamental na evolução das famílias. Garanti-la aos indivíduos é garantir que a família exista de forma livre, e não imposta, de modo a garantir autonomia da vontade à própria família. Ora, não cabe a ninguém obrigar que outrem participe do considerado “núcleo da sociedade” de forma obrigatória ou indesejada – seria até contraditório, ante o significado da expressão. Não há dúvidas da importância que a família tem na vida de qualquer pessoa, e como influi no melhor desenvolvimento dos indivíduos, das próprias famílias, e, consequentemente, da sociedade – logo, que é merecedora do melhor tratamento imaginável. Os fatos passados mostram claramente como foi a autonomia da vontade quem levou as pessoas a viverem que realmente são, e então mudarem suas posições perante a família (que integravam e que formaram), não mais aceitando imposições e discordâncias injustificadas (núcleo negativo), fazendo então com que essa seja de fato algo bom, um núcleo de amor e afeto (núcleo positivo), formado num ambiente com privilégio à liberdade, igualdade e dignidade. Dessa maneira, não resta dúvida de que, em sentido geral, a autonomia da vontade foi quem gerou e gera as mudanças na família, especialmente contemporânea.

CONCLUSÃO

A Família se reinventa. Independentemente de como isso ocorre, trata-se de movimento social inegável, e que, em regra, não é algo programado, mas apenas que ocorre, e requer adaptação.

Após muitos cenários distintos relacionados à Família, de séculos passados até o tempo presente, chegou-se em momento em que a Família é algo multidisciplinar, em todos os sentidos, até mesmo no estudo jurídico. Seja para ser trabalhada cientificamente, ou até mesmo na sua lida diária, a Família carece da integração de diversos elementos, para que realmente expresse o significado que possui atualmente. Seu *status* de núcleo da sociedade não surgiu à toa, e não se mantém em vão; para que de fato seja algo positivo a todos, precisa ser literalmente completa.

O hodierno Direito de Família expressa um campo da ciência jurídica muito mais ligado ao sujeito do que ao objeto ou teorias tradicionais. Seja pela lei, doutrina ou jurisprudência, não há mais como se sustentar qualquer ideia contrária a prevalência da autonomia da vontade dos indivíduos na Família brasileira. Como trabalhado ao longo desse estudo, evidente que se deve ter limites necessários ao saudável convívio social, para não se ferir direitos de outrem; mas, fora disso, o livre-arbítrio deve ser garantido.

O próprio Código Civil vigente (que fora escrito há décadas), expressa intenções nesse sentido, ao dispor que: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”. Até mesmo a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §7º, garantiu que a família tenha assegurado o planejamento familiar como *livre decisão do casal*, sendo *vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas*.

Ou seja, tanto as nítidas intenções legais, quanto as próprias interpretações teleológicas do ora vigente no ordenamento jurídico pátrio, mostram limpidamente que a Família não mais se restringe ao que o Estado ou certa classe de pessoas julgam

como certo. A Família pertence a quem a integra, e ao Estado cabe apenas intervir quando justificadamente necessário (medidas excepcionais).

Como repetidamente pontuado no trabalho desenvolvido, e descrito na própria Carta Magna, a família é de fato a *base da sociedade* e essencial para o melhor desenvolvimento individual e coletivo. Uma sociedade sem família, seja lá qual for sua composição, indubitavelmente é uma sociedade sem as mais sólidas bases garantidas.

Enfim, a mensagem maior do trabalho foi a de que é a autonomia da vontade que primariamente guia a vida dos indivíduos, e, consequentemente, a Família que integram. Logo, é primordial a sua relevância e influência na formação dos novos cenários sociais da Família contemporânea. Cabe ao Direito e à sociedade apenas aceitar e se adequar a tal realidade.

Especificamente, ficou claro que ninguém tem como controlar os impulsos humanos, que movem a espécie humana adiante. Cada ser humano é singular, dotado de desejos próprios para a condução da sua vida, inclusive familiar, o que faz com que cada qual opte por vivenciar sua existência da forma como lhe agrada.

Primeiramente, este trabalho buscou demonstrar que os grandes sentimentos e direitos que operacionalizam essa tração humana constante, que faz com que os indivíduos sigam diversos caminhos distintos e próprios, são a autonomia da vontade, a liberdade, a igualdade, e a dignidade da pessoa humana (direitos-base).

Por conseguinte, como é óbvio que essas vontades ou mudanças individuais refletem diretamente em alterações na Família, passou-se à análise das várias já ocorridas, com foco maior nos últimos tempos. Nesse momento, demonstrou-se justamente que esses “direitos-base” jamais estiveram separados das alterações familiares ocorridas, inclusive sendo os motivos elementares delas.

Nisso se comprovou a valorização e importância da individualidade, sem nunca se olvidar do respeito aos direitos alheios. A relevância dessa constatação se corrobora

justamente no novo cenário familiar da contemporaneidade, em que, assim como para cada indivíduo, cada Família também é única, e deve ser respeitada.

Custou para se entender, e foram anos de luta para tanto, mas, finalmente - alguns por bem e outros nem tanto -, não mais se tem como negar que família não é um estereótipo em que certo número de pessoas se encaixa. Família é amor e liberdade.

Portanto, garantir que uma Família seja constituída a partir da mais ampla autonomia da vontade daquelas que a integram, é garantir que a Família contemporânea e futura seja livre, e sinônimo de progresso e acertos – ou ao menos o mínimo de desacertos, dos quais apenas seus integrantes serão responsáveis, pois democraticamente terá sido formada pela vontade e desejo deles. Tudo isso nitidamente coaduna de forma fundamental com os dizeres e caráter da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Theodor W. HORKHEIMER, Max. Dialética do Esclarecimento - Fragmentos Filosóficos. Disponível em: <https://nupese.fe.ufg.br/up/208/o/fil_dialectica_esclarec.pdf>;
- ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011;
- _____. Teoria dos Direitos Fundamentais; 2ª ed.; São Paulo: Melhoramentos, 2015;
- AMARAL, Francisco. Direito Civil - Introdução. 9. São Paulo: Saraiva, 2017;
- ARENDT, Hannah. A Condição Humana. 8. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997;
- ARISTÓTELES. A Política. 1. São Paulo: Edipro, 1995;
- _____. Ética a Nicômaco. 2. São Paulo: Forense, 2017;
- BARROS, Sergio Resende de. Os direitos humanos na família. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>>;
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 7. São Paulo: Saraiva, 2018;
- _____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 8. São Paulo: SaraivaJur, 2019;
- BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002;
- BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. Disponível em: <https://www.academia.edu/36170808/Berlin_Dois_Conceitos_de_Liberdade_Isaiah_Berlin?a_uto=download>.
- BOBBIO, Norberto. Liberdade e Igualdade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995;
- _____. A Era dos Direitos. Disponível em: <<https://direitoufma2010.files.wordpress.com/2010/05/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf>>;
- BOÉTIE, Étienne de La. Discurso Sobre a Servidão Voluntária. Disponível em: <http://www.miniweb.com.br/biblioteca/artigos/servidao_voluntaria.pdf>;

CALDERÓN, Ricardo. Princípio da Afetividade no Direito de Família. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017;

COELHO, Inocêncio Mártires. Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica – Fragmentos. 2. São Paulo: Saraiva, 2015;

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>;

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>;

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>;

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>;

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32. São Paulo: Malheiros, 2009; Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>;

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>;

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. 10. Rio de Janeiro: Forense, 1984;

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direitos das Famílias. 3. Ed. Em e-book, baseada na 12ª ed. Impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017;

Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 5. São Paulo: Positivo, 2010;

ENGELS, Friedrich. A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. 1. São Paulo: Centauro, 2002;

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, Limites e Transmissibilidade: Anotações para uma Leitura Crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro. Revista da EMERJ, v. 8, nº. 31, 2005;

FRANKL, Viktor. Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/MjMzMDEx/>>;

GOMES, Orlando. Direito de Família. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1968;

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 12. São Paulo: Saraiva, 2015;

_____. Direito Civil Brasileiro – Parte Geral. 16. São Paulo: Saraiva, 2018;

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; v. 101; jan./dez. 2006;

HOBBES, Thomas. Leviatã ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. 3. São Paulo: Ícone, 2008;

IHERING, Rudolf Von. A Luta Pelo Direito. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes;

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. São Paulo: Martins Fontes, 1998;

KIRSTE, Stephan. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14;

Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>;

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: famílias. 4. São Paulo: Saraiva, 2011;

_____. Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do *Numerus Clausus*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf>;

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. São Paulo: Martin Claret, 2011;

MELGARÉ, Plínio; FILHO, Agassiz Almeida. Dignidade da Pessoa Humana – Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010;

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 4. São Paulo: Saraiva, 2009;

MILL, Stuart. Ensaio Sobre a Liberdade. São Paulo: Escala, 2006;

_____. A Liberdade - Utilitarismo. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito de Família. 3. São Paulo: Max Limonad, 1947;

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Direito de Família. 32. São Paulo: Saraiva, 1995;

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. 9. O Espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 2008;

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). 20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008;

PEREIRA. Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Vol. 1 – Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil. 22. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

PEREIRA, Rodriga da Cunha. Dicionário de Direito de Família e Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014;

_____. Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família. Disponível em:
https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf.

PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

PESSOA, Adélia Moreira. Direitos Humanos e Família: Da Teoria à Prática. Disponível em:
http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/2.pdf;

PORTE, Eutálio. Interpretação Constitucional no Brasil. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017;

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 4. São Paulo: Martins Fontes, 2016;

REALE, Miguel. A Constituição e o Código Civil. Disponível em:
<http://www.miguelreale.com.br/>.

_____. Filosofia do Direito. 20. São Paulo: Saraiva, 2002;

_____. Lições Preliminares de Direito. 23. São Paulo: Saraiva, 1996;

_____. Pluralismo e Liberdade. São Paulo: Saraiva, 1963;

_____. Teoria do Direito e do Estado. 5. São Paulo: Saraiva, 2003;

_____. Teoria Tridimensional do Direito. São Paulo: Saraiva, 1968;

ROCHA, Carmém Lúcia Antunes. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510CL.pdf>;

- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Direito de Família. 2. São Paulo: Max Limonad;
- ROSS, Alf. Direito e Justiça. 1. São Paulo: Edipro, 2000;
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. São Paulo: CD, 2005;
- RUSSELL, Bertrand. A Autoridade e o Indivíduo. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1956;
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;
- _____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; p. 54;
- SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. Direito Civil Constitucional. São Paulo: Atlas, 2016;
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico Conciso. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010;
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. Revista Brasileira de Direito Civil. Belo Horizonte, v. 16;
- VOLTAIRE. O Preço da Justiça. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2006;