

Coleção CONPEDI/UNICURITIBA

Vol. 7

Organizadores

PROF. DR. ORIDES MEZZAROBA
PROF. DR. RAYMUNDO JULIANO REGO FEITOSA
PROF. DR. VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA
PROF.^a. DR.^a. VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS-KNOERR

Coordenadores

PROF.^a. DR.^a. MARIANA RIBEIRO SANTIAGO
PROF. DR. MARCOS ALVES DA SILVA
PROF.^a. DR.^a. VALÉRIA SILVA GALDINO GARDIN

DIREITO DE FAMÍLIA

2014 | Curitiba





Nossos Contatos

São Paulo

Rua José Bonifácio, n. 209,
cj. 603, Centro, São Paulo – SP
CEP: 01.003-001

Acesse: www.editoraclassica.com.br

Redes Sociais

Facebook:

<http://www.facebook.com/EditoraClassica>

Twitter:

<https://twitter.com/EditoraClassica>

EDITORA CLÁSSICA

Conselho Editorial

Allessandra Neves Ferreira
Alexandre Walmott Borges
Daniel Ferreira
Elizabeth Accioli
Everton Gonçalves
Fernando Knoerr
Francisco Cardozo de Oliveira
Francisval Mendes
Ilton Garcia da Costa
Ivan Motta
Ivo Dantas
Jonathan Barros Vita
José Edmilson Lima
Juliana Cristina Busnardo de Araujo
Lafayette Pozzoli
Leonardo Rabelo
Lívia Gaigher Bósio Campello
Lucimeiry Galvão

Equipe Editorial

Editora Responsável: Verônica Gottgroy

Capa: Editora Clássica

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

D597

Direito de família

Coleção Conpedi/Unicuritiba.

Organizadores : Orides Mezzaroba / Raymundo Juliano
Rego Feitosa / Vladimir Oliveira da Silveira
/ Viviane Coêlho Séllos-Knoerr.

Coordenadores : Mariana Ribeiro Santiago/ Marcos
Alves da Silva / Valéria Silva Galdino Gardin.

Título independente - Curitiba - PR . : vol.7 - 1ª ed.
Clássica Editora, 2014.

574p. :

ISBN 978-85-99651-95-7

1. Direito – família século XXI - responsabilidades.

I. Título.

CDD 342.16

XXII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/ UNICURITIBA
Centro Universitário Curitiba / Curitiba – PR

MEMBROS DA DIRETORIA

Vladmir Oliveira da Silveira

Presidente

Cesar Augusto de Castro Fiuza

Vice-Presidente

Aires José Rover

Secretário Executivo

Gina Vidal Marcílio Pompeu

Secretário-Adjunto

Conselho Fiscal

Valesca Borges Raizer Moschen

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa

João Marcelo Assafim

Antonio Carlos Diniz Murta (suplente)

Felipe Chiarello de Souza Pinto (suplente)

Representante Discente

Ilton Norberto Robl Filho (titular)

Pablo Malheiros da Cunha Frota (suplente)

Colaboradores

Elisangela Pruencio

Graduanda em Administração - Faculdade Decisão

Maria Eduarda Basilio de Araujo Oliveira

Graduada em Administração - UFSC

Rafaela Goulart de Andrade

Graduanda em Ciências da Computação – UFSC

Diagramador

Marcus Souza Rodrigues

APRESENTAÇÃO	14
A CO-REGULAÇÃO DA FAMÍLIA PELOS CÍRCULOS SOCIAIS (SOCIEDADE CIVIL E ESTADO): UM DIÁLOGO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL (Antonio Jorge Pereira Júnior)	17
A (IRRESISTÍVEL) REGULAÇÃO ESTATAL DA FAMÍLIA	18
COMPETÊNCIAS DO ESTADO, DA SOCIEDADE E DA FAMÍLIA EM MATÉRIA FAMILIAR: EM BUSCA DE UM CRITÉRIO	26
PRINCÍPIOS DE ORDEM SOCIAL	30
REFERÊNCIAS	46
PRINCÍPIOS NORTEADORES DA RECONFIGURAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES NA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA (Esther Benayon Yagodnik e Giselle Picorelli Yacoub Marques)	48
INTRODUÇÃO	49
ACESSO À JUSTIÇA E A RECONFIGURAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES	49
PRINCÍPIOS DO NOVO DIREITO DE FAMÍLIA	55
A NECESSIDADE DE UM NOVO ENFOQUE	61
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	64
NOVAS FAMÍLIAS, O ESTATUTO DAS FAMÍLIAS E O ANTEPROJETO DO ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL (Jussara Schmitt Sandri)	68
INTRODUÇÃO	69
DAS RELAÇÕES FAMILIARES	70
DOS DIVERSOS ARRANJOS DE ENTIDADES FAMILIARES	73
DO ESTATUTO DAS FAMÍLIAS	81
DO ANTEPROJETO DE LEI SOBRE A DIVERSIDADE SEXUAL	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS	87
REFERÊNCIAS	89
A DIGNIDADE CONCRETIZADA POR MEIO DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES (Sarila Hali Kloster Lopes)	92
INTRODUÇÃO	93
A AFETIVIDADE	94

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	99
A DIGNIDADE CONCRETIZADA POR MEIO DO AFETO	108
CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS	113
PONDERAÇÕES FEMINISTAS ACERCA DO DIREITO: A PROTEÇÃO DO CASAMENTO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO ENQUANTO MANUTENÇÃO DO MODELO PATRIARCAL DE FAMÍLIA (Clarissa Cecília Ferreira Alves)	117
INTRODUÇÃO	118
O CONTRATO DE CASAMENTO NA TEORIA DO CONTRATO SEXUAL	119
O CASAMENTO E SUAS PECULIARIDADES NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO	125
CONCLUSÃO – O DIREITO É SEXUADO	132
REFERÊNCIAS	142
CONJUGALIDADE SEM CASAMENTO - A GENEALOGIA DO CONCUBINATO NO BRASIL: DEMARCAÇÕES PARA SUPERAÇÃO DE UM LUGAR DE NÃO-DIREITO (Marcos Alves da Silva)	145
CONCUBINATO E MATRIMÔNIO NO BRASIL: FONTES DA DISCRIMINAÇÃO	146
O DISCURSO JURÍDICO SOBRE O CONCUBINATO	159
SEXUALIDADE E NORMATIZAÇÃO: APONTAMENTOS SOBRE O DISCURSO NORMATIVO E JUDICIÁRIO SOBRE O SEXO E O GÊNERO (Crishna Mirella de Andrade Correa Rosa e Maria Juliana Boljevac Csucsuly)	189
DESENVOLVIMENTO	190
SEXUALIDADE E RELAÇÃO HOMOSSEXUAL NA HISTÓRIA	190
SEXUALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS	199
A UNIÃO HOMOAFETIVA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS HOMOAFETIVOS	207
REFERÊNCIAS	213
UNIÃO HOMOAFETIVA: CONTORNOS DA DECISÃO EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE E AS RECENTES DISCUSSÕES QUANTO A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA EM CASAMENTO (Marcellus Polastri Lima e Renata Vitória Oliveira dos S. Trancoso)	216
INTRODUÇÃO	217
LACUNA LEGISLATIVA E A NECESSIDADE DE SUPRIMENTO	218
O ART. 226, §3º, CRFB, E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	220
O ART 4º, DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (LICC) – A ANALOGIA E OS REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL	224
AS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) DE Nº 132 E Nº 178	228

A ADEQUAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE RECONHECIMENTO DO CASAMENTO CIVIL DE PARES HOMOAFETIVOS	230
CONCLUSÃO	235
REFERÊNCIAS	237
MUTABILIDADE DOS REGIMES DE BENS E A AUTONOMIA DA VONTADE: UM CASO DE COLISÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO-INTERVENÇÃO NAS ENTIDADES FAMILIARES E A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO (Fernanda Pontes Pimentel)	240
INTRODUÇÃO	240
A NOÇÃO DE AUTONOMIA PRIVADA NA FAMÍLIA: SINÔNIMO DE AUTONOMIA DE VONTADE?	242
O REGIME PATRIMONIAL DE BENS E SUA INCIDÊNCIA SOBRE AS RELAÇÕES CONJUGAIS	245
A MUTABILIDADE (?) DO REGIME DE BENS E A SUA ADMISSIBILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO	246
O PAPEL DO JUIZ NO PROCEDIMENTO JUDICIAL DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS	247
CONCLUSÃO	252
REFERÊNCIAS	253
A DOAÇÃO ENTRE OS CÔNJUGES CASADOS PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATORIA DE BENS NO NOVO CODIGO CIVIL: POSSIBILIDADE OU VIOLAÇÃO DA LEI? (Sérgio Tadeu Pupo)	257
INTRODUÇÃO	258
DOAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA E ELEMENTOS	259
DA POSSIBILIDADE DA DOAÇÃO ENTRE OS CÔNJUGES	261
DA DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES CASADOS SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS ..	264
CONCLUSÃO	271
REFERÊNCIAS	272
O PAPEL DA FAMÍLIA NA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE À LUZ DA PROBLEMÁTICA DA PROSTITUIÇÃO INFANTIL (Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão e Priscila Caroline Gomes Bertolini)	273
INTRODUÇÃO	274
DA FAMÍLIA	275
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	281
DA CRIANÇA	285
CONCLUSÃO	296
REFERÊNCIAS	298
A IMPORTÂNCIA DAS RELAÇÕES FAMILIARES AFETIVAS E FRATERNAS NO TRATAMENTO DO FAMILIAR INFRATOR COM TRANSTORNO MENTAL NOS HOSPITAIS DE CUSTÓDIA (Sarah Caroline de Deus Pereira e Carla Baggio Laperuta Froés)	301

INTRODUÇÃO	303
A FAMÍLIA	304
DA SAÚDE NO CONTEXTO BRASILEIRO	312
CONSIDERAÇÕES FINAIS	323
REFERÊNCIAS	324
NOVAS FAMÍLIAS DO SÉCULO XXI: O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E A PARENTALIDADE RESPONSÁVEL À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (Nardejane Martins Cardoso)	327
INTRODUÇÃO	328
O DIREITO FUNDAMENTAL AO “LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR”	330
A RESPONSABILIDADE NO CONTEXTO DA AUTORIDADE PARENTAL	333[
O PAPEL DO ESTADO BRASILEIRO DIANTE DA DESESTRUTURAÇÃO FAMILIAR	338
CONCLUSÃO	342
REFERÊNCIAS	344
DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRANSEXUAL (Fernanda Moreira Benvenuto e Luiz Geraldo do Carmo Gomes)	347
INTRODUÇÃO	348
DO TRANSEXUAL	348
DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	352
DA AFETIVIDADE E DO VÍNCULO FAMILIAR	358
DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRANSEXUAL	362
RELAÇÕES FAMILIARES E TRANSEXUALIDADE	365
CONCLUSÃO	370
REFERÊNCIAS	371
DO ABANDONO AFETIVO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL: DO EXERCÍCIO DE UMA PATERNIDADE IRRESPONSÁVEL (Marcela Gorete Rosa Maia Guerra e Francielle Lopes Rocha)	374
INTRODUÇÃO	375
DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL	376
DA ORIENTAÇÃO SEXUAL	379
DO ABANDONO AFETIVO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL	382
DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PELO ABANDONO AFETIVO DE SEUS PAIS EM VIRTUDE DA ORIENTAÇÃO SEXUAL	389

CONCLUSÃO	391
BIBLIOGRAFIA	393
CRIANÇAS E ADOLESCENTES NEGLIGENCIADOS NO ÂMBITO FAMILIAR: UMA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (Tatiana de Freitas Giovanini Mochi e Letícia Carla Baptista Rosa)	397
INTRODUÇÃO	398
A VULNERABILIDADE DA POPULAÇÃO INFANTOJUVENIL	398
O PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL: UMA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	403
DA NEGLIGÊNCIA: UMA OMISSÃO PARENTAL EM RELAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO PARA COM OS FILHOS	409
CONCLUSÃO	418
REFERÊNCIAS	420
AUTONOMIA DA VONTADE DA CRIANÇA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE (Bruna Souza Paula e Bleine Queiroz Caúla)	424
INTRODUÇÃO	425
PERFIL DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA	427
A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	430
AUTONOMIA DA VONTADE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE	432
AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE	439
AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A AUTORIDADE PARENTAL	442
CONSIDERAÇÕES FINAIS	444
REFERÊNCIAS	446
A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E AS DEMANDAS DE FILIAÇÃO PATERNAL. ESTÁGIO ATUAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (Isabela Maiolino e Sidraque David Monteiro Anacleto)	449
INTRODUÇÃO	451
PROBLEMATIZAÇÃO	452
O DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO AO CONHECIMENTO DE SUA GENÉTICA E HISTORICIDADE ..	454
A COISA JULGADA	455
A AÇÃO RESCISÓRIA	458
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	460

O EXAME DE DNA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO: POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	461
CONCLUSÕES	463
REFERÊNCIAS	464
A PROIBIÇÃO DE EXPULSÃO DO ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL: CONFLITO APARENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (Ana Paula Morais Galvão Pignataro e Yara Maria Pereira Gurgel)	467
INTRODUÇÃO	468
ONEOCONSTITUCIONALISMO E A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	469
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APARENTEMENTE CONFLITUOSOS EM QUESTÃO: SOBERANIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	470
DA EXPULSÃO DO ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL: CONFLITO APARENTE DE PRINCÍPIOS SOB O PRISMA SISTÊMICO CONSTITUCIONAL	474
CONCLUSÃO	478
REFERÊNCIAS	481
FILHOS DE CRIAÇÃO: UMA ABORDAGEM PARADIGMÁTICA (Ana Paula Brandão Ribeiro e Isabella Carolina Miranda)	484
INTRODUÇÃO	486
PRINCÍPIO JURÍDICO DA AFETIVIDADE	488
DO FORMALISMO À VERDADEIRA FILIAÇÃO	489
DO FETICHISMO DAS NORMAS A UMA APLICAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO	490
FILHOS DE CRIAÇÃO E UNIÃO ESTÁVEL: UMA ANALOGIA NECESSÁRIA	492
APLICAÇÃO DO DIREITO COMO INTEGRIDADE	494
CONSIDERAÇÕES FINAIS	497
REFERÊNCIAS	499
ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL X ADOÇÃO TARDIA: O “TEMPO” COMO FATOR DE EXCLUSÃO SOCIAL (Laiana Delakis RECANELLO)	505
INTRODUÇÃO	506
DOS ASPECTOS JURÍDICOS PARA A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE PROTEÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL	507
DA CONDUTA DOS GENITORES: HIPÓTESES DE EXPOSIÇÃO DAS CRIANÇAS A SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE PESSOAL E SOCIAL	509
DA COLAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA POR MEIO DA ADOÇÃO	512
CONSIDERAÇÕES FINAIS	517
REFERÊNCIAS	518

UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA CURATELA À LUZ DA AUTONOMIA DA PESSOA HUMANA (Mariana Alves Lara)	521
INTRODUÇÃO	522
AUTONOMIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	522
A CURATELA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	523
CRÍTICAS AO REGIME LEGAL DO INSTITUTO	524
A CURATELA NO DIREITO ITALIANO	528
CONCLUSÃO	531
REFERÊNCIAS	532
O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E SUA RELEVANCIA NA FIXAÇÃO DO DEVER DE ALIMENTAR ENTRE PARENTES POR AFINIDADE (Claudia Vechi Torres e Maria dos Remédios Fontes Silva)	537
INTRODUÇÃO	538
O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E AS NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES	539
A DETERMINAÇÃO LEGAL DO DEVER DE ALIMENTAR ENTRE PARENTES	544
ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NA COMARCA DE SÃO JOSÉ/SC QUE FIXOU ALIMENTOS ENTRE PARENTES POR AFINIDADE	549
CONCLUSÃO	553
REFERÊNCIAS	554
ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS, COMO FATORES DE GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA E HARMONIZADORES DE RELAÇÕES FAMILIARES E O ACESSO À JUSTIÇA (José Sebastião de Oliveira e Amanda Quiarati Penteadó)	556
INTRODUÇÃO	557
DOS ALIMENTOS	559
DO NASCITURO	565
DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS	570
DAS QUESTÕES DE ORDEM PROCESSUAL, NA LEI DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS	576
CONCLUSÃO	579
REFERÊNCIAS	580

Caríssimo(a) Associado(a),

Apresento o livro do Grupo de Trabalho **Direito de Família**, do XXII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado no Centro Universitário Curitiba (UNICURUTIBA/PR), entre os dias 29 de maio e 1º de junho de 2013.

O evento propôs uma análise da atual Constituição brasileira e ocorreu num ambiente de balanço dos programas, dada a iminência da trienal CAPES-MEC. Passados quase 25 anos da promulgação da Carta Magna de 1988, a chamada Constituição Cidadã necessita uma reavaliação. Desde seus objetivos e desafios até novos mecanismos e concepções do direito, nossa Constituição demanda reflexões. Se o acesso à Justiça foi conquistado por parcela tradicionalmente excluída da cidadania, esses e outros brasileiros exigem hoje o ponto final do processo. Para tanto, basta observar as recorrentes emendas e consequentes novos parcelamentos das dívidas dos entes federativos, bem como o julgamento da chamada ADIN do calote dos precatórios. Cito apenas um dentre inúmeros casos que expõem os limites da Constituição de 1988. Sem dúvida, muitos debates e mesas realizados no XXII Encontro Nacional já antecipavam demandas que semanas mais tarde levariam milhões às ruas.

Com relação ao CONPEDI, consolidamos a marca de mais de 1.500 artigos submetidos, tanto nos encontros como em nossos congressos. Nesse sentido é evidente o aumento da produção na área, comprovável inclusive por outros indicadores. Vale salientar que apenas no âmbito desse encontro serão publicados 36 livros, num total de 784 artigos. Definimos a mudança dos Anais do CONPEDI para os atuais livros dos GTs – o que tem contribuído não apenas para o propósito de aumentar a pontuação dos programas, mas de reforçar as especificidades de nossa área, conforme amplamente debatido nos eventos.

Por outro lado, com o crescimento do número de artigos, surgem novos desafios a enfrentar, como o de (1) estudar novos modelos de apresentação dos trabalhos e o de (2) aumentar o número de avaliadores, comprometidos e pontuais. Nesse passo, quero agradecer a todos os 186 avaliadores que participaram deste processo e que, com competência, permitiram-nos entregar no prazo a avaliação aos associados. Também gostaria de parabenizar os autores

selecionados para apresentar seus trabalhos nos 36 GTs, pois a cada evento a escolha tem sido mais difícil.

Nosso PUBLICA DIREITO é uma ferramenta importante que vem sendo aperfeiçoada em pleno funcionamento, haja vista os raros momentos de que dispomos, ao longo do ano, para seu desenvolvimento. Não obstante, já está em fase de testes uma nova versão, melhorada, e que possibilitará sua utilização por nossos associados institucionais, tanto para revistas quanto para eventos.

O INDEXA é outra solução que será muito útil no futuro, na medida em que nosso comitê de área na CAPES/MEC já sinaliza a relevância do impacto nos critérios da trienal de 2016, assim como do *Qualis* 2013/2015. Sendo assim, seus benefícios para os programas serão sentidos já nesta avaliação, uma vez que implicará maior pontuação aos programas que inserirem seus dados.

Futuramente, o INDEXA permitirá estudos próprios e comparativos entre os programas, garantindo maior transparência e previsibilidade – em resumo, uma melhor fotografia da área do Direito. Destarte, tenho certeza de que será compensador o amplo esforço no preenchimento dos dados dos últimos três anos – principalmente dos grandes programas –, mesmo porque as falhas já foram catalogadas e sua correção será fundamental na elaboração da segunda versão, disponível em 2014.

Com relação ao segundo balanço, após inúmeras viagens e visitas a dezenas de programas neste triênio, estou convicto de que o expressivo resultado alcançado trará importantes conquistas. Dentre elas pode-se citar o aumento de programas com nota 04 e 05, além da grande possibilidade dos primeiros programas com nota 07. Em que pese as dificuldades, não é possível imaginar outro cenário que não o da valorização dos programas do Direito. Nesse sentido, importa registrar a grande liderança do professor Martônio, que soube conduzir a área com grande competência, diálogo, presença e honestidade. Com tal conjunto de elementos, já podemos comparar nossos números e critérios aos das demais áreas, o que será fundamental para a avaliação dos programas 06 e 07.

Com relação ao IPEA, cumpre ainda ressaltar que participamos, em Brasília, da III Conferência do Desenvolvimento (CODE), na qual o CONPEDI promoveu uma Mesa sobre o estado da arte do Direito e Desenvolvimento, além da apresentação de artigos de pesquisadores do Direito, criteriosamente selecionados. Sendo assim, em São Paulo lançaremos um novo livro com o resultado deste projeto, além de prosseguir o diálogo com o IPEA para futuras parcerias e editais para a área do Direito.

Não poderia concluir sem destacar o grande esforço da professora Viviane Coêlho de Séllos Knoerr e da equipe de organização do programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA, que por mais de um ano planejaram e executaram um grandioso encontro. Não foram poucos os desafios enfrentados e vencidos para a realização de um evento que agregou tantas pessoas em um cenário de tão elevado padrão de qualidade e sofisticada logística – e isso tudo sempre com enorme simpatia e procurando avançar ainda mais.

Curitiba, inverno de 2013.

Vladmir Oliveira da Silveira
Presidente do CONPEDI

Apresentação

Neste livro encontram-se reunidos os trabalhos acadêmicos da área de Direito de Família aprovados, selecionados e apresentados por seus autores no **XXII Encontro Nacional do CONPEDI**, celebrado no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, de 29 de maio a 01 de junho de 2013.

As marcas distintivas que perpassam os artigos que compõem esta obra podem claramente ser notadas. Presente em grande parte dos textos está a questão da autonomia em sua dimensão existencial, isto é, como direito à auto-determinação ou como direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que ganha expressão na liberdade de constituir família independentemente de formatos pré-estabelecidos em lei. Neste aspecto, o exercício da liberdade nas situações subjetivas co-existenciais, no âmbito familiar, ganha relevo. Nesta direção podem ser mencionados temas como o da co-regulação da família, a questão do estatuto da diversidade sexual e as novas entidades familiares, a limitação da intervenção do Estado na comunhão de vida instituída pelas famílias, a questão da curatela e autonomia da pessoa humana. A dimensão da autonomia também foi abordada em seu aspecto patrimonial, mormente em relação ao regime matrimonial de bens e as injustificáveis amarras legislativas, quanto a esta matéria, com repercussão inclusive no Direito das Sucessões.

Outro enfoque dos textos que integram esta coletânea sublinha o princípio da afetividade e suas repercussões no tratamento jurídico da família contemporânea. A afetividade não constitui um conceito vago, ligado a uma pressuposta aptidão para amar que deveria estar presente nas famílias contemporâneas. Nos trabalhos que ora são apresentados a afetividade se sobressai com carga de normatividade própria dos princípios jurídicos. A partir deste marco de compreensão foram desenvolvidos trabalhos que abordam, por exemplo, o tema das consequências jurídicas do abandono afetivo, os efeitos jurídicos do estabelecimento de relação com os chamados "filhos de criação", a paternidade responsável, a relação entre a afetividade, o dever de cuidado e o de prestação de alimentos.

Não menos importante, o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta como um dos fios condutores das reflexões levadas a cabo. A reverberação deste princípio no Direito

de Família é apontada em artigos como os que cuidam do papel da família na questão da prostituição infantil, o tratamento do infrator com transtorno mental, a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, o acesso a prestação da tutela jurisdicional adequada como direito fundamental. Na verdade, este princípio perpassa praticamente todos os textos, ainda que em muitos apenas de forma implícita.

Por fim, no conjunto dos trabalhos que ora são publicados, a pluralidade das entidades familiares sobressaiu-se não como tema propriamente dito, mas, antes, como constatação. Diversas formas de constituição e estruturação de entidades familiares foram analisadas. Se o princípio da pluralidade não foi explicitado, ele esteve sempre pressuposto. Temas como as novas famílias do século XXI, as considerações sobre as possibilidades de conjugalidade sem casamento, a análise crítica do discurso normativo e jurídico sobre a sexualidade, o casamento homoafetivo, entre outros, sinalizam fortemente para uma mudança de perspectiva de análise do Direito de Família.

O conjunto de textos ora publicado não tem a pretensão de trazer respostas prontas às intrincadas questões jurídicas que envolvem as famílias contemporâneas, mas, é inegável que constitui expressivo contributo para levar adiante o trabalho coletivo e sistemático que a comunidade jurídica brasileira vem empreendendo com mira em um alvo permanentemente móvel. À medida que avança e amadurece uma determinada construção teórica, novos desafios surgem, convocando os pesquisadores a outros empreendimentos e à nova reflexão.

Deflui-se dos textos que alguns marcos teóricos estão bem sinalizados. Por certo, o caminho que se está por construir passará por eles, tomando-os com em devida consideração. Todavia, face à dinâmica do Direito de Família contemporâneo, tudo está em permanente devir, por isso, calha perfeitamente, aqui, tão conhecida passagem de Eduardo Galeano sobre a utopia:

*Ella [la utopia] está en el horizonte – dice Fernando Birri - .
Me acerco dos passos, ella se aleja dos passos.
Camino diez passos y el horizonte se corre diez
passos más allá. Por mucho que yo camine, nunca, nunca la alcanzaré.
Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar.¹*

¹ GALEANO, Eduardo. *Las palabras andantes*. México: Siglo XXI, 1993. p. 310.

Que os textos que compõem esta coletânea se convertam em estímulo à reflexão que põe a caminhar o Direito de Família no Brasil.

Coordenadoras do Grupo de Trabalho

Professora Doutora Mariana Ribeiro Santiago – UNINOVE

Professor Doutor Marcos Alves da Silva – UNICURITIBA

Professora Doutora Valéria Silva Galdino Cardin – CESUMAR

A CO-REGULAÇÃO DA FAMÍLIA PELOS CÍRCULOS SOCIAIS (SOCIEDADE CIVIL E ESTADO): UM DIÁLOGO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL

THE CO-REGULATION OF FAMILY BY SOCIAL CIRCLES (CIVIL SOCIETY AND STATE): A DIALOGUE WITH THE FEDERAL CONSTITUTION OF BRAZIL

Autor: Antonio Jorge Pereira Júnior.

Professor Doutor – Universidade de Fortaleza – Programa de Pós Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado). Doutor e Mestre – USP://lattes.cnpq.br/9157292274442994

Contatos: Tel: +55 (85) 8601-8585 | Fortaleza - Ceará Email: antoniojorge2000@gmail.com

RESUMO

O Estado é a instituição melhor estruturada pela sociedade civil para organizar a vida social e para proteger os seres humanos. A família é a unidade básica da sociedade (célula-mãe) e, portanto, credora do melhor tratamento político e jurídico. O Estado tem um dever para com a sociedade civil de regular a família, a fim de assegurar-lhe uma proteção especial. Isso se traduz, necessariamente, mediante leis e implementação de políticas públicas. Nestas atividades, o Estado pode, eventualmente, abusar da sua posição, usando de seu poder de forma contrária ao melhor interesse da família. Para evitar efeitos negativos da intervenção do Estado, é muito conveniente definir a competência de cada um dos círculos sociais em torno da família, e estabelecer critérios capazes de orientar a ação harmoniosa deles de modo a se garantir o melhor à família. O artigo propõe a divisão de competências entre os círculos sociais, apoiado em conceitos da ciência do Direito Constitucional, e também sugere a observância dos princípios de ordem social na atualização de tais. A combinação do binômio competência/princípios de ordem social acabará por favorecer o melhor resultado em ação conjunta de todos os entes sociais para com a família. No artigo, esta técnica é aplicada ao caso brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Família; Estado; Competências; Subsidiariedade; Cooperação

ABSTRACT

The State is currently the best equipped institution of civil society to organize social life and to protect humans. The family is the basic unit of society (mother cell) and therefore creditor to the best political and legal treatment. The State has a duty towards Civil society to regulate the family, in order to ensure special protection to it. This necessarily translates either in laws and in implementation of public policies. In these activities, the State might eventually abuse its position, by using its might in way contrary to best interest of the family. So, to avoid negative effects of the intervention of the State, it is very convenient to define the competence of each of the social circles around the family, and establish criteria able to guide the harmonious action of them for the best for the family. The paper will propose the division of competences between social circles, supported by the science of Constitutional Law, and also suggest the observance of principles of performance practice between them. The combination of the binomial competence / principles of social order will eventually favor the best result in joint action by all for the family. In the article, this technique is applied to the Brazilian case.

KEYWORDS: Family; State; Powers; Subsidiarity; Cooperation

1. A (irresistível) regulação estatal da família

Não é objeto deste trabalho o estudo vertical do conceito de família, em seu sentido ético, social e jurídico¹. Os contornos da instituição familiar serão descritos aqui com a intenção de mostrar que o Estado, investido de poder pela sociedade política, gerencia as relações familiares pela importância da principal sociedade natural para a sociedade civil e para cada pessoa individualmente considerada.

O que é a família?

Perante a filosofia social, a família é uma sociedade natural, primeira e principal entidade responsável pela formação da pessoa humana. Para o presente estudo, interessa analisar, perfunctoriamente, o conceito jurídico de família, bem como sua atual compreensão no direito constitucional brasileiro. Com essa breve análise, podem-se identificar alguns fundamentos da intervenção dos círculos sociais maiores - sociedade civil e Estado - nas relações familiares.

O valor social da família foi assimilado no dispositivo constitucional que é fundamento para a intervenção do Estado no âmbito familiar. Trata-se do art. 226 da CF, que afirma que “a família, base da sociedade civil, terá especial proteção do Estado”. Em face dessa afirmação, convém perguntar-se sobre o que se pode entender por *família*, neste caso, e que categoria de *família* constitui base da sociedade civil.

A doutrina tradicional definia a família, no sentido jurídico, como “conjunto de pessoas vinculadas pelo matrimônio ou pelo parentesco (descendência)”². Pensava-se basicamente na família matrimonial, apresentada como família em sentido restrito, e na família formada pelas pessoas que pertenciam a um mesmo tronco, possuindo ancestrais comuns, que era a família em sentido amplo. Considerava-se como família, portanto, o casal unido matrimonialmente e sua prole. Se nesse quadro desaparecesse algum dos cônjuges em virtude de morte, continuaria a união dos filhos com o cônjuge supérstite a ser tido como família, para todos os efeitos.

Durante o século XX, e de modo especial a partir dos anos sessenta, vários fatores levaram a mudanças nessa concepção de família.

Fatores de ordem sócio-econômica: como o aumento de participação do Estado e das organizações privadas na tarefa educativa dos filhos; a desvinculação progressiva do *status* social do indivíduo em função do casamento; a consolidação e ampliação da força produtiva

¹ Para maiores detalhes veja-se o estudo de BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família, cit..

² LEHMANN, Heinrich *Derecho de familia...* cit., p. 11.

das empresas, deslocando para fora do lar o papel econômico que outrora tinha a família, quando era unidade de produção. Restaram à família, basicamente, funções pessoais ou microsociais (MARTINEZ DE AGUIRRE, 1996, p. 17-18)³.

Avanços médicos e biológicos influenciaram na estruturação da família: desenvolveram-se meios anticoncepcionais que lograram separar, com maior sucesso, a sexualidade da reprodução; aperfeiçoaram-se técnicas que levaram a separar, em ordem inversa à anterior, a reprodução da sexualidade, mediante a fecundação *in vitro*. Nestes dois casos a união sexual se dissociou da reprodução, de modo que os fins do matrimônio, conforme eram concebidos - vida comum entre esposos, abertura à procriação e educação dos filhos -, puderam ser separados com o auxílio das técnicas médicas. Essas técnicas passaram a influenciar na vida em sociedade e reconfiguraram hábitos de relacionamento, dando-se maior peso às pretensões individuais face a eventuais interesses supra-individuais que pudessem colidir com elas. O medicamento possível foi recebido e incorporado por ser ideologicamente desejado (MARTINEZ DE AGUIRRE: 1996, p. 18-21).

O desenvolvimento da medicina cirúrgica, oferecendo técnicas de mudança morfofisiológica a quem desejaria pertencer a sexo diferente daquele com o qual nasceu, reforçou a pretensão humana de submeter uma realidade indisponível, como é a configuração morfológica, a seu desejo.

Ainda no plano médico, a mortalidade infantil decresceu e a expectativa de vida subiu. Esses fatores afetaram a composição dos quadros familiares: menos filhos morreriam na infância, e os idosos participariam mais tempo da vida familiar.

Outro acontecimento que mudou a compreensão da família foi a expansão do trabalho feminino fora do lar. A mulher ocupou mais espaço no mercado de trabalho e diminuiu sua dependência econômica com relação ao marido. Somado a outros interesses ideológicos, esse fator levou à alteração da estrutura interna da família, onde as funções familiares deixaram de estar vinculadas estritamente à condição sexual do cônjuge, avançando-se na igualdade de poderes e deveres entre os esposos. Tanto pela desvinculação da maternidade, mediante contraceptivos, quanto pela independência econômica, o casamento passou a se apresentar à mulher como menos necessário (MARTINEZ DE AGUIRRE, 1996, p.23).

Neste novo quadro, o aspecto afetivo-sentimental, submetido a outros interesses, ganhou maior realce, fazendo-se necessária sua permanente renovação em cada época da vida

³. O mesmo autor afirma que em paralelo a esses fatores sócio-econômicos esquecia-se que a família desempenhava funções formativas e assistenciais de primeira ordem, nas quais é praticamente insubstituível.

conjugal, para que se preservasse o interesse em manter o vínculo esponsal. O divórcio como possibilidade de desfazimento do vínculo tornou-se possibilidade próxima para os casos de ausência ou diminuição desse caráter afetivo.

Por fim, fatores de ordem filosófica e ideológica afetaram a visão do matrimônio, da família, e da sexualidade humana. Perpassando as correntes de pensamento que operaram essa metamorfose, pode-se identificar, como pano de fundo comum a todas elas, a idéia de que o matrimônio e a família são realidades que não poderiam mais ser indagadas sob uma perspectiva objetiva ou “natural” (direito natural), mas deveriam permanecer mutáveis e moldáveis em cada época pela compreensão de cada pessoa ou de cada Estado, sem atributos essenciais perduráveis.

Carlos Martinez de Aguirre aponta como correntes de pensamento que influenciaram essas mudanças de perspectiva: *a secularização e o positivismo*, que atribuíram à vontade humana e ao Estado o poder de definir o que se deveria entender, e o tratamento que se deveria dar à sexualidade; *o individualismo liberal*, com a concepção de que o matrimônio e a família são instrumentos a serviço exclusivo dos interesses e satisfações dos indivíduos, sem qualquer finalidade supra-individual; *a valorização do aspecto sentimental* como razão suprema e fundamento do surgimento e da manutenção do casamento, acima de qualquer outro interesse; *o pluralismo ideológico e a neutralidade do Estado* frente às diversas concepções acerca do matrimônio, família, sexualidade, e às diferentes formas dos cidadãos organizarem suas relações afetivas e sexuais (MARTINEZ DE AGUIRRE, 1996, p.23-24).

A Constituição brasileira, em boa medida, reflete tais alterações: ao lado da *família matrimonial*, no plano sócio-jurídico, veio a instalar-se a entidade familiar formada pela *união estável*; ao lado da família formada pelo *parentesco* (ancestrais comuns), veio a colocar-se o grupo familiar constituído, originariamente, sob a forma *monoparental* - mãe ou pai solteiros.

Na Carta Constitucional pode-se perceber a prevalência de uma postura individualista de família. Todavia, a sociedade civil, representada pela Assembléia Constituinte, ao mesmo tempo em que reconheceu as diferentes categorias de organização familiar, estabeleceu entre elas uma hierarquia, apontando quais são socialmente mais adequadas à ordem social.

Além da família matrimonial e da família constituída exclusivamente pela filiação, natural ou jurídica, a CF reconhece a *família informal* como entidade familiar, constituída sem pretensão de vínculo jurídico entre homem e mulher (união estável). Por disposição constitucional, também a *família informal* merece proteção do Estado. Essa *família informal* -

porque sem forma solene de constituição - é nomeada pelo constituinte como espécie de *entidade familiar*.

Outra espécie de entidade familiar origina-se da relação de filiação.

Entende-se que a proteção prometida à família monoparental atende, sobretudo, à prioridade absoluta da criança e do adolescente, com direito de desfrutar dos benefícios reservados em outros tempos somente aos filhos das famílias constituídas pelo casamento. Parece ser esta a finalidade primordial do reconhecimento e da proteção constitucional da família monoparental. A família monoparental, portanto, não é *modelo* a mais, oferecido aos cidadãos como produto jurídico-familiar apto a satisfazer o interesse de quem deseja ter filhos por meio de uma produção independente. Interpretar a previsão constitucional como incentivo a essa opção seria contrariar o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente, pois se colocaria a satisfação pessoal de pessoa adulta e solteira acima do direito do incapaz a um lar completo. É preciso primeiro pensar no melhor interesse da criança.

A adoção unipessoal⁴ e o reconhecimento das situações de mães-solteiras são previsões legais voltadas a solucionar problemas instalados, quando não foi possível conferir melhor quadro familiar ao menor de idade. São remédios sociais. É necessário que as autoridades competentes usem de parcimônia ao legislarem ou julgarem a respeito desta matéria, para que se observe, de fato, a prioridade absoluta dos interesses da criança. Caso contrário pode-se favorecer a multiplicação de famílias monoparentais em atenção ao simples desejo de pessoas adultas solteiras possuírem filhos, para realização afetiva pessoal, sem que se leve em consideração a pessoa do filho, com a dignidade correspondente.

De outra forma o planejamento familiar, “[...] livre decisão do *casal* [...]”, “[...] fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade *responsável* [...] [...]”⁵, segundo art. 226, § 7º da CF, seria mal aplicado, servindo de fundamento para lesar, *a priori* e voluntariamente, o direito da criança de ser educada em uma família completa, de acordo com a ordem natural da vida, e de saber a identidade de seu pai. Não se observa essa previsão constitucional quando o direito positivo acolhe pretensões subjetivas e individualistas permitindo que se instalem, por exemplo, bancos de esperma que tratam a criança (*concepturo*) como objeto de direito, quando ela deveria ser tratada como sujeito que merece tratamento diferenciado em função de ser prioridade absoluta e estar em desenvolvimento: seus direitos fundamentais carecem de maior proteção que os direitos dos pais.

⁴ A possibilidade do pai solteiro é real desde que se tornou possível pelo ECA, art. 42, a adoção por pessoas solteiras.

⁵ Grifos nossos.

Apesar de a tendência individualista imperar no sistema jurídico nacional, especialmente desde a Lei do Divórcio de 1977, os dispositivos constitucionais referentes à união estável parecem contrários à subjetivação máxima da relação familiar. A previsão constitucional da união estável, regulamentada na esfera infraconstitucional, impede a liberalização total da vida a dois, pois faz tabula rasa do desejo de homem e mulher de conviver à *latera* de qualquer vinculação jurídica⁶.

Em que medida a família constituída pela união informal de homem e mulher desimpedidos de se casarem atende interesses da sociedade a ponto de o constituinte prescrever que o Estado vincule a quem não quis vincular-se?

Somente se compreende essa atitude se se reconhece que toda relação esponsal, duradoura, seja ou não matrimonial, tem *organicidade* que transcende seus membros, vinculando-os entre si a despeito do interesse exclusivo dos mesmos de se manterem juridicamente independentes.

O caráter social do relacionamento durável entre homem e mulher, *desimpedidos de se casarem*, vivendo como se casados fossem, configura o *estado social* de casados, de modo que efeitos jurídicos se desprendem dessa *relação familiar*. Essa relação produz efeitos *jusfamiliares*⁷.

Nestes casos a vontade individual das partes não prevalece sobre a realidade social da vinculação, *imposta juridicamente*, devido ao reconhecimento social de uma relação esponsal, a despeito da deliberação contrária do companheiro e da companheira.

Se a união estável goza da proteção do Estado, é porque se assemelha à união matrimonial. O caráter familiar da união estável serve de fundamento para o reconhecimento impositivo do vínculo e a formalização heterônoma da relação, por força da lei (Lei da União Estável antes e, agora, o CC, art. 1.726).

Com o dispositivo constitucional, a sociedade civil uniu *juridicamente* aqueles que pretendiam manter união informal.

A união matrimonial projeta alterações importantes sobre a situação jurídica dos esposos, que passam a realizar uma *função social* fundamental na sociedade – passam a

⁶ Deve-se registrar, também, que o reconhecimento da união estável atende, por outro lado, à pretensão legítima do companheiro que pretendia casar-se e se vê obrigado a submeter-se a situação informal por exigência do parceiro. A imposição jurídica do vínculo protege a parte mais fraca na relação.

⁷ O protagonismo da criança e do adolescente ainda não chegou a afetar a concepção individualista das uniões maritais. Convém assinalar que o discurso que reforça o direito fundamental da criança à convivência familiar, que deveria ser garantido como prioridade absoluta, não tem levado a uma revisão e redução da autonomia aparentemente total da relação afetiva homem-mulher com prole.

integrar a *base* da sociedade, segundo os termos da Constituição. As responsabilidades sociais assumidas pela família matrimonial podem ser reconhecidas nos encargos que a situação impõe aos cônjuges, que assumem deveres próprios desse novo estado. À autonomia da vontade individual, que serve à constituição do vínculo, soma-se a responsabilidade socialmente reconhecida. A solenidade do matrimônio serve para manifestar esse novo modo de estar dos cônjuges perante a coletividade, com as implicações que traz consigo⁸.

Na união estável é perceptível a autonomia da vontade individual na constituição da relação intersubjetiva, sem a formalização do vínculo. No Brasil, a lacuna da formalização voluntária foi preenchida pelo *reconhecimento social*, que a partir desse momento mereceu projeção jurídica, importando na alteração do *status* jurídico dos conviventes⁹. A lei *formalizou* as uniões duradouras entre homem e mulher desimpedidos de casarem, sem considerar as vontades que os companheiros poderiam ter de manter-se afastados de qualquer vinculação jurídica.

Há uma *função social* nos agrupamentos familiares, mesmo naqueles que se constituem de modo imperfeito, como é o caso da união estável, em comparação com o matrimônio.

Contudo, apesar de a união estável se assemelhar ao casamento, com ele não se confunde. O constituinte não definiu com idêntico qualificativo as duas situações e previu que a lei facilitasse a conversão da união estável em casamento, o que leva a inferir que o casamento é causa final e exemplar da união estável. Além do mais, caso as situações fossem idênticas não haveria porque *converter* a união estável em casamento¹⁰. Nas palavras de Jaques de Camargo Penteado:

“Os juristas salientam que não houve equiparação entre casamento e união estável. A união estável não gera conseqüências idênticas às do matrimônio. Salienta-se que a união estável apenas garante a submissão do ‘par ao denominado Direito Tutelar ou Assistencial’ (Bittar)” (PENTEADO, 1998, p. 110).

⁸ Ainda mais em tempos de tão fácil divórcio, não cabe mais o argumento do desuso do casamento pela indissolubilidade.

⁹ O caráter jurídico de uma dada situação decorre principalmente do reconhecimento social desse *caráter jurídico* por parte da sociedade, restando esse reconhecimento acima da vontade individual das partes e da “vontade estatal” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2002, p. 11).

¹⁰ Traçando analogia dos conceitos aristotélicos de substância e acidente, PENTEADO afirma que família pode ser entendida como uma substância que se perfaz com notas que vão além da estabilidade, requisito suficiente para a união estável. O casamento implica uma relação perfeita, juridicamente, e por isso é a meta final da união estável. A determinação da conversão da união estável em casamento aponta que há distinção entre ambas e caracteriza o casamento como mais perfeito, pois não faria sentido a CF encaminhar uma situação para outra que fosse pior. (PENTEADO, 1998, p. 108-109).

É sintomático que a Constituição¹¹ apresente os conceitos de *família* e de *entidade familiar* grafados de modo diferente, em dispositivos autônomos (art. 226, *caput* e art. 226 §§ 3º e 4º), que se aproximam apenas “para efeito da proteção do Estado” (art. 226 § 3º). Pode-se concluir da interpretação sistemática do art. 226 e parágrafos que há um paradigma ideal de família desejada pela sociedade: a família *matrimonial*, como se pode depreender da ordem de apresentação de ambos os conceitos.

Os §§ 1º e 2º do art. 226 tratam expressamente do casamento, enquanto os §§ 3º e 4º dedicam-se à união estável e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Além disso, o art. 226, § 3º, determina que a lei facilite a conversão da união estável em casamento.

No casamento civil os laços de relacionamento tendem a ser mais fortes. A solenidade do ato e a presença de normas cogentes no casamento pretendem dar-lhe efeito duradouro e garantir a estabilidade da relação, na medida do que é possível ao direito. Um quadro de direitos e deveres que estabeleça padrões mínimos de comportamento e de mútuo respeito, e ofereça modo de gerenciamento do patrimônio familiar, facilita a organização, a convivência e a paz internas no seio familiar, o que convém à sociedade, aos cônjuges e à prole.

Do ponto de vista sócio-jurídico, a formalização expressa melhor a natureza associativa da família pela adesão voluntária a um projeto traçado objetivamente, cujas finalidades e regras básicas de relacionamento estão claramente expressas em lei. Isso confere maior segurança aos que se unem com o objetivo de constituir família, uma vez que passam a ter estatuto mínimo de condutas que deve ser observado para a manutenção da relação.

A estabilidade jurídica do casal contribui para o benefício dos filhos. Filhos de pais casados contam com referência externa da situação jurídica dos genitores – o modelo matrimonial. Tomando por referência hipotético casal, unido matrimonialmente, pode-se afirmar que a disciplina jurídica à qual estão submetidos possui contornos precisos, o que facilita a organização da família; se este mesmo casal vivesse em *união estável*, a relação dos companheiros estaria sob estatuto menos perfeito e impreciso, o que facilita que o relacionamento entre eles mantenha-se sob nebuloso regime. Essa situação se reflete na gestão do poder familiar. Os deveres decorrentes da paternidade, quando somados aos deveres do casamento, tendem a facilitar o trabalho conjunto dos pais perante os filhos. Sendo mais forte o vínculo que os une, maior será a responsabilidade compartilhada, e os direitos dos filhos

¹¹ Convém recordar que o Estado é instrumento a serviço da sociedade e a Constituição é o instrumento formal do qual se vale o Poder Originário que o cria.

serão mais protegidos. Tal pressuposto parte da perspectiva do direito enquanto estrutura de organização da vida social. Por isso pode-se afirmar, sob a perspectiva jurídica, que os filhos de pais casados tendem a ter melhores possibilidades de formação.

O casamento é o melhor modelo de união entre homem e mulher na formação da família pela estabilidade jurídica que propicia. Quando não são casados os pais, o Estado deve estar mais atento à formação do menor. “Quando as crianças nascem e os pais estão juntos, não se investiga sobre a capacidade deles, ou seja, o Estado não interfere para saber se eles estão adequados ou não” (SILVA PEREIRA, 2000, p. 89).

A extensão da proteção do Estado às *entidades familiares* responde a uma necessidade: a união estável apresenta potencialidade matrimonial decorrente do reconhecimento social da similitude dessa situação ao casamento: os *traços jusfamiliares* aí presentes justificam a intervenção protetiva do Estado. À *liberdade* de associação familiar corresponde uma *responsabilidade* social. Tendo em conta o aspecto jurígeno desses traços, convém que seja encaminhado à forma mais adequada, porque juridicamente perfeita, como é o casamento (CF, art. 226 § 3º e CC, art. 1.726)¹². O art. 1.726 do CC regulamentou esta conversão: “a união estável poderá converter-se em casamento mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

A *entidade familiar*, portanto, tem por referência a *família matrimonial*, em algum de seus traços: pais com prole, na família monoparental ou, simplesmente, a reunião perdurável de homem e mulher desimpedidos de se casarem.

Diante do exposto, compreende-se porque a associação familiar sofre ingerência externa: está ligada aos interesses e à organização da própria sociedade civil, não podendo ficar à mercê exclusiva das vontades e interesses individuais daquele que se relaciona familiarmente com outra pessoa.

Quando dessas associações originam-se filhos, o grau de interferência externa tende a aumentar porque a prioridade protetiva dos interesses da criança e do adolescente sobrepõe interesses individuais dos pais. Existindo filiação, haverá poder familiar, e o Estado e a sociedade deverão intervir na administração deste poder quando se constatar atuação insuficiente ou prejudicial ao menor por parte dos responsáveis imediatos. Fora dessas hipóteses, deve-se respeitar a autonomia familiar, pois

“[E]m princípio, podemos afirmar que o nosso sistema jurídico autoriza os pais a criarem seus filhos da maneira que lhes pareça a mais apropriada. São livres de fazê-

¹² Eventualmente poderia se dizer que há aí elementos do suporte fático do casamento, mas insuficientes: a conversão em casamento completa os elementos faltantes.

lo como quiserem. São responsáveis por sua alimentação, vestuário, educação, saúde e lazer. Cabe-lhes definir o parâmetro da educação que pretendem dar, conforme seus próprios modelos e dentro de sua opção cultural” (SILVA PEREIRA, 2000, p. 48).

Visto que o Poder Público interfere na regulação da relação homem-mulher, pelo interesse social que essa união desperta, mesmo na ausência de filhos, quanto mais não deveria fazê-lo na presença de prole. Poder-se-ia cogitar, neste caso, da criação de uma curadoria do vínculo (constituído autônoma ou imposto heteronomamente) no interesse dos filhos menores, que se encarregaria de tentar manter unidos os pais em conflito, buscando evitar a dissolução da relação, em função do grau de prejudicialidade das separações para a prole¹³. Entre os direitos fundamentais da criança e do adolescente está o direito à convivência familiar, que é otimizado pela presença de ambos os pais junto ao filho (ECA, art. 19). Há meios modernos de terapia de família que poderiam auxiliar nesse processo. Mas, esta questão, apenas citada, não será aqui desenvolvida.

2. Competências do Estado, da sociedade e da família em matéria familiar: em busca de um critério

Convém que a relação da família com a sociedade civil e com o Estado seja pautada por critério que oriente *quando e em que âmbitos* esses agrupamentos poderão interferir na condução da vida do indivíduo não emancipado. Esse critério tem por fundamento a divisão de *competências materiais* ou *formais* entre eles.

Para definir os âmbitos da vida privada nos quais o Estado e a sociedade civil podem intervir, bem como os momentos em que tal interferência é necessária, pode-se recorrer à filosofia social, matéria que sofreu eclipse com o desenvolvimento da sociologia no século XX e que tende a recuperar espaço nos meios científicos em face da complexidade pós-moderna, carente de princípios éticos que favoreçam a convivência pacífica e harmônica no relacionamento social.

Para disciplinar a *ordem social*, o direito positivo deve se socorrer da *filosofia social*, sob risco de afrontar a base das relações que se criam no seio da convivência. A sociologia tem por objeto constatar o que ocorre, não diferenciando o *acontecido* do *devido*, de modo que serve à análise, mas não auxilia na proposição de resoluções aos problemas sociais. Por meio da *filosofia social* pode-se responder, por exemplo, qual grupo tem *competência*

¹³ Luiz Mendizábal Oses, (MENDIZÁBAL OSES, 1977, p. 42) argumenta que pelo fato da natureza ter provido todo ser humano *naturalmente* do bem que é uma família, os menores gozariam de uma *titularidade dominical* sobre tal entidade, que serve para satisfazer suas necessidades primárias e o desenvolvimento de seus interesses essenciais.

originária para tratar da educação dos incapazes por defeito de idade, se é possível estabelecer hierarquia entre eles e quais princípios poderiam nortear a atuação harmônica dessas *esferas* ou *círculos de coletividade* na tutela da pessoa humana e na promoção do bem comum.

Os agrupamentos citados (Estado, sociedade civil, família) dividem competências e ocupam espaços diferenciados, tendo em vista a consecução do bem comum. Cada qual atua em âmbito da vida social. É difícil estabelecer *regras* que regulem com exatidão o espaço de cada qual. As competências são estabelecidas, em linhas gerais, por meio de *princípios*. Os princípios que orientam o relacionamento dos círculos de coletividade adquirem feição jurídica na medida em que determinam *dever-ser* que vincula socialmente. Essa força deontológica converte-os em princípios jurídicos.

Cabe aqui digressão a respeito dos princípios de direito, que retornam na atualidade como técnica preferencial de sistematização e aplicação do direito. Além disso, convém traçar linhas a respeito da noção de *competência*, para que o uso do conceito nesse plano seja compreendido e aplicado de modo uniforme.

Entre as entidades que envolvem o menor de idade, a família ocupa a primeira posição em ordem de precedência, pois é órgão imediato de sua formação. A sociedade civil (*sociedade política* em Maritain) está em segundo plano, pois precede o organismo estatal na existência. Em terceiro lugar, coloca-se o Estado, entidade instrumental que tem por função zelar pelos serviços públicos como representante da sociedade política na gestão dos poderes que pertencem a ela.

Os três círculos sociais aparecem relacionados no §1º do art. 226 da CF, sob o título VIII da Carta Magna nomeado *da ordem social*: “a família, base da sociedade civil, terá proteção especial do Estado”. De modo sintético está expressa nessas palavras a relação de interdependência entre eles, segundo a hierarquia acima: a *família* é a base (célula social) sem a qual não se constitui a *sociedade civil* (o tecido social). O Estado, por sua vez, produto da sociedade civil organizada, foi incumbido expressamente por ela de proteger sua base, ou seja, a família.

A família é o agrupamento social que tem maior responsabilidade na formação das novas gerações. Por isso a sociedade política, reunida em Assembléia Constituinte, quis impor ao Estado o dever de protegê-la especialmente, prescrevendo-o no documento que constitui e define as competências estatais (LEHMANN, 1953, p. 273).

Parte do direito positivo é produto do *reconhecimento social* do que há de juridicidade nas relações intersubjetivas. As relações sociais que se juridicizam são frutos da ação e interação das pessoas entre si e dos círculos sociais. Nesse passo afirma Pontes de Miranda que

“[...] a cada círculo social corresponde o seu *tipo de direito*, o seu sistema. Diante das convicções da ciência, que tanto nos mostram e comprovam explicação extrínseca dos fatos (isto é, dos fatos sociais, objetivamente), o que se não pode pretender é reduzir o direito a simples produto do Estado. O direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência dentro deles. Qualquer círculo, e não só os políticos, tem o direito que lhe corresponde (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 170).”.

Ter “o direito que lhe corresponde” significa *ter o poder que lhe compete* na divisão de funções entre círculos sociais, para garantir a saudável convivência humana. Nesse sentido, Johannes Messner dizia que “o direito consiste em *competências* garantidas, isto é, em poderes seguros para fazer, ter ou exigir algo perante uma eventual violação de outrem”. “As competências conferidas pelo direito devem-se às responsabilidades ligadas aos fins existenciais dos homens” (MESSNER, s/d, p. 211).

Convém analisar brevemente o conceito de *competência*.

O termo competência procede do latim (*cum petere*) “e significa pretender, pedir, solicitar algo de outra pessoa; e mais concretamente, a aptidão ou idoneidade para a realização de determinados atos conforme a certas regras” (PELÁEZ DEL ROSAL, 1989: p. 87). Neste último significado é que o termo adquire sentido jurídico, habitualmente ligado ao direito público, onde se definem as regras de convivência mais amplas. Pouco comum tem sido o uso desse termo no estudo do direito privado. Em fase de aproximação conceitual entre direito privado e direito público, valer-se do uso desse conceito pode mostrar-se recurso de grande utilidade.

Competência, conclui Massami Uyeda (UYEDA, 1992, p. 156), é termo de difícil conceituação. Facilmente é apontado como consequência das cartas constitucionais, uma vez que a norma fundamental costuma dividir os poderes públicos (UYEDA, 1992, p. 162) entre as unidades da Federação, ou separá-los de acordo com as funções legislativa, executiva e jurisdicional, atribuindo a determinados órgãos ou entidades parcela de responsabilidade no gerenciamento dos poderes públicos.

Na doutrina do direito constitucional, a *competência* pode ser definida como “a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões” (SILVA, 2000, p. 479-485). Fica ela restrita ao Poder Público.

De modo geral, o conceito de *competência* tem função delimitadora da margem de atuação de uma entidade. Em matéria de direito público - campo regido pelo princípio da legalidade - tende a Constituição a definir as competências nos âmbitos quantitativo ou extensivo, parcela de poder cabível a cada unidade da Federação, e qualitativo, atuação do Poder Público separado na tríade funcional entre executivo, legislativo e jurisdicional.

A ciência do direito constitucional desenvolveu teorias para explicar as *competências* do Estado. Pode-se aproveitar do arcabouço conceitual de José Afonso da Silva, em seu aspecto formal, para unificar o sentido dos tipos de competência de cada círculo social, no tocante ao poder de interferir na vida do incapaz por carência de idade.

Dentre os critérios de classificação possíveis, mostra-se útil ao escopo desse trabalho aquele que nomeia as competências de acordo com a *extensão* do poder cabível a cada entidade, em determinada matéria. Esta *competência extensiva* se subdivide em quatro tipos: *exclusiva*, *privativa*, *concorrente* e *suplementar*.

A *competência exclusiva* é aquela que não admite complementariedade e nem delegação. A *competência privativa*, por sua vez, assemelha-se à exclusiva, com o diferença de admitir delegação. A *competência concorrente* (ou *comum*) é a competência que, originariamente, é atribuída a mais de uma entidade. Pode ser que esta *competência comum* seja dividida, criando-se diferentes graus de participação das entidades que concorrem no exercício do mesmo poder. Pode ser que haja participação igual das entidades na gestão do poder que lhes compete, ou pode ser que haja primazia de uma com relação à(s) outra(s). Neste caso, quando há reserva de certas incumbências a uma delas *a priori*, por disposição legal ou por força da normatividade jurídico-social, surge a *competência suplementar*, categoria de competência concorrente. A *competência suplementar* é exercida apenas quando a entidade que tem preferência para exercer a *competência concorrente* não o faz, ou se limita aos aspectos gerais da matéria que administra, restando à outra suplementar o exercício do poder dado a ambas (SILVA, 2000, p. 482-483).

Outro critério classificatório diz respeito à sucessão da competência de que se investe. Será chamada de *originária* a competência quando exercida pela entidade que foi originariamente investida dela. Será *delegada* a competência quando a entidade que a exerce sucede a uma outra, que lhe tenha delegado tal poder (SILVA, 2000, p. 483-484).

É de grande utilidade o uso do conceito de *competência* para que se compreenda o que cabe a cada entidade no jogo de responsabilidades em defesa dos direitos da criança e do

adolescente. Nesse caso, ao invés de se falar em competência legal (definida pela lei), melhor seria falar-se de *competência natural*¹⁴, pois precede a lei.

As competências naturais da família e da sociedade civil independem de previsão legal estatal para serem reconhecidas e operarem efeitos, apesar de o conhecimento delas ficar condicionado pela cultura e sua realização poder ser controlada pela lei positiva (HERVADA, 1990, p. 131). As competências estatais, sendo o Estado ente criado pela sociedade, necessitam estar previstas de modo claro nas constituições ou convenções públicas da sociedade civil, onde se deveriam definir, de acordo com uma razão de proporcionalidade e adequação, quais funções podem ser transferidas ao Estado quando couber a ele agir em nome da sociedade civil. Todavia, pode acontecer de algumas competências estatais não estarem positivadas, por imperfeição dos documentos correspondentes, pela cultura da população, pela eventual impossibilidade de previsão quando da elaboração da Carta Política, ou pelo fato de algumas delas não necessitarem de reconhecimento formal, por estarem devidamente assimiladas no contexto sócio-político.

Na CF há repertório imenso de competências estatais. Em quantidade menor, podem ser nela identificadas competências dos demais círculos sociais. Todavia, para descobrir, de modo mais completo, qual a competência cabível aos grupos diferentes do Estado, deve-se ir além dela e buscar subsídios na filosofia social.

As competências dos diversos círculos sociais – família, Estado, sociedade política – em matéria de criança e adolescente, são mais bem percebidas por meio dos princípios que orientam a ordem social. Antes da exposição dos princípios aplicáveis a essa matéria, convém repassar, brevemente, a noção de *princípio*, no âmbito sócio-jurídico.

3. Princípios de ordem social

3.1 Princípios e relações jurídicas entre Estado, sociedade e família.

Autores da segunda metade do século XX desenvolveram doutrina que revigora a força dos princípios em matéria jurídica, como reação ao formalismo positivista que dominou o século XIX e boa parte do XX. Entre outros contribuíram para essa retomada Chaim

¹⁴ A palavra *natural* tem sua raiz (*nat.*) relacionada ao supino do verbo latino *nasc-or (nat-us sum)*, que significa nascer. Assim também as palavras nato, inato, nativo, natalidade, natureza, nação. (GÓIS, 1945, p. 206-207). O qualificativo *natural* refere-se, neste uso específico, ao nascimento de algo que não precisa ser *posto* pela vontade humana para que possa existir, por se tratar de algo que *nasce com o homem* ou que *nasce da situação concreta*, socialmente estabelecida, sem a necessidade da chancela do direito positivo estatal. Portanto algo nascido com a pessoa ou algo nascido de uma situação relacional onde a declaração de vontade humana, ainda que presente, não é a causa eficiente do fenômeno.

Perelmann, Theodor Viehwg, Robert Alexy e Ronald Dworkin. Para efeitos do presente estudo, julgou-se por bem apresentar a doutrina principiológica conforme exposição sintética de Hernán Valencia Restrepo e de Eros Roberto Grau, que em muito seguem os autores acima citados.

Hernán Valencia Restrepo dedicou-se a estudar aspectos dos princípios gerais de direito - suas funções, sua história, origem, natureza e fundamentação.

A fragmentação dos hábitos sociais gera complexidade superior à capacidade legislativa, fazendo-se recomendável a flexibilização do Direito mediante artifícios que permitam a adequação do aparato jurídico e judiciário às situações. Para isso servem as cláusulas gerais, os conceitos indeterminados e, a proliferação de normas principiológicas. Fornece-se ao operador do direito, dessa forma, ferramentas apropriadas para tratar com o devido acerto os fatos atuais.

Valencia Restrepo define princípio como "norma jurídica, fundamental, taxativa, universal, tópica, axiológica, implícita ou explicitamente positiva, que serve para criar, interpretar e integrar o ordenamento" (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 15). Cada termo desta definição merece breve desenvolvimento, forçosamente sintético, pois não é o objeto específico deste estudo. Diferenciam-se nela quatro notas referentes à natureza jurídica e quatro ligadas à natureza filosófica dos princípios (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 15-23).

Como atributos de sua natureza jurídica, os princípios são *normas jurídicas* (1), *taxativas* (2), *explícita ou implicitamente positivas* (3) e com *função triplíce de criar, interpretar e integrar* o ordenamento (4).

São normas jurídicas "porque possuem os elementos estruturais de toda norma jurídica: um suposto e suas conseqüências" (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 16). Nos princípios, "o suposto [hipótese de cuja realização dependem as conseqüências] sempre é expresso, apesar de com muita frequência de um modo sumamente genérico ou superficial" (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 17), enquanto as conseqüências (constituição, modificação ou extinção de posições jurídicas) são demasiado tácitas, no que se diferenciam das normas não principiológicas, como as leis e os costumes, que tendem a especificar expressamente tanto um quanto outro.

As normas principiológicas necessitam de norma posterior que as particularize. Isso também se exige para as normas que não possuem especificação devida. Em matéria de princípios a norma particulazidora costuma ser editada pelo órgão responsável de dizer o direito - *juris dictio* - em cada caso.

Outro argumento apresentado por Valencia Restrepo, para configurar princípios como normas jurídicas, é o fato de cumprirem a mesma função perante os operadores do Direito, qual seja, a de *regular casos*. Onde há a mesma função, deve haver a mesma natureza, de acordo com o aforisma filosófico *operari sequitur esse*, o agir segue o ser (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 18).

Por fim, uma consideração de ordem prática: todas as cortes de cassação americanas e européias estabelecerem que a violação de um princípio é violação de norma e, logo, constitui fundamento para interposição de recurso.

O caráter taxativo dos princípios adviria de sua relação com o bem comum, a ordem pública e os bons costumes, pilares da sociedade segundo Valencia Restrepo. Esses três elementos seriam valores e constituiriam os fundamentos necessários da convivência social. "Toda norma taxativa, ou é um princípio, ou é a aplicação de um princípio" (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 18).

Seriam normas implícita ou explicitamente positivas. Explicitamente positivas quando emanadas da autoridade estatal ou pré-estatal, quando estabelecidas por Assembléia Constituinte, de modo expreso ou solene, dotadas formalmente de coercibilidade. Seriam implícitas quando não positivadas por órgãos legislativos, sendo, no entanto, de compreensão geral entre os órgãos aplicadores do direito. O caráter normativo implícito recupera vigor após domínio do positivismo formal, que limitava o *jurídico* ao consubstanciado por escrito, ditado pelas autoridades legislativas. Excluía-se a possibilidade de deduzir outros princípios por meio da interpretação. A admissão dos princípios implícitos impõe a abertura do sistema jurídico, e é tendência atual. Os sistemas fechados viram-se na necessidade de render-se à tópica principiológica diante dos casos que ficaram excluídos da incidência dos princípios expressos.

A importância do direito principiológico pode ser captada nas palavras de Grau:

“[O]s princípios são o conteúdo das formas jurídicas. O desafio com que nosso tempo interpela ao jurista é, precisamente, o da composição de equilíbrio entre conteúdo e forma. E o completo discernimento da complexidade desse desafio supõe o conhecimento não somente do direito posto, mas também do direito pressuposto”¹⁵.

A fundamentação do direito principiológico, para Grau, pode estar no direito posto ou no direito pressuposto.

O direito posto seria o direito produzido pelo Estado, direito moderno ou direito formal. O direito pressuposto é deduzido das relações jurídicas embutidas, escondidas nas relações sociais (GRAU, 1998, p. 61-63). O direito pressuposto é produto cultural, fruto de

¹⁵ (GRAU, 1998, p. 27).

sua época. É formado "fundamentalmente, [por] princípios"(GRAU, 1998, p. 57). Fundamenta todo o direito positivo. Nasce da vida em sociedade e se manifesta no direito posto especialmente por intermédio de princípios.

Esse pensamento pode ser estendido aos princípios que orientam a ordem social e que não estão expressos no direito oficial, formal.

Para Valencia Restrepo "é a história que tipifica e condiciona a definição dos princípios, e não vice-versa" (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 14). Critica a posição do jusnaturalismo racionalista (Hobbes, Rousseau) e o positivismo, filiando-se à escola do Direito Natural Objetivo, por entender que tal escola apresenta a melhor explicação do fenômeno da juridicidade *ex facto*.

O que Grau chama *direito pressuposto* pode ser aproximado àquilo que Valencia Restrepo denomina *normas principiológicas implícitas*.

Quarta nota dos princípios gerais é sua tríplice função: criar, interpretar e integrar o ordenamento. A função criativa está em que os princípios prescrevem como deve ser a elaboração, modificação e derrogação do direito. Seu caráter interpretativo se deduz por orientar o aplicador do direito em sua compreensão, observância e execução. Por fim, o aspecto integrativo dos princípios responde à necessidade de se recorrer aos princípios quando há lacuna no ordenamento. É a função mais difundida no Brasil, por força da Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º.

Do ponto de vista filosófico, Valencia Restrepo entende que o princípio é norma fundamental, universal, tópica e axiológica. Fundamental: sobre eles se constrói todo o direito objetivo. "O fundamental é o filosoficamente principal, e equivale ao taxativo, que é o juridicamente principal" (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 20). Seguindo a definição aristotélica de universal, *o que*, por sua natureza, *pode-se predicar de muitos*, conclui que os princípios são universais porque aplicáveis a infindáveis casos. Teriam caráter axiomático: não há como demonstrá-los, assim como não cabe demonstração dos axiomas matemáticos. Os princípios são apenas plausíveis, prováveis¹⁶.

As definições no âmbito das ciências sociais estão ligadas principalmente à razão prática e não à razão teórica, que serve às ciências exatas. As ciências humanas padecem inexactidão, por força da liberdade humana, motor da variedade e contingência das situações

¹⁶ O sistema tópico, descrito por Theodor VIEHWEG, é um sistema aberto que aceita pontos de vista diferentes acerca da compreensão e da resolução de um mesmo problema. É possível que estes pontos de vista partam de princípios diferentes. Para o jurista chegar a uma certeza (que lhe facilita a decisão) entre as possíveis respostas para o problema, deverá perguntar-se qual delas parece ter maior verossimilhança. Chega-se a esta certeza por meio de um método de argumentação dialógica (em diálogo com o fato a partir do *tópoi* – ponto de vista adotado). (VIEHWEG, 1969, on line).

ao longo do tempo: é impossível compreender, abarcar, o humano dentro de uma teoria absolutamente exata e precisa.

Quanto ao caráter axiológico todas as normas o possuem, seja direta ou indiretamente, uma vez que ao fim e ao cabo estão relacionadas a algum valor¹⁷.

Deve-se completar esta brevíssima exposição sobre os princípios de direito, chamando a atenção para a hierarquia que pode ser estabelecida entre eles.

Quando os princípios estão expressos no direito formal, mais fácil sua aplicação. Quando implícitos, mais trabalhosa a fundamentação, mas nem por isso menor sua força vinculante.

Convém estar atento à fonte da qual emanam os princípios. Após o desenvolvimento e a incorporação do constitucionalismo às culturas jurídicas ocidentais, as normas constitucionais se impuseram no topo da hierarquia formal e material do direito. Desse modo, os princípios expressos ou implícitos no direito formal têm maior força se estiverem mais próximos ao topo do ordenamento, a Constituição.

A CF de 1988 dedica título à “ordem social”, e os princípios que puderem ser relacionados a esse título têm maior peso normativo, devendo nortear todo o sistema dedicado à matéria.

3.2 Prevalência dos princípios constitucionais

Enquanto sistema, o direito tem ordenação e coerência internas. É uma totalidade organizada. Todavia, essa coerência não se refere a uma uniformidade de pontos de chegada. Isto seria impossível, dada a multiplicidade de situações diferentes na complexidade do mundo. Cada caso pede resposta apropriada, feita à sua medida. Em cada situação, um dado diferente pode exigir resposta reelaborada integralmente, em comparação com situação assemelhada.

A coerência que se pode esperar do sistema jurídico não decorre, portanto, de uniformidade de decisões. Estaria ela apoiada, isto sim, na simetria do *modo* de aplicar o direito. A coerência viria, dessa forma, por meio do *know-how* utilizado pelos juízes, sedimentado na jurisprudência.

¹⁷ Segundo LARENZ, “por ‘princípios jurídicos’ entendemos aqui *idéias jurídicas gerais* que permitem considerar uma regulamentação normativa como conveniente ou bem fundada, por referência à idéia de Direito ou a valores jurídicos reconhecidos. Em parte, esses princípios identificam-se com os próprios valores jurídicos superiores, como a idéia de “boa fé” ou a “justiça distributiva”; em parte, são critérios referidos a esses valores, como por exemplo os critérios de imputação; em parte ainda, são postulados ético-jurídicos ou sócio-jurídicos, como a tutela da personalidade, a tutela da boa fé, a proteção aos menores e à parte socialmente mais débil, o dever de assistência aos socialmente dependentes, etc” (LARENZ, 1978, p. 569).

O juiz não pode deixar de fundamentar o direito na dogmática. Por mais que suas metas sejam elevadas, deve sempre seguir as regras do jogo. Paulo Ricardo Schier (SCHIER, 1997) desenvolve essa idéia lembrando que os adeptos de teorias socialistas não podem fugir desse método, invocando a injustiça do sistema como motivo. O sistema, em si, não pode ser tachado de injusto, uma vez que é forma onde se conseguiu sintetizar procedimento *standard*, inteligível a qualquer pessoa.

Ao interpretar o fato e os dispositivos legais a partir da meditação do caso concreto, como no círculo hermenêutico de Larenz (LARENZ, 1989, p. 337), o juiz aprimora seu raciocínio, num ir e vir do caso à norma, de acordo com hierarquia de valores ponderados (princípios, em termos técnico-jurídicos). Esse sopesar entre princípios cabíveis, ditados pelo caso concreto, encontra o seu paralelo normativo no âmbito da hierarquia legal. Na estruturação do arcabouço legal já se percebe quais valores reclamam preferência, segundo as coisas costumam ser. Trata-se de orientação, não de imposição. Não se pode atribuir caráter absoluto a nenhum princípio, salvo o princípio da dignidade do ser humano, que por ser o único absoluto, permite-nos considerar os demais relativos a ele.

A ordenação sistêmica está alicerçada na idéia de *estrutura*. A *estrutura hierárquica dirige* a interpretação permitida pela abertura do sistema. Estabelece um mínimo de ordem entre os preceitos a serem aplicados. Essa estrutura impõe modo de proceder harmônico e torna possível a continuidade coerente de sentido entre as normas. A aplicação do direito deve seguir a cadência dada pela hierarquia normativa. A composição das normas, sob hierarquia formal, estabelece pauta de orientação para o tratamento de assuntos jurídicos.

Os princípios que informam o tecido das normas, que lhe dão concreção, ao serem postos na Constituição, somam à *hierarquia formal* certa *hierarquia material*. Os valores da Norma Fundamental se refletem nas demais normas do sistema, que dela retiram fundamentação. Ela serve de base à criação legislativa e à aplicação do direito. A interpretação *conforme a constituição* gera ressonância dos valores constitucionais em todo o sistema.

Quando se inscrevem determinados princípios na Constituição, estabelece-se hierarquia de valores no sistema normativo. O rigoroso procedimento para alteração da Constituição¹⁸ aumenta a força de tais princípios.

Não se pode perder de vista que a Constituição é uma carta política. No jogo de forças dos grupos que estiveram presentes em sua gestação, setores organizados da sociedade

¹⁸ Rigoroso sobretudo em matéria de direitos e garantias fundamentais, aos quais os princípios estão estrategicamente vinculados, via de regra, dada sua dependência do princípio fundamental da dignidade humana.

defenderam interesses diversos. Isso explica a presença de princípios aparentemente opostos na Carta Magna¹⁹. Dentre os diversos princípios constitucionais há um que se sobrepõe aos demais. A norma máxima é o princípio da dignidade humana e por ela se resolverão aparentes conflitos entre princípios. Há princípios no ordenamento jurídico que devem ser reconhecidos e aplicados desde que não colidam com princípios constitucionais.

A identificação dos princípios que informam setores da convivência sócio-jurídica permite otimizar a aplicação do direito respectivo, mantendo-se a coerência do sistema. Os princípios relativos à ordem social informam a estrutura da vida em sociedade em razão do que têm natureza ética, política e jurídica. A dimensão social e política da organização familiar, estudadas na Ética Social, são de grande relevância para o Direito e devem subordinar o jurídico, sob risco de se reduzir o direito a pura força, sem sentido.

A digressão acima serve para introduzir quatro princípios que se encontram expressa ou implicitamente na CF de 1988, em sua feição jurídica e política, e na legislação pertinente ao poder familiar. Eles compõem a base sobre a qual se assenta a relação entre as esferas de coletividade no que se refere ao menor de idade, regulando as competências de cada uma.

3.3 O princípio da subsidiariedade

A Igreja Católica desenvolveu conceitos e princípios para o relacionamento entre os círculos sociais - família, sociedade civil e Estado -, de acordo com divisão de competências. Desde o século XIX compõe de modo sistemático sua Doutrina Social com edição periódica de documentos eclesiais e pastorais²⁰, em resposta a abusos perpetrados contra a pessoa humana em matéria política, econômica e social. O *princípio da subsidiariedade* é dos mais importantes da Doutrina Social católica.

A palavra provém do latim *subsidium*, que significa “ajuda desde a reserva”, ou seja, desde uma instância que não é responsável diretamente pelo cometido. Em Roma, as *subsidiarii cohortes* eram as tropas que estavam na retaguarda, dispostas a ajudar as tropas de primeira linha (*prima acies*) quando estivessem em dificuldades e impossibilitadas de sair da situação por conta própria (MARTINELL GIFRÈ, 1991, p. 707). Há referência, portanto, ao

¹⁹ DWORKIN admite que pode haver conflito entre princípios; mas, salienta que deve o juiz escolher e aplicar aquele que tem maior força de convicção no caso, fundamentando racionalmente a escolha do mesmo. Cf. (CALSAMIGLIA, 1984).

²⁰ Outros documentos do Magistério da Igreja: Encíclica *Rerum novarum* (1891), de Leão XIII, Encíclica *Quadragesimo anno* (1921), de Pio XI, *Radiomensagem de Pentecostes-La Solemnità* (1941), de Pio XII, *Mater et Magistra* (1961) e *Pacem in Terris* (1963), de João XXIII, *Populorum progressio* (1967), de Paulo VI, *Laborem Exercens* (1981) e *Centesimus anno* (1991) de João Paulo II, além de outras inúmeras alocações, discursos e documentos (dentre os quais se destaca a *Gaudium et spes*, constituição pastoral do Concílio Vaticano II. (MILLÁN PUELLES, 1993, p.41-45, e LLANO CIFUENTES, 1989).

auxílio prestado por entidades *superiores* a organizações *inferiores*, sempre que estas não sejam capazes de atender sozinhas às suas necessidades. Costuma ser aplicado na relação entre o Estado e a sociedade civil, incluindo aqui as entidades intermediárias. Serve de orientação à vida social e reflete experiência humana básica, pertencendo a toda filosofia política.

O conceito adquiriu forma especialmente grata na encíclica *Quadragesimo anno*, de Pio XI:

“Ainda que seja verdade que muitas tarefas que em épocas anteriores podiam realizar também as associações pequenas, hoje somente podem levar-se a cabo por obra de grandes entidades sociais, permanece, contudo, firme e imutável em filosofia social aquele importantíssimo princípio que não se pode alterar nem mudar: da mesma maneira que não se deve privar o indivíduo daquilo que pode obter pela própria iniciativa e pelas suas próprias forças, nem atribuir-lhe a atividade da sociedade, atenta igualmente contra a justiça outorgar à comunidade superior e mais ampla aquilo que as comunidades menores e subordinadas podem conseguir e levar a bom fim. Toda atividade social deve, por sua natureza, prestar auxílio aos membros do corpo social, nunca absorvê-los nem destruí-los”²¹.

Conseqüente do princípio da solidariedade²², o princípio da subsidiariedade deve ser aplicado nas diversas situações em que se relacionam entidades de maior e menor superioridade: Estado e Municípios, Municípios e associações civis, Estado e família, etc. Importa chamar atenção a que

“[...] O princípio da subsidiariedade põe em evidência sobretudo a função subsidiária do termo maior (que consiste na execução das funções [competências] que lhe são próprias); e, em segundo lugar, sua função supletiva ou accidental (que consiste na substituição das entidades inferiores, quando estas são incapazes de cumprir com suas obrigações)” (MARTINELL GIFRÉ, 1991, p. 707).

De acordo com Llano Cifuentes,

“O princípio da subsidiariedade estabelece que o Estado, de um lado deve permitir sempre ao indivíduo e às sociedades menores ou intermediárias exercitarem os seus direitos e cumprirem os seus deveres na medida em que são capazes por si mesmos e, de outro, deve ajudar com a sua assistência (subsídio) nas coisas necessárias em que estes não são suficientes” (LLANO CIFUENTES, 1989, p. 52) .

Associando a relação dentre os círculos sociais, às competências de cada um, pode-se entender que a subsidiariedade determina que o Estado respeite as *competências exclusivas* e

²¹ “È vero certarriete e ben dimostrato dalla storia, che, per la mutazione delle circostanze, molte cose non si possono più compiere se non da grandi associazioni, laddove prima si eseguivano anche delle piccole. Ma deve tuttavia restare saldo il principio importantissimo nella filosofia sociale: che siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle e assorbirle”. Pio XI, Encíclica *Quadragesimo anno*, n. 79: Disponível em: <http://www.vaticano.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_it.html> . Acesso em 03 jun. 2002.

²² “O princípio da subsidiariedade supõe os princípios de solidariedade e do bem comum, sem com eles identificar-se”. (HÖFFNER, 1986, p. 35).

privativas das entidades menores²³. Deverá agir (fornecer subsídio) quando não estiverem cumprindo suas funções (competências), em defesa e proteção das pessoas que possam ser prejudicadas por sua atuação insuficiente. Esse princípio, portanto, protege a *autonomia* de grupos sociais menores, em face da invasão abusiva do Estado.

Cabe ao Estado intervir na medida em que for necessária essa intervenção, de acordo com circunstâncias que a justifiquem, mas sempre permitindo o pleno desenvolvimento das sociedades intermediárias, como a família, o Município, a corporação, o sindicato. Todas devem ser respeitadas porque respondem a uma necessidade - e por isso têm direitos e finalidades próprias, como é o caso da família²⁴ - ou porque são, no mínimo, produto da liberdade humana de associação²⁵.

Dentre as conseqüências do princípio da subsidiariedade, muitas das quais têm repercussão no âmbito econômico, destacam-se, para efeitos do presente estudo, a constatação da existência de fins e competências inerentes à natureza do indivíduo, da família e das unidades sociais menores, que não resultam de transmissão ou delegação feitas pelo Estado. O desrespeito a tais competências implica totalitarismo estatal, uma vez que o Estado se imiscui no âmbito de atuação de outras entidades. O princípio exprime a autonomia dos indivíduos, da família, das comunidades locais, profissionais e religiosas (LLANO CIFUENTES, 1989, p. 56-55)..

Pode-se perceber o princípio da subsidiariedade informando diversos dispositivos constitucionais, principalmente no título “da ordem social” da CF, e infraconstitucionais. Assim nas normas que reconhecem aos pais os poderes inerentes ao poder familiar de modo originário, primeiros responsáveis pela formação dos filhos, e estabelecem que cabe à sociedade e ao Estado zelar pelos menores de idade, respeitando a precedência da família. Exemplificativamente pode-se ver CF, arts. 229 e 227²⁶; CC, art. 1.634; ECA, art. 22²⁷.

²³ O conceito de competência desenvolvido no ponto 4.2 (capítulo 4) terá maior aplicação a partir de agora.

²⁴ Também a *Declaração dos Direitos do Homem*, da ONU (10/12/1948), estabelece esse caráter natural e fundamental da família: “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado” (art. 16).

²⁵ O liberalismo foi um dos fatores responsáveis pela atomização da sociedade mediante a desconsideração dos grupos intermediários que serviam de ponte entre o indivíduo e o Estado: “subestimando ou debilitando os grêmios e corporações profissionais, a família e o Município, conseguiu-se – como apontam muitas correntes de pensamento atual – que o indivíduo se sinta impotente e insignificante, ensinando-lhe a projetar todos os seus poderes humanos na figura do líder, do Estado”. (LLANO CIFUENTES, 1989, p. 53).

²⁶ O art. 227 da CF dispõe acerca dos deveres das três sociedades com relação ao menores de idade, que poderia ser interpretado segundo uma ordem de precedência de responsabilidade e competência dos círculos sociais: família, sociedade e Estado.

²⁷ Enunciado do CC, art. 1.634: “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos...”.
Enunciado do ECA, art. 22: “aos pais incumbe o dever de sustento...”

Na encíclica *Quadragesimo anno*, Pio XI afirma que “dupla é a função da autoridade política do Estado: garantir e promover; mas não é de modo algum função do poder político absorver a família e o indivíduo ou sub-rogar-se em seu lugar”²⁸.

O princípio da subsidiariedade será aplicado quando determinada competência não estiver sendo cumprida e outro agrupamento auxilia ou assume a função respectiva para garantir o bem comum e/ou o bem individual de quem pode estar sendo lesado pela atuação insuficiente do grupo competente originariamente.

3.4 Competências extensivas e princípios reguladores

A partir dos conceitos apresentados, pode-se progredir na descrição de princípios orientadores da ordem social, que estabelecem as competências de cada círculo social.

Quando há competência *exclusiva* com relação a determinada finalidade, a falta do respectivo círculo jamais será compensada pela atuação de outro. Haverá lacuna que não será preenchida pela entidade sucessora, por mais que se trabalhe para suprir esta carência.

Quando se trata de competência *privativa*, a ausência da entidade originariamente competente causará prejuízo até que outra assuma sua função. A entidade substituta, no entanto, dificilmente alcançará o nível de atendimento dispensado pela originária, de modo que o exercício de competência delegada pela sociedade, pela lei ou pelas autoridades, tendencialmente será qualitativamente pior. Todavia, pelo fato de os poderes serem delegáveis, o prejuízo será menor, em comparação com as situações de ausência das entidades encarregadas de competências exclusivas.

As competências *comuns* ou *concorrentes* são as que podem ser assumidas por grupos diferentes com menor perda de eficácia. As atribuições do círculo social ausente são mais facilmente exercidas pela atuação de outro.

Esta última categoria de competência, por sua vez, pode se apresentar dividida entre competência *preferencial*, ou geral, e competência *suplementar*. A distinção se explica pela atribuição de maior responsabilidade a um grupo que a outro, apesar de ambos serem encarregados da mesma função.

De acordo com a categoria de competência que é afetada, haverá maior ou menor perda de eficácia²⁹.

²⁸ Pio XI, Encíclica *Quadragesimo anno*, n. 36.

²⁹ Talvez se possam ilustrar as ausências das entidades competentes originariamente, em cada um dos tipos de competência, por meio da imagem do corpo humano com dificuldades em seus órgãos. O exemplo é limitado, como toda analogia; mas, pode auxiliar na compreensão geral das distinções que serão apontadas. A falta de entidade dotada de competência exclusiva poderia ser comparada a uma lesão no sistema nervoso:

Em matéria de gerenciamento do poder familiar, as competências concorrentes, quando as houver, terão a forma de competência suplementar, resguardando-se a precedência da família no cumprimento dos encargos relativos aos filhos. A família é o principal círculo social responsável pela formação da pessoa de modo que os pais terão competência preferencial; a sociedade civil e o Estado, competência suplementar.

Aqui se pode voltar ao conceito de subsidiariedade para avançar no estudo das competências. Também os conceitos de título e exercício facilitarão o entendimento do assunto.

O princípio da subsidiariedade é invocado quando o título de dada competência pertence a uma entidade e uma outra lhe auxilia no exercício dos poderes respectivos. A interferência se faz mais necessária à medida que o descumprimento da função em questão gere ou possa gerar mal social ou individual, em desacordo com a dignidade da pessoa que teria direito a esse atendimento. Há como que uma rede de seguridade amparando a pessoa nos diversos círculos do qual ela faz parte.

Quanto ao modo de aplicar a subsidiariedade, ele pode ser ordinário ou extraordinário, de acordo com o poder necessário para intervir em certos âmbitos de competência das entidades destinatárias. A *subsidiariedade* será exercitada de modo extraordinário quando se tratar de interferir gravemente no exercício ou mesmo título de competências *exclusivas* ou *privativas* de outra entidade. Neste último caso será necessário agir mediante o Poder Judiciário. A atualização da subsidiariedade pode variar de auxílio a substituição, conforme seja a necessidade específica de intervenção.

Não assim no exercício de competências concorrentes, pois neste caso há paridade entre as sociedades encarregadas de cumpri-las ordinariamente, de modo que o dever se impõe a todos os círculos, respeitando-se a ordem de precedência da entidade que goza de competência preferencial. Nos casos em que há competência *concorrente*, melhor seria invocar outro princípio, intimamente relacionado ao princípio da subsidiariedade. Trata-se do *princípio da cooperação* que, em último termo, poderia ser reduzido àquele. Nas

não há reconstituição que recoloca a pessoa no estado anterior: as células nervosas não se reconstituem. O mesmo se poderia dizer da insuficiência em matéria de competência exclusiva de um círculo social. A falta com relação a competência privativa, poderia ser comparada à falta de órgão substituível, com perdas grandes. Seria o caso, por exemplo, do coração humano. Por mais que um transplante garanta a funcionalidade principal do órgão, o paciente muito dificilmente alcançará desempenho similar ao que alcançaria se estivesse com o coração original e saudável. A competência comum seria aquela que pode ser exercida por órgãos múltiplos, como os membros, pulmões, rins, olhos. Mas, a ausência de um destes órgãos gera perdas ao corpo. Além disso, para estender o exemplo à competência suplementar, pode-se pensar no caso das mãos. Um destro tem maior necessidade de sua mão direita que da esquerda. A mão direita, por mais que seja da mesma natureza que a esquerda, tem preferência, pelo fato de ter maior habilidade e servir melhor às funções requeridas para as mãos.

competências concorrentes há mais de um titular. É o que ocorre no título de poder familiar: pai e mãe são co-titulares.

O princípio da subsidiariedade poderia ser invocado especialmente quando não houvesse igualdade de competência entre os círculos sociais (casos de *competência exclusiva* da família, por exemplo), e um deles precisasse intervir em socorro da pessoa que não é atendida convenientemente pelo grupo social *originariamente competente*. Sempre que intervier substitutivamente em matérias de competência exclusiva da família, o Estado deverá fazê-lo por meio do poder jurisdicional, pois afetará o exercício ou a titularidade do poder familiar de modo grave. A nota de exclusividade do poder familiar, anteriormente exposta, facilita compreender a dimensão da competência exclusiva dos pais.

Pode-se aplicar o raciocínio anterior ao dever de educar.

Primeiro, deve-se diferenciar as categorias de educação: moral, religiosa, intelectual e profissional. Cada âmbito destes pode ser classificado como de competência exclusiva ou privativa dos pais ou como competência comum da família, da sociedade civil e do Estado.

A educação moral do incapaz, por exemplo, é competência *privativa* dos pais. O Estado não *concorre* com eles, e não pode usurpar-lhes tal poder. Quanto à formação profissional, por sua vez, há competência preferencial da família, e competência suplementar do Estado. Quando a competência estatal é atualizada nesse campo, está-se aplicando o *princípio da cooperação*.

Na educação moral, havendo insuficiência dos pais, o Estado deverá intervir, de acordo com o *princípio da subsidiariedade*, em sua dimensão cooperativa, dando suporte para que ela se efetive, ou substituindo-os quando este suporte não for suficiente para garantir aos filhos a assistência moral a que têm direito. Neste último caso deverá usar de seu poder jurisdicional.

Para Fernando Pimentel Cintra “a educação não pode ser atribuída ao Estado da mesma forma com que se atribui à família e à sociedade. O Estado, como sociedade maior e mais perfeita, aparece neste quadro com a função subsidiária de promoção e proteção” (CINTRA, 1999, p. 74). A educação compete *privativa* mas *não exclusivamente* aos pais, de modo que deve o Estado respeitar a precedência dos pais e auxiliá-los na função, quando necessário. Mas não pode arrogar a si o direito de educar moralmente, em concorrência com os pais que respeitam os direitos fundamentais do filho. Deve o Estado respeitar os limites de sua competência.

De modo geral, a educação do menor é *competência originária* e *privativa* da família. Aqui, decorrência das aplicações recomendáveis de respeito ao princípio da subsidiariedade

seriam: o reconhecimento jurídico do ensino dado em casa, que poderia ser aferido oficialmente por exames públicos de participação livre, a possibilidade de os pais escolherem o tipo de educação que desejam para os filhos, a linha pedagógica da escola e a possibilidade de interferirem ativamente nos currículos escolares das escolas públicas e particulares (CINTRA, 1999, p. 72).

3.5 Princípio de cooperação

O *princípio da solidariedade* antecede o *princípio da subsidiariedade*. O efeito da subsidiariedade pode variar de auxílio a substituição, de acordo com o grau de interferência que se dará.

O desenvolvimento científico do princípio da subsidiariedade foi motivado pela necessidade de se corrigir a interferência abusiva do Estado, quando chegou a ponto de exaurir as competências naturais exclusivas, privativas ou preferenciais das entidades sociais menores.

Solidariedade e subsidiariedade fundam-se na sociabilidade humana. Todavia, enquanto a *solidariedade* evoca especialmente a sociabilidade humana, no qual impera o dever de auxílio, a *subsidiariedade* tem como nota peculiar o dever de auxílio *circunscrito*, em respeito à legítima liberdade dos grupos e pessoas, *em garantia da autonomia* dos círculos sociais menores (HÖFFNER, 1986, p. 36). Enquanto a solidariedade impulsiona o auxílio, a subsidiariedade regula o grau de interferência da entidade dotada de mais poder, em face de outra, para que esta não se veja tolhida.

“O princípio de subsidiariedade supõe os princípios da solidariedade e do bem comum, sem com eles identificar-se. A sociedade é obrigada a ajudar os indivíduos. Trata-se de um postulado claro do princípio de solidariedade, que acentua a mútua união e obrigação. Cabe ao princípio de subsidiariedade limitar e distribuir as competências a serem respeitadas nessa ajuda” (HÖFFNER, 1986, p. 35).

Existe também um *princípio de cooperação* desenvolvido pela Doutrina Social da Igreja, de idêntico nome ao que ora se concebe, e que serve de orientação para a atuação conjunta do Estado e da Igreja em tarefas comuns a ambos. A cooperação se refere à *competência comum* em prol do bem comum. O Concílio Vaticano II enunciou da seguinte forma este princípio:

“A comunidade política e a Igreja são independentes entre si e autônomas. Ambas, porém, embora por títulos diferentes, estão a serviço da vocação pessoal e social dos mesmos homens. Tanto mais eficazmente executarão para o bem de todos estes serviços quanto melhor cultivarem entre si a sã cooperação, consideradas também as circunstâncias dos tempos e lugares. O homem, pois, não está restrito apenas à

ordem temporal, mas, vivendo na história humana, conserva integralmente a sua vocação eterna”³⁰.

Analogicamente, em matéria de direito do menor, o princípio referir-se-á a deveres e garantias jurídicas que são incumbência comum do Estado, da sociedade e da família. São situações em que as entidades são co-titulares. Pode haver diferença quanto à precedência no exercício dos deveres respectivos.

O *princípio de cooperação*, sob esse ponto de vista, é norma que fundamenta a atuação conjunta das diversas esferas de agrupamentos em prol de matérias cuja competência é comum entre elas, admitindo-se suprimento de uma em relação à outra, sem afetar as competências privativas ou exclusivas de cada uma.

O princípio da cooperação pode ser inferido da CF, art. 227, que estabelece como “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta [...]”. Reforça essa cooperação os arts. 86, 88 e 4º do ECA, sendo este último quase idêntico ao art. 227 da CF. Tais dispositivos convocam todas as forças de mobilização social para garantir os direitos da criança e do adolescente na política de atendimento³¹.

O *princípio de cooperação* é apresentado por Mendizábal Oses como necessário para uma autêntica Política de Menores, pois toda a coletividade deve estar comprometida com metas de integração comunitária com vistas ao desenvolvimento da personalidade dos menores³².

Em matéria de instrução - formação técnica, intelectual e profissional -, por exemplo, estabeleceu a Constituição que é dever do Estado e da família (art. 205, *caput*), e “será promovida em colaboração da sociedade [...]”. Da parte do Estado, garante-se ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I), e o acesso a ele é reconhecido como “direito

³⁰ *Gaudium et spes* (Concílio Vaticano II), n. 76.

³¹ ECA, art. 86: “A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (grifos nossos). O art. 88, em seus diversos incisos sobre as diretrizes da política de atendimento dos menores aponta, entre outras: a municipalização do atendimento (I), a criação dos Conselhos de Direitos nas esferas federal e estadual, bem como do Conselho Tutelar no âmbito municipal, que trabalharão articulados com a sociedade civil na própria composição desses órgãos (II), a descentralização político-administrativa na criação e manutenção de programas de atendimento específicos (III), a previsão de fundos nas três esferas, ligados aos Conselhos respectivos (IV), a integração do Judiciário, Ministério Público, Defensoria e Segurança Públicas e da Assistência Social a se dar preferencialmente pela redução desses órgãos a um mesmo recinto, para facilitar o tratamento integral que deve ser dado ao menor (V) e também a mobilização da opinião pública para sensibilizar todos os setores da sociedade a se engajarem nesse movimento (VI). Tais disposições bem podem ser compreendidas como estando sob inspiração do princípio da cooperação.

³² MENDIZÁBAL OSES, 1977, p. 225, fala expressamente do *principio de cooperación educativa*, quando desenvolve os efeitos jurídicos comuns à *familia funcional* (figura similar à família substituta do ECA, constituída mediante guarda ou tutela).

público subjetivo” (art. 208, §1º). No entanto, a educação vai além da instrução técnica e há uma dimensão moral que é tarefa primordial dos pais, competência privativa deles.

O princípio da cooperação, portanto, segundo ora se concebe, deveria ser utilizado para orientar a atuação das esferas coletivas quando há situações de competência comum aos círculos sociais, mantendo-se a precedência de um em relação aos outros no exercício das tarefas conferidas pelo título respectivo. Nessas matérias poderá o Estado atuar mediante órgãos não jurisdicionais.

Isto se verificará na atuação do CT, órgão não-jurisdicional que interfere na administração do poder familiar para garantir que os direitos da criança e do adolescente sejam respeitados, sem intrometer-se em matérias que são de competência exclusiva ou privativa dos pais. Quando for caso de interferir em âmbitos de competência exclusiva ou privativa dos pais, pondo-se em movimento poder de interferência substitutiva, será necessário recorrer aos órgãos jurisdicionais. O CT, nesse sentido, deverá aproximar do Judiciário as situações que ensejem sua atuação.

3.6 Princípio da autonomia familiar e princípio da prioridade absoluta

Em matéria de direitos da criança e do adolescente, quatro princípios basilares, sob a égide do princípio maior da dignidade humana, orientam a relação entre os círculos sociais, no que tange ao exercício de poder sobre o menor. São eles: *princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, princípio da autonomia familiar, princípio da cooperação e princípio da subsidiariedade*.

Enquanto os pais respeitam os direitos fundamentais dos filhos, o princípio da *autonomia familiar* garante-lhes liberdade de exercício exclusivo dos poderes inerentes ao poder familiar. Neste caso, o Estado e a sociedade devem auxiliar no que for necessário para o bom desempenho de suas funções, atualizando-se a subsidiariedade cooperativa.

Quando, por ato dos responsáveis, houver desrespeito aos *direitos fundamentais dos menores*, o princípio da *autonomia familiar* é afastado, conjunturalmente, e o Estado e a sociedade civil devem tomar providências, também de acordo com o princípio da *subsidiariedade*. A aplicação deste princípio pode resultar em colaboração com os pais em matérias de sua competência exclusiva, ou privativa, quando tal colaboração for suficiente para corrigir o desvio, prejudicial ao menor, ou pode chegar à inibição total do poder familiar (decretando-se sua perda), com a finalidade de garantir os direitos e a formação da criança ou adolescente.

São dois princípios de ordem material, visando à tutela dos direitos fundamentais dos menores (*prioridade absoluta*) e dos pais (*autonomia familiar*), e dois princípios de ordem procedimental (*cooperação e subsidiariedade*), que têm por escopo determinar o grau de intervenção das demais esferas de coletividade no âmbito familiar em atenção ao menor.

O *princípio da autonomia familiar* integra o sistema normativo brasileiro por meio de diversos dispositivos que reconhecem aos pais o direito de exercer o poder familiar sobre os filhos. Esse princípio perpassa as normas que tratam da competência dos pais em sua gestão. Destacam-se especialmente: CF, art. 229; CC, arts. 1.630, 1.634, 1.689; ECA, arts. 19, 21 e 22.

A família, nas pessoas dos pais, tem *precedência* na ordem de entidades responsáveis pelo bem-estar do menor. No entanto, não goza de *imunidade absoluta*³³, e pode sofrer ingerência externa, quando necessário para proteger a pessoa que lhe está sujeita. Evita-se dessa forma que esse princípio sirva como para encobrir abusos no exercício do poder familiar, que desvirtuam sua função.

Sendo a *prioridade absoluta* da criança e do adolescente princípio básico de todo o sistema jurídico, a autonomia familiar prevalece enquanto se respeitam os direitos fundamentais da criança e do adolescente no seio do lar. Para esses casos se fez constar da CF o art. 226, § 8º, pelo qual se garante proteção à família na pessoa de cada um de seus membros.

3.7 Relacionando os princípios citados

Para lançar mão dos princípios deve-se analisar cada caso e verificar se os direitos fundamentais da criança e do adolescente estão sendo ameaçados ou desrespeitados, para que haja legitimidade de auxílio dos poderes públicos e de entidades não-governamentais. De acordo com a situação concreta, será caso de aplicar-se o princípio da subsidiariedade ou o princípio de cooperação³⁴.

Em situações relacionadas à falta de atenção moral da criança, de acordo com o potencial danoso da ação ou omissão dos pais à personalidade do filho, pode-se chegar à decretação da suspensão ou perda do poder familiar, respaldadas no princípio de *subsidiariedade*, que leva à substituição da autoridade legitimada inicialmente para

³³ A atenuação do princípio da autonomia familiar, tido como dogma que protegia o exercício absoluto do poder familiar, foi obra da segunda metade do século XX. (ZATTI, 1980, p. 185-317).

³⁴ Aplicação do princípio da cooperação pode ser percebido no dispositivo do art. 23 do ECA pelo qual em caso de carência de recursos materiais a ameaçar ou impedir o exercício regular do poder familiar, a família “deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio”. Trata-se aqui de *competência comum suplementar* do Estado e sociedade civil.

administrá-lo. Neste caso, o princípio da subsidiariedade e o da prioridade absoluta fundamentam a decisão judicial.

Referências

- CALSAMIGLIA, Albert. Ensaio sobre Dworkin: apresentação à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin. Trad. Patrícia Sampaio. In: *Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984. Disponível em <www.rdc.puc-rio/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em 24 jun. 2002.
- CINTRA, Fernando Pimentel. *O princípio da subsidiariedade e as formas de parceria aplicáveis ao ensino público de nível básico*. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.
- GÓIS, Carlos. *Dicionário de raízes e cognatos da língua portuguesa*, 3 ed. Rio de Janeiro: 1945, p. 206-207.
- HERVADA, Javier. *Crítica introdutória ao direito natural*. [Introducción Crítica al Derecho Natural]. Trad. Joana Ferreira da Silva. Porto: Rés, 1990.
- HÖFFNER, Joseph Cardeal. *Doutrina social cristã. Versão de acordo com a 8ª edição alemã*. [Christliche Gesellschaftslehre]. Trad. José Maria Wisniewski. São Paulo: Loyola, 1986.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. [Methodenlehre der Rechtswissenschaft]. Trad. da 5. ed. alemã (1983) José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989
- LEHMANN, Heinrich *Derecho de familia. Tratado de Derecho Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953, vol.4.
- LLANO CIFUENTES, Rafael. *Relações entre a Igreja e o Estado*, 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.
- MARTINELL GIFRÈ, F. Principio de subsidiariedad. In: *Gran enciclopedia Rialp*. t.21, 6.ed., reimp., Madrid: Rialp, 1991: p. 707-709.
- MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Diagnostico sobre el derecho de familia*. Madri: Rialp, 1996,
- MENDIZÁBAL OSES, Luiz. *Derecho de menores. Teoría general*. Madrid: Pirâmide, 1977.
- MESSNER, Johannes. *Ética social*. [Das Naturecht]. Trad. Alípio Maia e Castro. São Paulo: Quadrante, [s/d].
- MILLÁN PUELLES, A. Doctrina social cristiana. In: *Gran enciclopedia Rialp*. 7. ed., t.8. Madrid: Rialp, 1993.

- PELÁEZ DEL ROSAL, M. Competencia. In: *Gran enciclopedia Rialp*, 6. ed., t. 6, reimp Madrid: Rialp, 1989: p. 87-89
- PENTEADO, Jaques de Camargo. *A família e a justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- SCHIER, Paulo Ricardo. A hermenêutica constitucional: instrumento para a implementação de uma nova dogmática jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 86, n. 741, p. 38-57, jul. 1997.
- SILVA PEREIRA, Tânia. O “melhor” interesse da criança. In: SILVA PEREIRA, Tânia (Coord). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000: p. 1-101
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- UYEDA, Massami. *Da competência em matéria administrativa*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1992.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. Panorâmica de una nomoárquica general. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín, n. 97, p.9-32, 1996.
- VIEHWEG, Theodor. Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico. Trad. Carolina de Campos Melo. In: *Law, reason and justice: essays in legal philosophy*. HUGHES, Graham (org.). New York: New York University Press e London, University of London Press, 1969. Disponível em <www.puc-rio/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/c2viehhwe.html>. Acesso em 24 jun. 2002.
- ZATTI, Paolo. Rapporto educativo e intervento del giudice. In: *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*. Milano: Giuffrè, 1980: p. 185-317.

PRINCÍPIOS NORTEADORES DA RECONFIGURAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES NA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

GUIDING PRINCIPLES OF RECONFIGURATION OF FAMILY RELATIONSHIPS IN EFFECTIVE ACCESS TO JUSTICE

Esther Benayon Yagodnik¹
Giselle Picorelli Yacoub Marques²

Resumo: O presente artigo objetiva analisar o movimento de acesso à Justiça e a transformação da sociedade e da família, e por consequência o próprio Direito de Família sob o prisma dos princípios. A reconfiguração da família, que sofreu uma transição do modelo patrimonial-econômico – no anterior Código Civil de 1916 - para o atual modelo existencial-igualitário – Código Civil de 2002 -, rompendo com a predominância dos laços sanguíneos e patrimoniais em benefício do vínculo afetivo, acaba por exigir um regramento e uma principiologia jurídica que atenda a esta nova arquitetura, agora baseada na solidariedade, no afeto e na dignidade humana. Para tanto, analisou-se a transformação da família sob o viés dos princípios jurídicos e da efetividade do acesso à Justiça.

Palavra-chave: Direito de Família; acesso à Justiça; relações familiares; efetividade.

Abstract: This article aims to analyze the movement of access to justice and the transformation of society and the family, and consequently his own family law through the prism of the principles. The reconfiguration of the family, who suffered a transition from sheet-economic model - the former Civil Code 1916 - to the present model existential-egalitarian - Civil Code of 2002 - by breaking with the predominance of blood ties and heritage for the benefit of bonding , turn, requires a legal rules and principles that meet this new architecture, now based on solidarity, affection and human dignity. Therefore, we analyzed the transformation of the family from the bias of the legal principles and the effectiveness of access to justice.

Keywords: Family Law, access to Justice; family relationships; effectiveness.

¹ Advogada. Professora do escritório-modelo da Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense PPGSD/UFF, linha de pesquisa: *Acesso à justiça e crítica das instituições político-jurídicas*. Pesquisadora do LAFEP/UFF – Niterói/RJ. (estherbenayon@gmail.com)

² Professora auxiliar do departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense. Mestre e doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense PPGSD/UFF, linha de pesquisa: *Acesso à justiça e crítica das instituições político-jurídicas*. Pesquisadora do LAFEP/UFF – Niterói/RJ. (gisellepicorelli@hotmail.com)

Introdução

O presente artigo objetiva analisar as transformações ocorridas na família e a consequente necessidade de adequação do Direito de Família na abordagem das relações sociais oriundas deste meio. A transição entre o modelo jurídico de família imposto pelo Código Civil de 1916, baseado nas relações patrimoniais, para o atual modelo, agora com fundamento nos princípios da dignidade humana e afetividade, que visa à tutela de um núcleo familiar igualitário, necessita de arcabouço legal capaz de proporcionar abordagem adequada destas relações, promovendo um efetivo acesso à Justiça.

Assim, o direito de família vive um momento de substanciais alterações, para se adaptar às novas realidades sociais, a fim de se encaixar ao cenário pós-constituente e das exigências de uma tutela jurisdicional mais efetiva. Com isso, a análise dos princípios balisadores das relações familiares se faz necessário, possibilitando uma amplitude da tutela jurídica da família e consequente acesso à Justiça.

Com isso, trabalhar-se-á com o conceito de acesso à Justiça e sua aplicação no campo do direito de família. Em seguida, cumpre analisar os novos princípios norteadores das relações familiares, buscando verificar a necessidade de um tratamento adequado aos litígios familiares, tendo em vista a atual mudança de paradigma.

1. ACESSO À JUSTIÇA E A RECONFIGURAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

A questão do acesso à Justiça, no sentido de se garantir ao cidadão o ingresso aos Tribunais e a efetivação dos seus direitos, vem sendo desenvolvida no decorrer dos anos no meio jurídico, tendo como ponto de partida, em especial, a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth – “*Acesso à Justiça*”, decorrente do *Florence Project* (1973 a 1979).

Importante destacar que o Brasil não fez parte das análises de Cappelletti e Garth, sendo necessário o seguinte paralelo: a busca pela expansão do *welfare state* e a efetivação de novos direitos na década de 1960, foi a mola propulsora do crescimento dos estudos referentes ao acesso à Justiça em especial nos países europeus. “L’idea di un <accesso> è stata affermata come essenziale criterio di una moderna concezione social-liberale dello Stato, inteso come Welfare State” (grifos no original) (FAPPELLI ET ALI 1994, p.80)

Contudo, no Brasil, a situação se mostrava um tanto quanto mais crítica, a necessidade era

de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64. (JUNQUEIRA, 1996, p.01)

Apesar de o Princípio do acesso à Justiça tornar possível o ingresso formal do cidadão nas instâncias judiciais, não pode significar apenas recursos que viabilizem tal ingresso, uma visão meramente formal deste princípio – esculpido no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988. O alcance real do acesso à Justiça deve ir além, possibilitando ao jurisdicionado não somente o acesso aos Tribunais, mas também a efetivação prática do seu direito; a realização objetiva do bem da vida pleiteado em juízo, devendo ser a efetividade considerada como um direito fundamental inerente à tutela jurisdicional, assim como o respeito às garantias do processo.

De acordo com os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a referida expressão se presta para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico atual: primeiramente, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, deve o mesmo produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 8)

Ainda na obra de Cappelletti e Garth, apreendemos que o conceito de acesso à Justiça vem sofrendo transformações com o decorrer do tempo. Até meados do século passado, era possível uma identificação com o próprio direito de ação ou de defesa, já que se cuidava da mera possibilidade de se estar em juízo, de promover a demanda ou dela se defender³. Não havia a preocupação com os eventuais obstáculos que poderiam excluir da oferta de tutela jurisdicional razoável parcela da sociedade, tendo em vista a noção de igualdade formal então prevalecente, possibilitando a todos, de forma igual, a provocação do órgão jurisdicional; não havendo, ainda, qualquer atenção à qualidade da prestação fornecida pelo Estado.

Contudo, a preocupação com a real fruição dos direitos - não apenas sob o enfoque formal – levou à redefinição do direito do acesso à Justiça, cujo conteúdo superou a mera possibilidade de estar em juízo, acrescentando-se outros importantes aspectos, orientados à garantia de uma resposta efetiva. O Estado com o dever de apresentar resultado útil ao conflito posto em juízo, por meio de instrumentos adequados e eficazes, observando sempre as garantias do processo como um direito fundamental, assim, como a efetividade.

Nesse contexto, demonstrado está que quando se remete a acesso à Justiça, não se deveria visar apenas o acesso formal das pessoas aos órgãos jurisdicionais, mas também o acesso real, com a proteção efetiva e concreta dos seus direitos e interesses pelo sistema jurídico.

³ Neste sentido, afirmam Cappelletti e Garth (1988, p. 9): “Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação.”

Vale lembrar que no Brasil, a partir de 1988⁴, com a Constituição Federal, passou-se a assegurar, expressamente - através do Princípio da Inafastabilidade ou Princípio do Direito de Ação -, a proteção de direitos, sejam eles privados, públicos ou transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), de acordo com o disposto no art. 5º, inciso XXXV⁵.

A respeito deste princípio, nos ensina Nelson Nery Júnior (2004, p.132), que

Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a *adequada*, sem o que estaria vazia de sentido o princípio. (grifos no original)

Desta forma, entendemos que o acesso à Justiça vai além do simples acesso formal aos Tribunais, implica em eficácia e garantia da ordem normativa, na concretização do direito reclamado em juízo, em resultado útil e eficaz, no *acesso à ordem jurídica justa*.⁶

Quando se fala em efetividade o que se busca é a eficácia social da norma, o efeito gerado no mundo fático, a concreta produção de resultados. Para Luís Roberto Barroso (2001, p.85) “Efetividade significa realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.”

Quando se busca a efetividade, então, é preciso mais do que a normatividade gerada pela regra, é necessário que esta seja capaz de alterar a realidade do indivíduo, produzindo efeitos concretos e que possam gerar a modificação de um estado inicial.

Mostra-se oportuno destacar a relação entre a tutela jurisdicional e a efetividade demonstrada por Lise Nery Mota (2007. p.7)

É relevante salientar a importância conferida à tutela jurisdicional. Ela não pode ser estudada como um simples exercício da jurisdição com entrega do provimento jurisdicional. De fato, deverá ser entendida como efetivação de direitos; como a completa satisfação das pretensões reguladas pelo direito.

⁴ Os estudos da temática do acesso à Justiça surgiram no Brasil a partir do início dos anos 1980 e tiveram como maior fundamento a “*exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde.*” (JUNQUEIRA, 1996, p.02).

⁵ Constituição Federal/88 - 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:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁶ Expressão cunhada por Kazuo Ueda, que possui como dados elementares: “(1) o direito à *informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente* a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (2) *direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa*; (3) *direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos*; (4) *direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características*” (grifos no original) (WATANABE, 1988, p.135.)

Nesta perspectiva, revela-se inquestionável a existência de estreito nexos entre a efetividade processual e a tutela jurisdicional.

Acompanhando o movimento de transformação de acesso à Justiça, a sociedade e a família, e por consequência o próprio Direito de Família, também sofreram algumas modificações.

Sobre as mudanças sofridas pela sociedade e ao abordar o tema da família, afirma Anthony Giddens (2007, p.61) que *“há uma revolução global em curso no modo como pensamos sobre nós mesmo e no modo como formamos laços e ligações com outros. É uma revolução que avança de maneira desigual em diferentes regiões e culturas, encontrando muitas resistências.”*

A família, considerada núcleo primário da sociedade, estrutura básica social, possibilita o desenvolvimento da personalidade do sujeito, acolhendo sucessos e derrotas, sendo base de afetos e conflitos, marcada pela interdisciplinaridade decorrente de suas relações complexas e plurais.

É certo e incontestável que, nesse passo, a família caracteriza uma realidade presente, antecedendo, sucedendo e transcendendo o fenômeno exclusivamente biológico (compreensão setorial), para buscar uma dimensão mais ampla, fundada na busca da realização pessoal de seus membros.

Funda-se, portanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no *afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros* e na preservação da *dignidade deles*. Estes são os referenciais da família contemporânea. (grifos no original) (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.41)

Contudo, nem sempre foi assim. Este é o atual cenário da família.

Sob o pálio do Código Civil de 1916, o que tínhamos era um modelo patriarcal e hierarquizado, baseado no matrimônio e no pátrio poder. A sociedade tinha na família a tradição e o status, sempre vinculada à questão patrimonial e à sucessão dos bens familiares.

Mas a própria família, assim como a sociedade, é dinâmica, demandando transformações com o transcorrer dos tempos. Tendo em vista a influência exercida pela sociedade e o seu avanço – inevitável -, a família precisou avançar também, adquirindo novos conceitos e valores.

No Brasil, seguindo a proposta de proteção da dignidade humana determinada pela Constituição Federal de 1988, o advento do Código Civil de 2002 e as alterações por ele fixadas, pois já existentes na realidade social, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 – e o Estatuto do Idoso – Lei nº 10.841/03 -, fazem da família hoje um núcleo descentralizado, democrático e baseado na solidariedade familiar.

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.⁷ (TEPEDINO, 2001, p.351)

Desta forma, a família contemporânea, que sofreu uma transição do modelo patrimonial-econômico para o atual modelo existencial-igualitário, rompendo com a predominância dos laços sanguíneos e patrimoniais em benefício do vínculo afetivo, acaba por exigir um regramento jurídico que atenda a esta nova arquitetura, agora baseada na solidariedade, no afeto e na dignidade humana.

Com essa transformação, o Direito de Família também precisou avançar, verificando-se que o modelo jurídico tradicional, por muitas vezes não é suficiente, ou melhor, adequado às necessidades apresentadas perante os conflitos decorrentes das relações familiares, que tem como base atualmente o desenvolvimento da pessoa humana.

Apesar de o Código Civil, e outras leis esparsas, cuidarem da regulação das relações familiares com a finalidade de garantir sua existência dentro da sociedade, não existe, ainda, regramento específico, seja civil⁸ ou processual, que cuide dos conflitos familiares, independente da legislação civil. Fundamental é uma normativa substancial e processual destinada à família, tendo em vista sua importância, características e especialidades.

Assim,

... necessário sublinhar uma concepção mais contemporânea e plural do Direito das Famílias, aliado com a própria evolução da família, afirmando-se como um *conjunto de normas-princípios e normas-regras jurídicas decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à promoção da personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais*. (grifos no original) (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 50)

⁷ Ainda neste sentido, de transformação do conceito de família e, por consequência uma alteração do foco de proteção, afirma Cristiano Chaves de Faria que “... a família existe em razão de seus componentes, e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescindível a pessoa humana. É o que convencionou chamar de família eudemonista, caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros. Trata-se de um novo modelo familiar, enfatizando a absorção do deslocamento do eixo fundamental do Direito das Famílias da instituição para a proteção especial da pessoa humana e de sua realização existencial dentro da sociedade” (grifos no original) (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 48).

⁸ Vale destacar o Projeto de Lei nº 2285/07, posteriormente apensado ao Projeto de Lei nº 674/2007, denominado como “Estatuto das Famílias”, em tramitação pela Câmara dos Deputados, pretende regular as relações familiares tanto no âmbito substancial quanto no processual, derogando todos os artigos do livro de família do Código Civil de 2002. Acesso em 04/01/13. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935> (PL nº 2285/07), <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575> (PL nº 674/07).

No atual cenário social, a família possui uma função de solidariedade⁹, não apenas de cunho institucional, sendo mais que núcleo de formação da personalidade, mas também meio de proteção do próprio ser humano.

Em relação à família, afirma Gustavo Tepedino (1999, p. 326): *“ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social”*.

(...) reputa-se a família como uma das técnicas originárias de proteção social, sendo o grupo familiar representado pela organização constituída por pessoas que se vinculam por laços de convivência harmônica e afetiva, como referencial de vida gregária onde afloram os sentimentos de amor, respeito, solidariedade, consideração, colaboração, entre outros (GAMA, 2008, p. 298)

Diante de tal questão, a dignidade passa a ser elemento essencial nas relações familiares, devendo estar vinculada à tutela da vida, como um direito fundamental de toda pessoa.¹⁰

No que tange o Direito de Família, importante destacar que o primado da dignidade da pessoa humana¹¹, como fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito - artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988, também possui guarida no denominado Estatuto das Famílias¹², prevendo em seu artigo 5º que

Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade.

Com isso, importante o estudo dos princípios jurídicos que norteiam as relações familiares para uma melhor compreensão desta transformação social.

⁹ Solidariedade familiar, decorrente da solidariedade social, elencada na Constituição Federal de 1988 como objetivo fundamental da República, no art. 3º, I. Sobre a solidariedade, ensina Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “De longe, o que se a existência de um dever moral da pessoa humana de prestar assistência ao próximo por caridade que, no entanto, se juridicizou em determinadas condições que variaram no curso da história. O dever de solidariedade, assim, sempre foi considerado no âmbito da Moral, somente obtendo consagração pelo Direito em situações expressamente regulamentadas no direito objetivo. Assim, tradicionalmente, o Direito passou a reconhecer a obrigação alimentar no âmbito das relações familiares diante do princípio de solidariedade familiar” (GAMA, 2005, p.301).

¹⁰ *Pari passu*, afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “Há, na atualidade, o rompimento de vários paradigmas, a revisitação de inúmeros postulados e a redescoberta da valorização da pessoa humana como referência central e máxima no âmbito do ordenamento jurídico” (GAMA, 2008, p.297).

¹¹ “A dignidade da pessoa humana, um valor do homem como um fim em si mesmo, é um axioma da civilização ocidental. (...) Terá respeitada a sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles”. (BARFEI I OS, 2002, p.103).

¹² Projeto de Lei nº 2.285, de 25 de outubro de 2007, posteriormente apensado ao Projeto de Lei nº 674/2007. Disponível em www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=373935.

2. PRINCÍPIOS DO NOVO DIREITO DE FAMÍLIA

Inicialmente, serão apresentados os novos princípios do direito de família, fundamentais para melhor compreensão da transformação social por que vem passando as relações familiares. Insta salientar que embora os estudiosos oscilem bastante em referida classificação, o rol de princípios abaixo abrange os mais encontrados entre a melhor doutrina.

2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A República Federativa do Brasil possui como fundamentos, conforme art.1º de sua Carta Magna, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Observa-se que o legislador constituinte antes mesmo de tratar da organização do Estado, elencou como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro a dignidade da pessoa humana.

Nesse novo cenário, tendo como foco principal o indivíduo, a Constituição de 1988 é considerada antropocêntrica. Outra prova disso é o art. 3º da Carta Magna ter elencado como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos sem qualquer forma de preconceito.

Acima da propriedade, que outrora já foi considerada o núcleo do Estado e do Direito, e de qualquer outro bem material, a dignidade da pessoa humana passou a ser o núcleo axiológico do ordenamento jurídico. O respeito ao ser humano, seu valor espiritual e moral, pela sua simples condição de pessoa, transcendeu a todas as normas brasileiras e tornou-se um pilar do Estado Democrático de Direito.

Valor constitucional supremo, o princípio da dignidade da pessoa humana aplica-se em todos os ramos do Direito garantindo além do respeito e consideração, a possibilidade de uma vida digna, com saúde, educação, cultura, trabalho, moradia, lazer, entre outros, a todo ser humano.

A família é de importância ímpar para a formação e reprodução de valores, pois em seu âmbito é desenvolvida a personalidade de cada ser humano. Em especial no Direito de Família, conhecido como o mais humano de todos os ramos do Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, para além de ser base de todos os outros, assegura aos indivíduos o pleno desenvolvimento.

Vale citar o pensamento de Maria Berenice Dias (2010, P.61-62):

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da

pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. (...) Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

2.2. Princípio da Paternidade Responsável e Planejamento Familiar

O art. 226, §7º da Lei Maior acrescentou ao Direito de Família Brasileiro um novo princípio baseado nos princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana. Trata-se do princípio do planejamento familiar, regulamentado pela Lei 9.263/96 que estabeleceu penalidades e outras providências. Incorporado no Código Civil de 2002 em seu art. 1.565, o princípio dispõe que o planejamento familiar é livre decisão do casal, vedando ao Estado e a sociedade em geral qualquer tipo de coerção que limite referido princípio¹³.

Ponto primordial a destacar é que, ao garantir a liberdade do planejamento familiar, são impostas concomitantemente obrigações positivas e negativas ao Estado. Negativas, pois o Estado fica expressamente proibido de implantar, por exemplo, políticas de controle de natalidade em que seja obrigatória a ligadura de trompas para mulheres com mais de cinco filhos.

Positivas porque a lei impõe que o Estado deve propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Para além de garantir os direitos elencados no art. 6º da Constituição Federal, deve também promover ações preventivas e educativas para garantir acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade, tal qual dispõe o art.4º da Lei 9.263/96.

Destarte, o princípio do planejamento familiar vai além de uma simples garantia individual de livre procriação, mas, trata-se, mormente, de um dever estatal em orientar os cidadãos acerca da importância de um planejamento na constituição de uma nova família tendo como núcleo a paternidade responsável.

Longe de aderir à Teoria Malthusiana, visto que não há lógica em progressão aritmética ou geométrica da população e dos alimentos, tampouco o bem estar populacional está atrelado necessariamente ao crescimento populacional, todavia, é indiscutível que o a efetivação de princípio do planejamento familiar reduz índices de pobreza e, desta forma, contribui com o fim do Estado Democrático Brasileiro.

¹³ **Art. 1.565.** 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

2.3. Princípio da Igualdade Jurídica entre os Filhos

Até a promulgação da Constituição de 1988, a única família tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro era aquela oriunda do casamento. O Código Civil de 1916 discriminava os filhos de maneira inconcebível à luz dos dias atuais classificando-os em legítimos e ilegítimos.

Os filhos legítimos eram aqueles nascidos de forma tradicional, após o casamento entre homem e mulher. Os filhos ilegítimos eram aqueles nascidos de relações extra-conjugais (ilegítimos espúrios adulterinos), entre pessoas não casadas desimpedidas de casar (ilegítimos naturais) ou entre pessoas impedidas de casar pelo parentesco (ilegítimos espúrios incestuosos). Assim, não eram reconhecidos direitos aos filhos ilegítimos, tampouco à concubina, e, desta forma “protegia-se” o patrimônio familiar. Há que se mencionar que os filhos ilegítimos naturais poderiam tornar-se legitimados desde que os pais contraíssem matrimônio.

Para fins ilustrativos, vale acrescentar que somente em 1949, com a Lei 883, foi permitido que o filho ilegítimo pleiteasse alimentos do pai, desde que dissolvida a sociedade conjugal do genitor. Todavia, ainda que reconhecido, o filho ilegítimo tinha direito apenas à metade da herança que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado, tão grande era a discriminação.

Após a evolução da mulher no cenário mundial, transformações ideológicas e sociais no contexto histórico brasileiro, mudanças paulatinas ocorreram, tais como novas leis, como a Lei do Divórcio, L 6.515/77. Todavia, tão somente com a Constituição de 1988, em seu art. 227 §6, acompanhada pelo Código Civil de 2002, em seu art. 1.596, vedou-se qualquer forma de discriminação entre os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, reconhecendo a eles os mesmos direitos e qualificações. Positivou-se, assim, o princípio da igualdade entre os filhos.

Na mesma esteira, ainda que pareça decorrência lógica dos artigos supracitados, com fins de não deixar brechas ao hermeneuta, o legislador no art. 1.607 do CC/2002 permitiu o reconhecimento de filho havido fora do casamento. Atualmente, todos os filhos, sem distinção de origem, possuem os mesmos direitos: nome, alimentos, poder familiar e sucessão.

2.4. Princípio da Igualdade entre os Cônjuges/Companheiros

O conceito de família sofreu profunda modificação nas últimas décadas. Há não tanto tempo assim, o homem era o chefe da família. O artigo 233 do Código Civil de 1916 aduzia expressamente que o marido era o chefe da sociedade conjugal. A ele estava reservada a

tarefa de sustentar o lar, administrar os bens, fixar domicílio e tomar as decisões mais importantes no âmbito familiar. À mulher estavam reservadas as tarefas domésticas.

Enquanto a mulher cuidava do lar e dos filhos, o homem trabalhava fora. Inclusive para a prática de vários atos da vida civil, necessitava o cônjuge virago da outorga do cônjuge varão. Inexistia poder familiar, falava-se em pátrio poder. Ao homem cabia ditar as normas em sua família e à mulher, em situação inferiorizada no plano social e jurídico, obedecê-lo.

A sociedade patriarcal, machista, aos poucos foi sendo extinta por novas diretrizes sociais. A mulher no mercado de trabalho, o divórcio, a guarda compartilhada, o poder familiar exercido em sistema de cogestão. A Nova Ordem Constitucional de 1988 enfim tutelou a plena igualdade entre o homem e a mulher. O artigo 226 §5º CF/88, enfim, estabeleceu a isonomia entre os cônjuges, impondo a eles os mesmos direitos e deveres.

Neste aspecto, vale citar a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 243):

O princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas diferenciações arbitrárias, as discriminações. Na verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça.

Ademais, enfatiza o artigo 1.511 do Código Civil que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. No mesmo sentido, o artigo 1.567 do mesmo diploma legal esclarece que a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos, e fidelidade, vida em comum, assistência, criação dos filhos, respeito e consideração mútuos.

Assim, o princípio da igualdade entre os cônjuges é um dos pilares do novo direito de família e, longe das retrógradas distinções ainda existentes em tantos aspectos, a hermenêutica jurídica o amplia abarcando também os companheiros.

2.5. Princípio da Solidariedade Familiar

A solidariedade, além de ser um objetivo fundamental da República conforme art. 3º I CF, é um elemento essencial na caracterização de uma entidade familiar. Nessa esteira, a fraternidade também pode ser classificada como um elemento indispensável à família, e seu exercício um dever de cada membro.

O estabelecimento da comunhão plena de vida preconizada no art. 1.511 do Código Civil pressupõe, antes de tudo, uma relação solidária. O art. 1.566 do mesmo diploma legal estabelece como dever do cônjuge, entre outros, o respeito, a consideração e a mútua

assistência. Sobre dita assistência não se restringe ao aspecto material, alcançando também os aspectos espirituais e morais.

Ademais, não só aos cônjuges incide o princípio da solidariedade, mas a todos os membros de uma entidade familiar. Vale ressaltar a segunda parte do artigo 229 da Constituição da República ao dispor que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

2.6. Princípio da Liberdade de Constituir uma Comunhão de Vida Familiar

O Estado, conforme já mencionando anteriormente, tem o dever constitucional de propiciar recursos educacionais e científicos para que a unidade familiar seja capaz de desenvolver-se sadiamente, sendo ainda vedado a ele e a toda instituição oficial ou privada qualquer forma de intervenção coercitiva. Desta obrigação imposta pelo art. 226 §7º CF, deriva não só o Princípio do Livre Planejamento Familiar, como também o Princípio da Liberdade de Constituir uma Comunhão de Vida Familiar.

Segundo esse, é livre decisão da pessoa constituir uma nova unidade familiar, seja ela iniciada através do matrimônio ou não. Nem o Poder Público ou Privado, tampouco os pais, podem impor a alguém a constituição de uma comunhão de vida com outrem. Não à toa a falta de consentimento torna o casamento inexistente. A vontade é elemento fundamental e imprescindível para o estabelecimento do matrimônio, da união estável, enfim, da comunhão de vida familiar. Assim também, não pode o Estado intervir na vida íntima do casal, nem no relacionamento pessoal entre eles, podendo os mesmos viver da forma que melhor lhes convier, respeitados os limites mínimos de integridade.

O Princípio da Liberdade assegura à unidade familiar que não pode o Estado, nem qualquer outra instituição, intervir na entidade familiar impondo qualquer tipo de hábito, educação religiosa ou mesmo cultural à prole. O art. 1.634 I CC dispõe que é de competência dos pais a criação e educação dos filhos. Cabe aos pais, respeitados os patamares básicos como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Estatuto da Criança e do Adolescente, decidir quais serão os métodos adotados, os locais frequentados, entre outros, para criação e melhor desenvolvimento do filho.

Cumprido por fim ressaltar que o princípio em tela gera reflexos em outros aspectos como no âmbito patrimonial. O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.639, garante ao casal a liberdade de escolha do regime mais conveniente e inclusive sua alteração, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges. Da mesma forma, o artigo

1.642 da Lei 10.406/2002 garante ao casal a livre aquisição e administração do patrimônio familiar.

2.7. Princípio do Pluralismo Familiar e Princípio da Afetividade

O Princípio do Pluralismo Familiar é uma decorrência lógica da modificação do conceito de família. Antigamente, a única família reconhecida pelo Estado era aquela advinda do sacramento do matrimônio. Hodiernamente, há diversas maneiras de se constituir um núcleo familiar e vários núcleos familiares distintos. Trata-se do pluralismo familiar. Não pôde o Estado negar a existência de outros núcleos familiares diante da realidade fática do Século XX.

O artigo 226 da Constituição Federal não definiu o conceito de família, tampouco elencou um rol taxativo de unidades familiares. Em seu cáput foi garantida proteção especial do Estado àquela que é a base da sociedade. Em seus parágrafos reconheceu-se além da família matrimonial, a união estável e a família monoparental, essa formada por um dos pais e seus filhos. Nesse diapasão, vale a lição de José Giorgis (2011):

Assim, ao introduzir a idéia de comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos, o legislador utiliza o advérbio *também* (CF, art. 226, § 4º), que significa o mesmo que *outrossim*, ou *da mesma forma*, palavras que traduzem um sentido de inclusão e não de divórcio: portanto, a redação deixa à calva se tratar de norma aberta que aceita a inserção de outras células, tal como fez a jurisprudência com os casais de mesmo sexo; não há clausura para arranjos que desenhem uma comunhão de vida e intenção de constituir uma família. A Carta Federal não é um sistema fechado, hermético; ao contrário se abebera das novidades da vida social e admite a atualização de seus princípios e regras, para não se engessar suas conquistas.

Paulo Luiz Netto Lobo (2008) ao estudar os dados da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE) destacou três características como imprescindíveis para a formação de uma entidade familiar: afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Esta diz respeito ao pressuposto de que uma unidade familiar deve ser assim reconhecida publicamente, essa revela o caráter não eventual, ou episódico, da família dentro do contexto de comunhão de vida e aquela sendo o núcleo fundamental da família o afeto.

Até hoje não foi definido quais e quantas são as formas de constituição familiar. Mas pode-se afirmar sem dúvidas, que a família do século XXI não é mais emoldurada por um quadro tradicional de pai, mãe e filhos. O pluralismo familiar prevalece e a tendência é a prevalência cada vez maior dos laços afetivos.

2.8. Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente

O artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, matriz do princípio do superior interesse da criança e do adolescente, aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 28 de 1990, dispôs que todas as ações relativas às crianças devem considerar o interesse maior das mesmas.

Incorporando os primados da doutrina preconizada pelas Nações Unidas, o artigo 227 da Constituição Federal assegurou às crianças e adolescentes direitos fundamentais, entre os quais, dignidade, educação, respeito e convivência familiar. Tão logo, em 13 de julho de 1990, foi sancionado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069.

O princípio do superior interesse da criança e do adolescente, muito utilizado em decisões judiciais, é uma garantia que o interesse dos pais é superior ao interesse dos filhos. Por exemplo, mais importante que o direito dos genitores (biológicos ou não) de possuírem a guarda ou visitarem os filhos é o direito dos menores de conviverem de forma sadia com seus pais. Ante a vulnerabilidade do menor, o magistrado deve agir de forma a assegurar as melhores condições para seu desenvolvimento e preservá-lo em meio a um quadro de conflito familiar.

Uma implicação interessante do princípio do melhor interesse da criança é o reconhecimento da paternidade sócio-afetiva ainda que exista um pai biológico ausente. Ou seja, prepondera o interesse da criança em face ao interesse de seu mero reprodutor. Na decisão abaixo, observa-se referida situação:

APELAÇÃO CÍVEL. DESCONSTITUIÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ADOÇÃO À BRASILEIRA. PREPONDERANCIA DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA SOBRE A BIOLÓGICA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. NEGADO PROVIMENTO. - O reconhecimento voluntário de paternidade, daquele que, sabidamente, não é filho da pessoa, sem seguir o procedimento legal, é chamado de "adoção à brasileira". A "adoção à brasileira", apesar de contrária a lei, vem sendo aceita pela sociedade em razão da preponderância da filiação sócio-afetiva sobre a biológica e do princípio do melhor interesse da criança. Deverá ser mantido o registro civil da criança, mesmo que contrariando a verdade biológica, quando lhe for o mais conveniente. Recurso improvido. (Apelação Cível 1.0672.00.029573-9/001(1), Segunda Câmara Cível. TJ/MG. Relator Desembargador Nilson Reis. DJ 23 mar. 2007)

Como se pode observar, a jurisprudência busca, ainda que de forma contrária à literalidade do texto normativo, interpretar e aplicar o Direito conforme o melhor interesse da criança e do adolescente.

3. A NECESSIDADE DE UM NOVO ENFOQUE

Conforme verificado, diante desta mudança de paradigma, da nova roupagem assumida pelas relações familiares e dos novos princípios que informam tais relações,

importante verificar como o procedimento de abordagem de tais conflitos esta sendo desenvolvido e como tem se efetivado o acesso à Justiça nestes casos.

Isto significa dizer que o sistema jurídico, numa perspectiva mais ampla¹⁴, precisa proporcionar muito mais do que o acesso formal do cidadão ao Poder Judiciário, tal sistema deve também gerar resultados direcionados às demandas apresentadas, oferecendo meios adequados de abordagem das relações conflituosas, permitindo um acesso com efetividade, promovendo a dissolução do embate e a pacificação social, em especial nas relações que envolvam laços afetivos e continuados como na seara familiarista.

A efetividade do sistema jurídico deve assegurar mais que o acesso à Justiça, mas um acesso que possibilite uma solução tempestiva e adequada ao conflito apresentado.

A tempestividade peculiar decorrente das situações abarcadas pelo Direito de Família e o papel do Processo de Família diante desta característica foi verificada por Alice de Souza Birchall (2000, p.36/37), ao afirmar que

... o Direito de Família é o responsável pela segurança dos direitos mais nobres do indivíduo. Ao processo de família cabe resguardar estes direitos quando violados.
(...)

Gande parte dos problemas levantados na área do Direito de Família clamam por solução eficaz e imediata, não havendo tempo para amplas discussões teóricas de direito material e processual, sob pena de ser prejudicado até o direito máximo dos indivíduos em litígio, qual seja: o direito à vida. (...) A premência é característica de muitos dos direitos individuais que se buscam preservar através do processo de família.

Esta necessidade se mostra relevante tendo em vista a dinâmica das relações familiares e dos conflitos decorrentes destas. A sentença judicial esta baseada nos fatos e provas apresentados em juízo, mas uma relação familiar vai além, tem uma estrutura intersubjetiva, fundada na comunicação e que vai persistir mesmo depois de uma determinação do judiciário.

No tocante à comunicação como base da relação familiar, aduz Anthony Giddens (2007, p.68) que

Um casal, uma vez constituído, tem sua história própria e exclusiva, sua própria biografia. É uma unidade baseada em comunicação ou intimidade emocional. A ideia de intimidade, como tantas outras noções familiares que discuto neste livro, soa antiga mas é de fato novíssima. Nunca no passado o casamento se baseou na intimidade – na comunicação emocional. Isso era sem dúvida importante para um bom casamento, mas não o seu fundamento. Para o casal, é. A comunicação é o

¹⁴ Vale ressaltar que quando falamos em sistema jurídico não nos referimos minimamente ao Poder Judiciário, à instituição estatal. Sistema jurídico, nesta perspectiva mais ampliada, comporta todo o arcabouço normativo das relações sociais dentro de determinada coletividade, incluindo a normatização, judicial e extrajudicial, do balizamento das relações sociais.

meio de estabelecer o laço, acima de qualquer outro, e é a principal base para sua comunicação.

Neste sentido, diante desta transição, deixando a família de ser polo de produção e passando a ser núcleo de formação da personalidade do indivíduo, baseada esta relação na comunicação e no vínculo afetivo, é possível verificar que o Direito precisa também acompanhar esta mudança, oferecendo meios de efetivo acesso à Justiça diante dos conflitos familiares, sendo a terceira onda descrita por Cappelletti e Garth de maior relevância neste aspecto.

Os conflitos familiares, por possuírem origem nas relações afetivas e continuadas, nem sempre são solucionados por meio de uma ordem impositiva. A judicialização¹⁵ das relações familiares vem crescendo, assumindo o Poder Judiciário papel de regulador deste tecido social. A sentença em matéria de direito de família deve levar em conta a dignidade humana como decisivo precedente de ordem jurídica (GUIJARRO *apud* MORELLO; RAMÍREZ, 2002, p.XVII), contudo, poucas são as soluções encontradas diante de uma sentença judicial no âmbito das questões familiares.

Com isso, tendo em vista sua natureza e sua fundamentação no afeto, os conflitos decorrentes das relações de família tendem a retornar ao Judiciário quando não são efetivamente desfeitos¹⁶. Isto porque o modelo paternalista que circunda a decisão proferida pelo juiz de direito não dissolve o conflito interpessoal existente, não desconstrói o conflito real, apenas regulamenta um conflito aparente, seja uma disputa de guarda, crédito alimentar ou um divórcio, acirrando, em muitos casos, a disputa e a litigiosidade existente naquela relação social.

Desta forma, não basta atribuir-se a guarda de um filho a pai ou mãe, exclusivamente, visto que o menor necessita destas duas figuras básicas para sua formação. É insuficiente atribuir-se parcela de bens ao alimentando, como componente da prestação alimentícia, se o filho ou seu guardião não conseguem administrar o patrimônio ou até mesmo a pensão e se o alimentante não estiver presente à formação e ao desenvolvimento da prole, acompanhando-a diariamente e, o que é mais importante, seja qualquer dos pais, parentes ou responsáveis, alienado ao convívio da criança ou adolescente. (NETO, 2011, p.3)

¹⁵ Verifica Luiz Werneck Vianna a crescente regulação judicial das relações privadas e a “invasão do direito no mundo contemporâneo”, no qual “a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privadas, portanto, impermeáveis à intervenção do Estado, como são os casos, entre outros, das relações de gênero no ambiente familiar e do tratamento dispensado às crianças por seus pais ou responsáveis. Ao lado dessa crescente regulação da vida privada, (...), o direito vem expandindo sua capacidade normativa, armando institucionalmente o Judiciário de meios e modos para o exercício de uma intervenção nesse plano.” (VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p.149).

¹⁶ Em relação a possível ineficácia de decisões judiciais perante os conflitos familiares, afirma Eliene Ferreira Bastos que “temos em mente que a crise familiar pode perdurar mesmo com a decisão judicial que põe fim ao conflito jurídico. Pois, no procedimento judicial, o aspecto subjetivo, emocional, psíquico dos envolvidos, em muitos casos, não são devidamente enfrentados e examinados”. (BASTOS, 2005, p.144).

Neste passo, retomando a questão do acesso à Justiça, em especial no tocante à adequação procedimental, o procedimento estatal que acolhe as demandas familiares precisa estar de acordo com suas peculiaridades para se tornar realmente efetivo e possibilitar o real e concreto acesso à Justiça.

Conclusão

Com as transformações das relações sociais, em especial aquelas descritas no tocante às relações familiares, o arcabouço jurídico precisa avançar, acompanhar estas transformações, mantendo um equilíbrio social e a efetividade das respostas às demandas da sociedade.

Através de análises sobre a evolução do conceito de acesso à Justiça e da mudança paradigmática da própria família, com a passagem do modelo anteriormente patrimonial para o atual modelo baseado nas relações existenciais e igualitárias, foi possível verificar a necessidade da ampliação da interpretação jurídica no enfoque dado ao Direito de Família, por meio dos princípios. Princípios como a dignidade humana, o planejamento familiar, igualdade entre os filhos, afetividade, proteção do melhor interesse da criança e adolescente, dentre outros, são os atuais norteadores da tutela familiar, buscando sempre a efetividade desta tutela por meio de um concreto e adequado acesso à Justiça.

Em decorrência dessas reflexões, buscar uma tutela adequada para tais relações se justifica na medida em que a compreensão do atual conceito de família deve se pautar na solidariedade e no pluralismo familiar, com respeito e dignidade.

Assim, diante desse contexto, foi possível observar como se estabelecem hoje as relações sociais e jurídicas na família e a necessidade de uma abordagem mais adequada, que promova o efetivo acesso à Justiça.

Referências

- BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação Familiar: instrumentos para a reforma do judiciário; in: Leituras Complementares de Direito Civil*. Marcos Ehrhardt Júnior e Leonardo Barreto Moreira Alves (Org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, pp.385-394.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BASTOS, Eliene Ferreira. *Uma visão de mediação familiar*. In: **Família e Jurisdição**. Eliene Ferreira Bastos e Asiel Henrique de Souza (coord.) Belo Horizonte: DelRey, 2005, pp.139-153.

BERIZONCE, Roberto O. *El problema de la ineficiencia del sistema judicial: algunas propuestas de solución*, in: ***El proceso civil en transformación***. La Plata: Platense, 2008, pp. 75-91.

BIRCHAL, Alice de Souza. *Tutelas urgentes de Família no Código de Processo Civil: sistematização e exegese*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Acesso à Justiça no plano dos Direitos Humanos*. In: ***Acesso à Justiça***. Raphael Augusto Sofiati de Queiroz (org.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, pp.01-09.

CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de Acesso à Justiça*. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 74, ano 19, abril-junho de 1994, pp. 82-97.

_____. *La dimensione sociale: l'accesso alla giustizia*, in: *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna: Mulino, 1994, pp.71-102.

_____ e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DALEPRANE, Cristina Passos. *As três ondas de acesso à Justiça e a repercussão no Direito Brasileiro*. In: ***Uma Teoria da Justiça para o Acesso à Justiça***. Geovany Cardoso Jeveaux (org.). Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, pp.191-211.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 6ª ed., RJ: Renovar, 2010.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *A guarda dos filhos na família em litígio: uma interlocução da Psicanálise com o Direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

_____; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Direito das Famílias*. Vol. 6. 4.ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivum, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Alimentos entre parentes e Direito Processual Civil*. In: ***Dirieto de Família. Processo, Teoria e Prática***. Rodrigo da Cunha Pereira e Rolf Madaleno (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp.295-322.

_____. *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Do Direito de Família – Direito Patrimonial*. Vol. XV (arts. 1639 a 1783). Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolé*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *As famílias solitárias*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=473_. Acesso em 03 de março de 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Uma Teoria da Justiça para o Acesso à Justiça*. In: **Uma Teoria da Justiça para o Acesso à Justiça**. Geovany Cardoso Jevaux (org.). Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, pp.1-110.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*, in *Revista Estudos Históricos*. Número 18, 1996.

LLOBREGAT, José Garberí. *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3.ed., ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado Contemporâneo*. In: *Estudos de Direito Processual Civil*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). São Paulo: RT, 2005, pp.13-66.

MONTEIRO, Alessandra. *A aplicação da tutela específica no Direito de Família*, in: *Temas atuais de Direito de Processo de Família*. Cristiano Chaves de Faria (coord.) Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, pp. 443-467.

MORELLO, Augusto M.; RAMÍREZ, María S. Morello de. *El moderno derecho de familia: aspectos de fondo y procesales*. La Plata/Argentina: Libreria Editora Platense, 2002.

MOTA, Lise Nery. *Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, Caetano Lagrasta. *A Formação da Família Brasileira*. In: **Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. Caetano Lagrasta Neto; Flávio Tartuce; José Fernando Simão. São Paulo: Atlas, 2011, pp.3-25.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família*. Vol V. 20. ed. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*, São Paulo: Cortez Editora, 2007.

SARMIENTO, Carlos Enrique Gutiérrez. *Manual de procesos de familia*. Bogotá/Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2006.

SILVA, Denise Maria Perssini da. *Mediação e Guarda Compartilhada: conquistas para a família*. Curitiba: Juruá, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In: *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp.349-368.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Dignidade da pessoa humana e mediação familiar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 3.ed. vol VI. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuela Pallacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: ***Participação e processo***. Ada Pellegrini Grinover, Cândico Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: RT, 1988, pp.128-135.

ZAGANELLI, Margareth Vetis; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. *Acesso à Justiça e o problema da efetividade do processo*. In: ***Uma Teoria da Justiça para o Acesso à Justiça***. Geovany Cardoso Jeveaux (org.). Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, pp.229-246.

NOVAS FAMÍLIAS, O ESTATUTO DAS FAMÍLIAS E O ANTEPROJETO DO ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL

NEW FAMILIES, FAMILIES STATUTE AND PRELIMINARY DRAFT OF THE STATUTE OF SEXUAL DIVERSITY

Jussara Schmitt Sandri*

RESUMO: A evolução da sociedade acarretou mudanças na formação e constituição da família, que passou da forma tradicional, sob a égide do patriarcado, para as diversas modalidades que se vislumbram hodiernamente, como aquelas advindas do casamento e da união estável e as monoparentais, todas reconhecidas pela Constituição Federal, além de outros modelos familiares que são cada vez mais evidentes e demandam o devido reconhecimento jurídico. O poder familiar, que substituiu o pátrio poder, deve ser exercido conjunta e igualmente entre os genitores, configurando-se não num poder dos pais, mas num dever de gerenciar a educação dos filhos, proporcionando um crescimento com liberdade e responsabilidade. O Estatuto das Famílias reconhece a diversidade dos vínculos afetivos e apresenta procedimentos adequados a garantir maior efetividade na solução dos conflitos familiares. O Estatuto da Diversidade Sexual promove a inclusão de todos, combate a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero e criminaliza a homofobia. O estudo de referidas questões se mostra relevante, na medida em que são discutidas as relações interparentais e suas implicações na vida do ser humano.

PALAVRAS-CHAVE: Entidades familiares; afeto; autoridade parental; homoafetividade.

ABSTRACT: The evolution of society led to changes in family formation and constitution, which has changed from the traditional family, under the auspices of patriarchy, to others different types of families such as those resulting from the marriage and stable relationships and monoparental families, all recognized by the Constitution, and other family models which, are becoming more and more present and require proper legal recognition. The family power, which ended the paternal power shall be practiced together and equally between the parents, becoming not a power of parents, but an obligation to manage their children's education, allowing them to grow up with sense of freedom and responsibility. The Families Code recognizes the diversity of affective bonds and has appropriate procedures to ensure greater effectiveness in solving family conflicts. The Sexual Diversity Code promotes inclusion for all, combating discrimination and intolerance based on sexual orientation or gender identity and criminalizing homophobia. The study of these questions proves relevant, in that it discusses the interparental relationship and its implications for human life.

KEYWORDS: Family entities; affective ties; parental authority; homoaffectivity.

* Mestra em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direitos da Personalidade, pelo Centro Universitário de Maringá. Professora de Direito no Instituto Federal do Paraná.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o propósito de analisar os novos modelos de arranjos familiares, com vistas à discussão acerca do Estatuto das Famílias e do Anteprojeto de Lei sobre a Diversidade Sexual.

A escolha do tema fundamenta-se em alguns questionamentos, tais como: Qual a concepção de família na atualidade? Quais os novos modelos de família e de que modo são tutelados? Qual o impacto do Estatuto das Famílias nas relações familiares? O Estatuto das Famílias já é uma realidade, ou seja, já está em vigor? Qual a relação do Anteprojeto da Lei da Diversidade Sexual com as novas tendências das relações familiares? O Anteprojeto da Lei da Diversidade Sexual será recepcionado como um Projeto de Lei?

Nesse contexto, pretende-se analisar, inicialmente, a evolução da família, que permitiu a progressão do pátrio poder para o poder familiar, por meio do qual os pais devem exercer conjunta e igualmente a autoridade parental, configurando-se não num poder, mas, num dever que os pais têm de gerenciar a educação dos filhos, de forma a moldar-lhes a personalidade, proporcionando seu desenvolvimento com liberdade e responsabilidade.

Na sequência serão apresentados os diversos modelos de famílias, ou seja, aquelas advindas do casamento, da união estável ou da monoparentalidade. Além destas, serão discutidas as famílias pluriparentais e a família eudemonista. Estudar-se-ão as famílias anaparentais, paralelas, unipessoais e transnacionais, não se olvidando, ainda, das polêmicas famílias homoafetivas e as poliafetivas.

Pretende-se discutir o Estatuto das Famílias, apresentando a evolução do processo legislativo pertinente ao respectivo Projeto de Lei, que, além de reconhecer a diversidade dos vínculos afetivos, traz importantes inovações, viabilizando procedimentos adequados a garantir maior efetividade na solução dos conflitos familiares.

A par disso, serão altercadas as iniciativas pertinentes ao Anteprojeto de Lei sobre a Diversidade Sexual, documento almejado pela comunidade representada por Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros, na medida em que visa promover a inclusão de todos, combater a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia, de forma a garantir a igualdade de oportunidades, a defesa de direitos individuais, coletivos e difusos, e, sobretudo, para que promova o reconhecimento jurídico da comunidade LGTB.

Na pesquisa levada a efeito foram estudados artigos científicos e livros jurídicos, de modo que a metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica. O método utilizado no

desenvolvimento da pesquisa foi o teórico. Para o delineamento das conclusões finais empregou-se o método dedutivo.

1 DAS RELAÇÕES FAMILIARES

A estrutura familiar, acompanhando a evolução da sociedade e adequando-se aos anseios de seus integrantes, sofreu inúmeras mudanças. Os conceitos básicos inerentes à família diferem do passado, tendo em vista a reestruturação do organismo familiar, de modo que não mais se admite como modelo único aquele formado pelo pai e pela mãe, unidos pelo casamento, e a prole comum.

Desde o surgimento do Homem, observa-se a constituição dos grupos familiares, vivendo em sociedade. No entendimento de Saturnino, “O ser humano é um ser gregário por natureza. Muito antes de existir sociedade, muito antes de existir o Direito, famílias já existiam”. (2010, p. 55). Isto porque

O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instituto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão. Tanto é assim, que se considera natural a idéia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso. (TURKENICZ, 1995, p. 6).

A vida em comunidade é baseada em diversas formas de composição familiar, nas quais as pessoas dedicam suas vidas para proporcionar bem-estar para aqueles que estão à sua volta, baseados em relações de afeto e de companheirismo. Nesse sentido, Maria Berenice Dias esclarece que

A própria organização da sociedade dá-se em torno da estrutura familiar, e não em torno de grupos outros ou de indivíduos em si mesmos. A sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta. Essa foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto. (2009, p. 27).

A família brasileira passou a tomar rumos próprios, com as adaptações à nova realidade, em função das grandes alterações históricas, culturais e sociais, desaparecendo paulatinamente o caráter canonista e dogmático intocável, predominando, numa certa equivalência quanto à liberdade de ser mantida ou não a dissolução do casamento, uma natureza contratualista.

O primeiro conceito de família se faz em sentido amplíssimo, considerando-se família a reunião de pessoas ligadas em razão de uma relação de dependência, ainda que não haja vínculo de parentesco entre todas elas. Em segunda acepção, a família é composta apenas por aqueles que guardam entre si vínculos de parentesco, seja consanguíneo, civil ou afim. Em terceira acepção, restrita, a família se compõe das pessoas ligadas entre si em razão do casamento e pela filiação, ou seja, cônjuges e filhos. (RODRIGUES, 2011, p. 15-16).

Segundo o entendimento de Arnaldo Rizzardo, ao discorrer sobre a evolução da sociedade familiar, observa-se que,

[...] no sentido atual, a família tem um significado estrito, constituindo-se pelos pais e filhos, apresentando certa unidade de relações jurídicas, com idêntico nome e o mesmo domicílio e residência, preponderando identidade de interesses materiais e morais, sem expressar, evidentemente, uma pessoa jurídica. No sentido amplo, amiúde empregado, diz respeito aos membros unidos pelo laço sanguíneo, constituída pelos pais e filhos, nestes incluídos os ilegítimos ou naturais ou adotados. (2007, p. 10).

Silvio de Salvo Venosa ressalta “[...] a grande influência do direito de família sobre outros campos do direito privado e público, mormente no que toca a estrutura dos graus de parentesco e ao vínculo conjugal e da união estável”. (2011, p. 18). Neste sentido Carlos Roberto Gonçalves frisa que

[...] as alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente a guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes; do reconhecimento do direito e alimentos inclusive aos companheiros e da observância das circunstâncias socioeconômicas em que se encontrarem os interessados; da obrigação imposta a ambos os cônjuges, separados judicialmente, de contribuírem, na proporção de seus recursos, para a manutenção dos filhos etc. (GONÇALVES, 2007, p. 35).

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes inovações ao ordenamento jurídico, considerando a união estável como entidade familiar entre homem e mulher, além do reconhecimento da família monoparental, havida entre qualquer um dos pais e seus descendentes, dando origem a novas concepções familiares, deixando de ser a única causa o casamento. Por outro lado, deve-se observar que,

Em um sentido restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar. Sendo assim, a Constituição Federal estendeu sua tutela inclusive para a entidade familiar formada apenas por um dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental. As primeiras

civilizações de importância, como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, tinham como família uma entidade ampla e hierarquizada, resumindo-se hoje, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar. (VENOSA, 2011, p. 2).

O art. 226, §§ 3º e 4º da Constituição Federal, entretanto, prevê que “[...] para o efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”. Esse preceito constituiu verdadeira inovação no direito de família, na medida em que não se exige mais o casamento como seu elemento principal.

De igual modo, afastam-se os conceitos de família que colocam os seus membros numa posição de subordinação a um chefe, dada a igualdade hierárquica do homem e da mulher no grupo formado. Na verdade, nem mais de hierarquia se cogita entre pais e filhos, eis que a relação do genitor com a prole passou a ter nova conotação, diferentemente de outrora, quando era absoluto o poder do primeiro. (RIZZARDO, 2007, p. 13).

Denota-se, deste modo, que a família existiu desde os primórdios da humanidade, tendo em vista que o homem é um ser sociável e que necessita de pessoas para suprir os seus vazios. E, o que se modificou ao longo do tempo foram as modalidades recepcionadas pela legislação, bem como outras que acabaram sendo reconhecidas de acordo com a evolução da sociedade.

A propósito disto, a figura do pai, como autoridade suprema no âmbito familiar, abriu espaço para a participação conjunta da mulher, que hodiernamente possui papel fundamental no exercício do poder familiar, advindo do antigo pátrio poder. Isto porque a vinda de um filho acarreta inúmeras responsabilidades aos pais.

Nesse contexto, Fábio Ulhoa Coelho ressalta a experiência de se ter filhos, como sendo

[...] única e essencialmente gratificante. É também uma experiência acompanhada de sérias responsabilidades. Aos pais cabe preparar o filho para a vida. Consciente ou inconscientemente, transmitem-lhe seus valores, sua visão do mundo. O comportamento e atitudes deles servem de modelo, que o filho tende a reproduzir. (2011. p. 200).

Cleyton Reis, por sua vez, destaca a responsabilidade dos pais, desde a concepção do filho até o seu sustento e educação, advertindo que

É absolutamente irresponsável a geração do filho sem que sejam analisadas e ponderadas as conseqüências advindas do seu nascimento e, o seu ingresso na ordem jurídica e social. Ademais, o próprio Estado impõe dever Constitucional à família no

sentido de proceder com os cuidados necessários na manutenção e educação do novo ser humano, igualmente, responsabiliza criminalmente os pais pelos maus tratos (art. 136 CP), abandono material (art. 244 CP) e abandono intelectual (art. 247 CP) dos filhos que estejam sob o seu poder familiar. (REIS, 2008. p. 426).

O pátrio poder sofreu mudanças significativas, tendo sido substituído pelo poder familiar “[...] por conta dos novos conceitos jurídicos e reformulação de valores sociais inspirados no texto constitucional, ou *poder parental*, *autoridade parental* ou ainda, *responsabilidade parental* [...].” (GRISARD FILHO, 2011, p. 33).

Arnaldo Rizzardo destaca a igualdade entre todos os entes que compõem uma entidade familiar, esclarecendo que “Chegou-se em um momento histórico de igualdade praticamente total entre os membros da família, onde a autoridade dos pais é uma consequência do diálogo e entendimento, e não de atos ditatoriais ou de comando cego.” (2007, p. 603).

No escorço de Maria Berenice Dias (2009, p. 41), “[...] a família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade [...].” O reconhecimento dos novos tipos de família, calcados em vínculos afetivos e independentes de consanguinidade, resulta de movimentos sociais realizados por diversas categorias, como das mulheres, na luta pela igualdade de direitos, e dos casais homoafetivos, pelo reconhecimento de suas uniões fáticas, dentre outros.

2 DOS DIVERSOS ARRANJOS DE ENTIDADES FAMILIARES

A ideia de família alterou-se drasticamente desde a formação das sociedades, embora a denominada família tradicional continue sendo o espelho de uma sociedade que busca cada vez mais a receita de convivência e de pacificação.

Segundo o entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira, a Constituição Federal apresenta uma concepção solidarista de família, ressalta o papel da mulher para as mudanças havidas, esclarecendo que “Muitos fenômenos contribuíram para uma nova arquitetura familiar no final do Século XX, tais como a quebra da ideologia patriarcal, a revolução feminista, e redivisão sexual do trabalho e a evolução do conhecimento científico.” (2009, p. 28).

Por outro lado, as demandas sociais demonstram a pluralidade de interesses, observadas em sociedades cada vez mais heterogêneas e multiculturais, conforme leciona

Maria da Glória Gohn (2003), que denota haver um novo projeto emancipatório e civilizatório na busca de uma sociedade democrática sem injustiças sociais.

Fábio Ulhoa Coelho, ao tratar dos diversos modelos de família, destaca diferentes estruturas familiares:

Centrada apenas no ambiente urbano, podem-se divisar os mais variados tipos: há os núcleos compostos pelo esposo, esposa e seus filhos biológicos; o viúvo ou viúva e seus filhos, biológicos ou adotivos; pai ou mãe divorciados e seus filhos, biológicos ou adotivos; esposo, esposa e os filhos deles de casamentos anteriores; esposo, esposa e o filho biológico de um deles havido fora do casamento; esposo, esposa e filho adotivo; casais não casados, com seus filhos; pessoas do mesmo sexo, com ou sem filhos, biológicos ou adotivos, de um deles ou de cada um deles; a homossexual e o filho da companheira falecida; avó e neto; irmãs solteiras que vivem juntas etc. (2011, p. 20).

A família conta com a proteção do Estado. Contudo, esta proteção refere-se apenas a três modalidades de família, ou seja, a família matrimonial, advinda do casamento monogâmico, prevista no art. 226, §§ 1º e 2º da Constituição Federal e nos arts. 1.511 e seguintes do Código Civil; a família havida da união estável, prevista no art. 226, § 3º da Constituição Federal, na Lei 9.278/96 e nos arts. 1.723 a 1.727 do Código Civil; e finalmente, a família monoparental, contemplada no art. 226, § 4º da Constituição Federal.

O ordenamento jurídico não pode deixar de amparar as demais entidades familiares socialmente constituídas, famílias estas que existem de fato, mas que carecem de amparo legal, pois

[...] não é mais possível pensar uma lei civil, particularmente no que se refere às relações de família, que não se destine a todos indistintamente, homens, mulheres, crianças. A família, em qualquer das formas que assuma, representa hoje o berço da cidadania. (BARBOZA, 2001, p. 30).

A família matrimonial, também chamada de família tradicional, é constituída por um homem e uma mulher com vínculo de casamento civil, ou casamento religioso com efeitos civis, independentemente de o casal ter ou não filhos, se filhos biológicos ou não. Este modelo familiar decorre do casamento como ato formal, que

[...] vem a ser um contrato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para constituir uma família e viver em plena comunhão de vida. Na celebração do ato, prometem elas mútua fidelidade, assistência recíproca, e a criação e educação dos filhos. (RIZZARDO, 2007, p. 17).

Na família tradicional, admite-se tanto o casamento civil quanto o religioso com efeitos civis, até porque, o “[...] Direito Civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco”. (VENOSA, 2011, p. 1).

A Constituição Federal reconhece, no art. 226, a família informal, constituída pela união estável. É chamada informal, porque inexistente casamento, tendo em vista a moderna

[...] tendência à valorização da pessoa humana, a família perdeu suas antigas características institucionalista e patrimonialista, pois atualmente é marcada pela valorização dos aspectos afetivos da convivência familiar, igualdade dos filhos, desbiologização da paternidade, companheirismo, democracia interna mais acentuada, instabilidade, mobilidade, inovação permanente. (TEIXEIRA, 2009, p. 34).

A legislação civil reconhece a união estável, na medida em que o art. 1.723 do Código Civil dispõe que é “[...] reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Isto porque

O casamento jamais reinou isolado na sociedade brasileira como única espécie de família, porque sempre esteve secundada pela chamada família *ilegítima* ou informal, com perfil dissociado das regras jurídicas, sem, no entanto, desfocar-se de seus preceitos naturais, permitindo-se seguir pelo influxo do instinto humano, sua mais dignificante manifestação. (MADALENO, 2011, p. 1017).

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, a união estável pode ser conceituada como uma “[...] relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não adulterina e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem vínculo do casamento civil.” (2004, p. 28-29).

De acordo com Rolf Madaleno (2011), as famílias advindas de uniões estáveis já superam estatisticamente o número de famílias matrimoniais. Isto ocorre pela facilidade com que os relacionamentos começam e também se desfazem.

Como visto alhures, a Constituição Federal, no § 4º do art. 226 reconhece a família monoparental com o mesmo favorecimento do Estado dirigido à família matrimonial.

A monoparentalidade é constituída por um dos genitores com os filhos, com a prerrogativa de uma entidade familiar e “tem-se revelado emblemática no novo desenho jurídico da família, fincada e laços socioafetivos”. (FACHIN, 2001, p. 134).

Com a possibilidade de dissolução de casamento e de sociedades de fato, nascem famílias mosaico de relações anteriores (DIAS, 2009), reconstruídas ou recompostas no

matrimônio ou na união de fato de um casal, onde um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de um casamento anterior ou de uma relação prévia.

A partir do casamento podem surgir e é comum que surjam diferentes ciclos familiares experimentados depois da separação, ficando a prole com a mulher em uma nova conformação familiar, dessa feita uma entidade monoparental. Seguindo sua trajetória de vida e, sobrevivendo ou não o divórcio, ela se casa novamente ou estabelece uma união estável e passa a constituir uma nova família, que não tem identificação na codificação civil, e passou a ser chamada de *família reconstituída, mosaica* ou *pluriparental*. (MADALENO, 2011, p. 11).

Deste modo, a família pluriparental é originada por pessoas advindas de famílias distintas, que se unem formando uma nova entidade familiar. Isto porque, segundo o entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira, hodiernamente

Busca-se uma família mais livre, sem massificação, com valorização da liberdade individual mas também da reciprocidade, com uma vivência mais solidarista, em que cada qual pensa e vive a família como resposta às suas aspirações de desenvolvimento pessoal, mas também com base na ajuda mútua e no diálogo. (2009, p. 34).

De acordo com Arnaldo Rizzardo, “Há consideráveis mudanças nas relações de família, passando a dominar novos conceitos em detrimento de valores antigos. Nesta visão, têm mais relevância o sentimento afetivo que o mero convívio”. (2007, p. 13).

Segundo Rolf Madaleno, o “[...] Direito de Família e o vigente Código Civil não se prepararam para regulamentar os diversos efeitos decorrentes das famílias reconstruídas.” (2011, p. 12), ou seja, ainda que reconhecida pela doutrina, a família pluriparental não foi devidamente recepcionada pela legislação pátria, notadamente no que se refere à figura do padrasto e da madrasta em relação aos filhos do(a) companheiro(a).

Por outro lado, a Constituição Federal, ao tratar da proteção à família, adota um modelo aberto de entidade familiar, resultando em diferentes liames sociais dignos da proteção estatal:

Ao lado da família nuclear construída dos laços sanguíneos dos pais e sua prole está a família ampliada, como uma realidade social que une parentes, consanguíneos ou não, estando presente o elemento afetivo e ausentes relações sexuais. (MADALENO, 2011, p. 10).

Sérgio Resende de Barros, ao tratar da ideologia do afeto, leciona que a família originada pela “[...] convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes,

dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental.” (2002, p. 9).

Neste modelo de arranjo familiar, fundado em relações sócio-afetivas, o exemplo mais comum que se observa é a convivência entre irmãos, não havendo diferença de gerações ou a chamada verticalidade dos vínculos parentais (DIAS, 2009), na medida em que

[...] possui como basilar o elemento afetividade, que se caracteriza pela inexistência da figura dos pais, ou seja, constitui-se basicamente pela convivência entre parentes do vínculo da colateralidade ou pessoas – mesmo que não parentes e sem conotação sexual - dentro de uma mesma estruturação com identidade de propósitos, que é o *animus* de constituir família. (KUSANO, 2010).

Embora reconhecida pela doutrina, a legislação pátria não reconhece a família anaparental, o que constitui afronta aos direitos humanos e, conseqüentemente, aos princípios da dignidade humana e da igualdade. Na hipótese de sucessão, Maria Berenice Dias sugere que

[...] ainda que inexista qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável. Cabe lembrar que essas estruturas de convívio em nada se diferenciam da entidade familiar de um dos pais com seus filhos e que também merece proteção constitucional. (2007, p. 47).

De fato, havendo esforço comum entre os membros da família anaparental para a construção de um patrimônio, a ausência de verticalidade parental ou mesmo de consanguinidade não podem justificar que eventual herança seja concedida a quem não contribuiu para a composição daquele patrimônio.

A família paralela, por sua vez, constitui-se em relação não eventual, entre um homem e uma mulher, impedidos de casar, embora “A despeito da indiferença do legislador no passado, a família constituída fora do casamento de há muito constituía uma realidade inescandível.” (VENOSA, 2011, p. 22). Deste modo, a família paralela é estabelecida pelas “[...] comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum.” (DIAS, 2009, p. 193).

Também denominada de concubinato impuro ou adúlterino, a família paralela é aquela decorrente de uma relação extraconjugal, ou seja, quando um dos concubinos ou ambos já são casados, o que caracteriza o impedimento da sua conversão em casamento (art. 1.727, CC). (KUSANO, 2010).

A despeito do impedimento para casar, no que se refere à família paralela, Rolf Madaleno critica a ocorrência cada vez mais frequente de situações que ensejam o reconhecimento de famílias paralelas, notadamente no que se refere à partilha de bens:

[...] tem sido cada vez mais frequente deparar com decisões judiciais reconhecendo direitos às uniões paralelas ao casamento ou correlata a outra união afetiva, perfilhando todos os direitos pertinentes ao casamento, como se fosse possível manter dois casamentos em tempo integral, para conferir com sua ruptura a divisão do patrimônio conjugal entre três pessoas (triação), à razão de um terço dos bens para cada partícipe desse estável triângulo amoroso, além de ordenar a divisão da previdência social entre a esposa e a outra companheira, ou ordenar o duplo pagamento de pensão alimentícia. (MADALENO, 2011, p. 16).

Inobstante o crescente reconhecimento dos efeitos patrimoniais advindos da família paralela, inclusive pela jurisprudência, não se pode olvidar que no Brasil prevalece a monogamia, ou seja, a união matrimonial com apenas um cônjuge, fulcrada nos arts. 1.521¹, inc. VI e 1.723², § 1º, do Código Civil.

A afetividade desempenha papel de destaque nas relações familiares, na medida em que os laços afetivos aproximam as pessoas e proporcionam relações solidificadas. Nesse sentido, Paulo Lôbo esclarece que “A família eudemonista identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca.” (2008, p. 138).

Nesse contexto, Camila Andrade leciona que

[...] eudemonista é considerada a família decorrente da convivência entre pessoas por laços afetivos e solidariedade mútua, como é o caso de amigos que vivem juntos no mesmo lar, rateando despesas, compartilhando alegrias e tristezas, como se irmãos fossem, razão por que os juristas entenderam por bem considerá-los como formadores de mais um núcleo familiar. (ANDRADE, 2008).

Rolf Madaleno (2011, p. 25), ao destacar a relevância do afeto, leciona e adverte que o “[...] Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque ao menos entre nós, desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade”.

Ana Carolina Brochado Teixeira, entretanto, esclarece que

¹ Art. 1.521. Não podem casar: VI - as pessoas casadas;

² Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º. A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

A família transcendeu uma concepção puramente eudemonista, que visa à felicidade individual, cujo fundamento é um individualismo desapegado de valores. A família da qual se trata é comprometida com os valores constitucionais, que transpôs para seu interior a solidariedade social, pois seus membros são co-responsáveis uns pelos outros. (2009, p. 28-29).

A família deve representar o todo, e não o indivíduo, isoladamente considerado, pois os laços afetivos são preponderantes na manutenção da vida familiar, proporcionando a solidariedade social entre os seus membros, que buscam a felicidade de cada um e de todos, fulcrados na supremacia do amor, de modo a preservar a família e promover a dignidade humana.

Outro modelo de arranjo familiar é a denominada família homoafetiva. Trata-se de uma entidade familiar que já existia de fato, mas que carecia do devido reconhecimento jurídico. A família homoafetiva é aquela formada por pessoas do mesmo sexo, que convivem como se casados fossem.

Por analogia à união estável, em 05 de maio de 2011 foi reconhecida a família constituída por pessoas do mesmo sexo, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132, apresentada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Desta forma, no Brasil, são reconhecidos às uniões estáveis homoafetivas, todos os direitos conferidos às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, admitindo que as uniões homoafetivas são fundadas no afeto, no amor e na solidariedade.

Deste modo, foi concedida a isonomia de direitos entre os casais hetero e homoafetivos. A propósito disto, Laila Menezes, ao tratar da afetividade na constituição de uma família, esclarece:

A família é a célula da sociedade. Basta analisarmos a forma como ela é constituída, para percebermos o quanto o preconceito perde o sentido, numa demonstração de enorme equívoco social. Uma família não se forma com a assinatura de um papel perante um juiz de paz ou com a celebração de uma cerimônia religiosa ou ainda com a realização de uma grande festa social. Uma família surge de um lindo sentimento chamado afeto. O afeto é que norteia qualquer relação entre pessoas que se unem e somado a muitos outros atributos como o respeito, a fidelidade e assistência recíproca é que irá fazer surgir a família. Então, não é apenas a união entre um homem e uma mulher casados que terá a faculdade de gerar uma família. A família é a realização plena do amor, podendo ser constituída pelo casamento, pela união estável, pelas famílias monoparentais (um pai ou mãe e um filho) e também pelas uniões homoafetivas. (MENEZES, 2005).

O Poder Judiciário não tinha como se afastar desta realidade, qual seja, a de que a união entre pessoas do mesmo sexo efetivamente forma um núcleo familiar, do qual decorrem todos os efeitos pertinentes ao Direito de Família.

Ademais, a própria sociedade, especialmente representada pelas mulheres e por casais homoafetivos, teve papel fundamental para o reconhecimento dos modelos de família vistos na modernidade. Entretanto, foi somente com o advento da Constituição Federal de 1988, que muitos paradigmas foram rompidos, passando-se a visualizar os vínculos familiares pela ótica da afetividade.

A propósito disto, a família unipessoal é composta por apenas uma pessoa, que mora sozinha por opção, e que não possui qualquer vínculo marital, conforme esclarece Rodrigo da Cunha Pereira:

Não pode passar despercebida ao ordenamento jurídico a enorme propalação de indivíduos que optam ou são levados a viverem sozinhos, deslocados fisicamente dos demais entes a ele ligados por consangüinidade ou afetividade. São solteiros por convicção, viúvos ou separados/divorciados sem filhos, ou os que já constituíram outras famílias, celibatários, etc. A característica principal dos *singles* não é morar sozinho, pois há muitos casais, sem filhos, que vivem cada um em uma casa. A característica principal dos *singles* é não estarem vinculados maritalmente. (2004, p. 126).

Esta modalidade de família mereceu a atenção Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista discussão envolvendo bem de família. O resultado foi a edição da Súmula 364, que reconhece a impenhorabilidade de bem de família sobre o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas, que moram sozinhas.

Com o avanço tecnológico, a abertura de fronteiras e a globalização, as distâncias foram encurtadas e as possibilidades de relacionamentos entre pessoas de nacionalidades diferentes, ampliadas. Assim, constitui-se a família transnacional, formada por membros de diferentes nacionalidades, como por exemplo, pais estrangeiros com filhos nascidos no Brasil, mãe brasileira e criança nascida no exterior, dentre outros.

De um lado, o fenômeno da globalização fez com que o deslocamento de indivíduos se tornasse cada vez mais fácil graças ao acesso aos meios de transporte intercontinentais. [...] É comum um brasileiro se mudar para o estrangeiro, ali fixar residência e contrair família, como também é comum estrangeiros virem ao Brasil e aqui contratarem uma família. (MÉRIDA, 2011, p. 258-259).

De outro viés, em agosto de 2012 foi amplamente divulgada pela mídia, uma Escritura Pública de União Poliafetiva, lavrada pela tabeliã de notas e protestos da cidade de

Tupã, interior de São Paulo, Cláudia do Nascimento Domingues. A escritura estabelece regras para garantia de direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade, tendo em vista a união afetiva entre um homem e duas mulheres (IBDFAM, 2012).

Para a vice-presidente do Instituto Brasileiro de Família, IBDFAM, Maria Berenice Dias, é preciso reconhecer os diversos tipos de relacionamentos que fazem parte da nossa sociedade atual. “Temos que respeitar a natureza privada dos relacionamentos e aprender a viver nessa sociedade plural reconhecendo os diferentes desejos”, explica. (IBDFAM, 2012).

Este modelo de família, formado por um homem e duas mulheres, causou grande repercussão no meio jurídico e até mesmo nos meios de comunicação. Porém, não se pode olvidar que esse tipo de entidade familiar não é inédito. A propósito disto, Rolf Madaleno aponta que

O fato de estas três pessoas, que mantêm um arranjo próprio de convivência triangular e concomitante, e que buscaram documentar por escritura pública de declaração a sua união poliafetiva, é prova de que efetivamente são plúrimas as relações familiares, embora nem todas tenham merecido a compreensão judicial e o enquadramento legal. (MADALENO, 2012).

Considerando esses diversos modelos de família, observa-se a primazia do afeto nas relações familiares, não bastando a proteção constitucional à família matrimonial, à união estável e à família monoparental. O ordenamento jurídico deve estar atento às transformações sociais, de modo que o Direito possa responder aos anseios das mais diversas formas de sociedade familiar, especialmente quando se discute a divisão do patrimônio na ruptura do afeto e na hipótese sucessão familiar, advindos dessas relações calcadas nos laços de afetividade.

3 DO ESTATUTO DAS FAMÍLIAS

As relações familiares, por força de suas peculiaridades, são objeto de tutela específica, abarcadas pelo Direito de Família. O Código Civil, porém, não se configura como a única fonte desse ramo do Direito, tendo a Constituição Federal papel de suma importância no âmbito das relações interparentais. Diversas leis esparsas, como a Lei da Guarda

Compartilhada, Lei de Alimentos Gravídicos, Lei da Alienação Parental, dentre outras, regulamentam as relações familiares.

Leis esparsas permitiram progressos indiscutíveis na matéria, [...] e mesmo aquelas providências administrativas que permitem o reconhecimento paralelo das uniões homoafetivas, como é o caso da inclusão do companheiro na declaração de renda; a indicação como beneficiário, para fins previdenciários; indiretamente, através do Estatuto da Criança e do Adolescente, da adoção por pessoa solteira e, por fim, a permissão para reprodução assistida de todas as pessoas capazes (item II, 1, das Normas Éticas - Anexo Único da Resolução CFM n. 1957/10), antes restritas a *toda mulher capaz*, da Resolução n.1.358/92. (LAGRASTA, 2011).

Nesse contexto, em 2007, de autoria do então Deputado Sérgio Barradas Carneiro, foi elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família o Projeto de Lei 2285/2007, denominado Estatuto das Famílias “[...] após longas e democráticas discussões entre seus quase 5.000 sócios em todo o país. Em sua essência e "espírito", imprime a ética da solidariedade, dignidade, responsabilidade e afetividade.” (PEREIRA, 2011).

Além de atentar à diversidade dos vínculos afetivos, era indispensável disponibilizar mecanismos processuais para dar agilidade ao mais urgente ramo do Direito, pois é o que tem maior significado e diz com a vida de todas as pessoas. Daí Estatuto das Famílias. Um microsistema que reescreve todo o Livro do Direito de Família do Código Civil e traz os procedimentos para dar-lhe mais efetividade. Aliás, não há forma mais moderna de legislar. Uma única lei assegura o direito e sua realização. (DIAS, 2010).

O Projeto de Lei 2285/2007 foi apensado ao Projeto de Lei 674/2007, de autoria do Deputado Cândido Vaccarezza, e visa regulamentar “o art. 226, § 3º da Constituição Federal, união estável, institui o divórcio de fato” além de estabelecer “o estado civil das pessoas em união estável como o de consorte. Altera a Lei nº 10.406, de 2002 e revoga as Leis nºs 8.971, de 1994 e 9.278, de 1996.” (CÂMARA, 2011).

Ao apresentar um rápido histórico da tramitação do Projeto, Maria Berenice Dias esclarece que

O Projeto de Lei nº 674 tramitou na Câmara Federal desde 2007. Sofreu inúmeras emendas na Comissão de Seguridade Social e Família e foi aprovado por unanimidade. Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania os debates foram exaustivos e inclusive foi realizada uma audiência pública. Com novas alterações e a incorporação de vários projetos, no dia 15 de dezembro (de 2010), aconteceu sua aprovação, em caráter conclusivo, com somente dois votos contrários. (DIAS, 2010).

Após a aprovação por duas comissões da Câmara dos Deputados, o Projeto deveria seguir para o Senado Federal. Porém, como sofreu quatro recursos, aguarda, desde fevereiro

de 2011, a “Deliberação de Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.” (CÂMARA, 2011).

Maria Berenice Dias lamenta o fato de que “O tema mais polêmico - a regulamentação das uniões homoafetivas como entidade familiar - infelizmente foi alijado do projeto.” (DIAS, 2010).

Em que pesem várias alterações sofridas durante o seu percurso, muitas delas de conteúdo moral e religioso, o Estatuto das Famílias, de acordo com Pereira, “[...] traz em linguagem simples a tradução e a regulamentação das novas relações familiares” (2011), configurando-se num verdadeiro “[...] microssistema que reescreve todo o Livro do Direito de Família do Código Civil e traz os procedimentos para dar-lhe mais efetividade. Aliás, não há forma mais moderna de legislar. Uma única lei assegura o direito e sua realização.” (DIAS, 2010).

A exemplo do Anteprojeto de Lei da Diversidade Sexual, o Estatuto das Famílias é considerado um microssistema normativo. Desta feita, denota-se que o Estatuto abarca o direito material e os respectivos mecanismos de instrumentalização. Isto porque “O Estatuto das Famílias, que poderíamos chamar também de Código das Famílias, vai muito além de enumerar e de proteger a família conjugal e a família parental.” (PEREIRA, 2011).

Nesse contexto, Dias destaca as principais mudanças que o Estatuto trará no nosso ordenamento jurídico:

Em atendimento à Emenda Constitucional 66, foi eliminada a separação. Restaram excluídos o regime de participação final nos aquestos (que não mereceu aceitação), e o injustificável regime da separação obrigatória de bens. Foi além. Tornou possível a alteração do regime de bens por escritura pública, mas sem efeito retroativo. A união estável passa a constituir um novo estado civil. São reconhecidas as entidades parentais, ou seja, grupo de irmãos que não tem pais. A socioafetividade gera relação de parentesco e a presunção de paternidade ocorre quando os genitores conviviam à época da concepção. Quem dispõe da posse de estado de filho pode investigar sua ascendência genética, o que não gera relação de parentesco. O abuso sexual, a violência física, bem como o abandono material, moral ou afetivo podem ensejar a perda do que passou a se chamar, de modo mais adequado, de autoridade parental. Tal não desonera o genitor do encargo alimentar, mas impede que seja reconhecido como herdeiro do filho. É admitido o casamento do relativamente capaz, contanto que haja o consentimento dos pais e tenha ele condições de consentir e manifestar sua vontade. (DIAS, 2010).

No que se refere aos preceitos de ordem processual, no escorço de Pereira, o Estatuto “[...] estabelece regras e princípios processuais simplificados, adaptando-se a um Judiciário brasileiro quase caótico em razão do excessivo volume de processos” (2011). O mesmo autor afirma, ainda, que “[...] o Estatuto incentiva a conciliação e a mediação como eficazes

técnicas de dirimir conflitos, desestimula a litigiosidade e imprime mais responsabilidades às partes envolvidas em processo judicial.” (PEREIRA, 2011).

Ressaltando as alterações mais significativas acerca dos regramentos processuais, Maria Berenice Dias aponta que

[...] todos os processos têm tramitação prioritária, sendo possível a cumulação de medidas cautelares e a concessão de antecipação de tutela. Haverá sempre conciliação prévia que pode ser conduzida por juiz de paz ou conciliador judicial. O Ministério Público intervém somente nos processos em que há interesses dos menores de idade ou incapazes. O divórcio pode ser extrajudicial quando as questões relativas aos filhos menores ou incapazes já estiverem acertados judicialmente. Na ação de investigação de paternidade, quando o autor requer o benefício da assistência judiciária, cabe ao réu proceder ao pagamento do exame genético, se não gozar do mesmo benefício. (DIAS, 2010).

Rodrigo da Cunha Pereira destaca a simplificação na cobrança de pensão alimentícia, asseverando que “Além de pedir a penhora dos bens ou a prisão do devedor de alimentos, agora pode-se protestá-lo com as instituições de crédito, o que facilitará muito mais o recebimento da pensão.” (2011).

Ao analisar também a questão dos alimentos no âmbito do Estatuto das Famílias, Maria Berenice Dias esclarece:

Os alimentos são devidos a partir de sua fixação e, ao ser citado, o réu é cientificado da automática incidência de multa de 10% sempre que incorrer em mora superior a 15 dias. O encargo alimentar ficou limitado à idade de 24 anos. O genitor não-guardião pode exigir a comprovação da adequada aplicação dos alimentos pagos. A falta de pagamento dos alimentos enseja a aplicação da pena de prisão a ser cumprida no regime semiaberto. Em caso de novo aprisionamento o regime será o fechado. Além de a dívida ser encaminhada a protesto e às instituições públicas e privadas de proteção ao crédito, foi criado o Cadastro de Proteção ao Credor de Alimentos, onde será inserido o nome do devedor de alimentos. (DIAS, 2010).

Considerado um grande avanço, por dirimir questões intrincadas e que resultam em longas e exaustivas demandas no Judiciário, o Estatuto “[...] valoriza a família como a verdadeira fonte do amor e da responsabilidade.” (PEREIRA, 2011).

Ainda que o Estatuto das Famílias não tenha abarcado a família homoafetiva, configura-se num ícone para o ordenamento jurídico, na medida em que as demandas de família terão princípios próprios e ferramentas processuais que garantem sua efetividade, carecendo, porém, de vontade política para o regular seguimento do Projeto, que viabilizará a vigência desse microssistema no Brasil.

4 DO ANTEPROJETO DE LEI SOBRE A DIVERSIDADE SEXUAL

A pessoa, como um ser social, vive numa estrutura familiar, a qual, acompanhando a evolução da sociedade e adequando-se aos anseios de seus integrantes, sofreu inúmeras mudanças.

Nesse diapasão, as relações homoafetivas da comunidade LGTB, merecem tratamento igualitário às relações heteroafetivas, sobretudo no âmbito do direito de família. A propósito disto, a sigla LGBT refere-se a Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros, referindo-se ao conjunto das minorias sexuais.

Inicialmente, o termo mais comum era GLS, sendo a representação para: gays, lésbicas e simpatizantes. Com o crescimento do movimento contra a homofobia e da livre expressão sexual, a sigla GLS foi alterada para GLBS, ou seja Gays, Lésbicas, Bissexuais e Simpatizantes que logo foi mudado para GLBT e GLBTS com a inclusão da categoria dos transgêneros (travestis, transexuais, transformistas, *crossdressers*, bonecas e *drag queens* dentre outros).

A sigla GLBT ou GLBTS perdurou por pouco tempo, pois o movimento lésbico ganhou mais sensibilidade dentro do movimento homossexual e a sigla foi alterada para LGBT atualmente a sigla mais completa em uso pelos movimentos homossexuais. (CONCIERGE, 2008).

Insta esclarecer, contudo, que este conjunto de minorias sexuais, representado pela sigla LGBT, possui um caráter político-social, sendo certo que

No Brasil, o termo atual oficialmente usado para a diversidade é LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). A alteração do termo GLBT em favor de LGBT foi aprovada na 1ª Conferência Nacional GLBT realizada em Brasília, no período de 5 e 8 de junho de 2008. A mudança de nomenclatura foi realizada a fim de valorizar as lésbicas no contexto da diversidade sexual e também de aproximar o termo brasileiro com o termo predominante em várias outras culturas. (CONCIERGE, 2008).

Em 17 de abril de 2009 foi instalada a primeira Comissão de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil, em Recife, com o firme propósito de elaborar um projeto legislativo para incluir a população de LGBT no âmbito da tutela legal e capacitar os advogados em face do surgimento de um novo ramo do direito, que tutela o direito homoafetivo. (ESTATUTO, 2012).

Inúmeras Seccionais estaduais e Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, criaram suas comissões, contribuindo para a construção de um documento representativo dos anseios da comunidade LGBT. (ESTATUTO, 2012).

Em 22 de março de 2011 foi realizada audiência pública pelo Conselho Federal da OAB, que, por unanimidade, aprovou a constituição da Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal, presidida por Maria Berenice Dias. Ao fim de quatro meses, foi elaborado um Anteprojeto de Lei e propostas de Emendas Constitucionais. (ESTATUTO, 2012).

No dia 23 de agosto de 2011, a Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal, juntamente com diversas Comissões estaduais e municipais e os representantes de movimentos sociais, procederam à entrega do Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual ao Presidente da OAB, Ophir Cavalcante, que, uma vez submetido ao Conselho Federal, foi posteriormente aprovado. (ESTATUTO, 2012).

Em dezembro de 2011, na II Conferência Nacional LGBT, foi aprovada moção de apoio ao Estatuto da Diversidade Sexual, motivo pelo qual as Comissões da Diversidade Sexual decidiram angariar adesões para levá-lo à Câmara Federal por iniciativa popular, sendo necessária a assinatura de cerca de um milhão e meio de cidadãos. (ESTATUTO, 2012).

A campanha que busca essas assinaturas foi lançada, em âmbito nacional, no dia 17 de maio de 2012, que é o Dia Mundial de Combate à Homofobia. Tanto as Comissões como os movimentos sociais estão realizando eventos e encontros em todo o Brasil, com o propósito de apresentar a proposta ao Congresso Nacional no Dia Mundial de Combate à Homofobia em 2013. (ESTATUTO, 2012).

O anteprojeto visa promover a inclusão de todos, combater a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia, de modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos, conforme prevê o art. 1º do Estatuto da Diversidade Sexual. (ANTEPROJETO, 2011). Nesse contexto, Melissa Barbieri de Oliveira esclarece:

Os microssistemas jurídicos são reconhecidos como uma forma moderna de proteger grupos vulneráveis no âmbito da tutela jurídica, trazendo num mesmo corpo legal princípios e normas de natureza de direito material, processual, civil e penal, como hoje já ocorre com o Estatuto da Criança e Adolescente e com o Código de Defesa do Consumidor. (OLIVEIRA, 2012).

Maria Berenice Dias e Marta Cauduro Oppermann, ressaltando a importância do documento, asseveram que

Todas as pessoas têm direito à constituição da família e são livres para escolher o modelo de entidade familiar que lhes aprouver, independente de sua orientação

sexual ou identidade de gênero. Dessa forma, são assegurados os direitos ao casamento, à constituição de união estável e sua conversão em casamento, à escolha do regime de bens, ao divórcio, à filiação, à adoção e ao uso das práticas de reprodução assistida, à proteção contra a violência doméstica e familiar, à herança, à concorrência sucessória, ao direito real de habitação e todos os demais direitos assegurados à união heteroafetiva. (DIAS e OPPERMANN, 2012).

Nesse sentido, o Anteprojeto representa um microssistema jurídico que visa tutelar os direitos da comunidade LGBT, tida como um segmento vulnerável em face de todas as opressões e preconceitos que vem sofrendo ao longo dos anos.

O Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual foi elaborado a muitas mãos. Contou com a efetiva participação das mais de 60 Comissões da Diversidade Sexual das Seccionais e Subseções da OAB.

Ouvidos os movimentos sociais, foram encaminhadas cerca de duas centenas de propostas e sugestões.

O Projeto foi elaborado no formato de microssistema, como deve ser a legislação voltada aos segmentos vulneráveis. Conta com 109 artigos distribuídos em 18 sessões.

Além de consagrar princípios, traz regras de direito de família, sucessório e previdenciário e criminaliza a homofobia. Aponta políticas públicas a serem adotadas nas esferas federal, estadual e municipal, além de propor nova redação dos dispositivos da legislação infraconstitucional que precisam ser alterados. (ESTATUTO, 2012).

A Constituição Federal consagra a dignidade da pessoa, a liberdade e a igualdade como princípios fundamentais, conforme se apregoa na Exposição de Motivos do Anteprojeto, sendo que, além de vedar discriminações de qualquer ordem, a CF/88 assegura o pleno exercício dos direitos de cidadania a todos. Assim, a edição de um conjunto de normas, representado pelo Estatuto da Diversidade Sexual, resultará no reconhecimento jurídico e, sobretudo, no respeito social à comunidade LGTB, que ainda sofre com o preconceito e a discriminação social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O progresso e o avanço tecnológico permeiam a evolução da sociedade, contribuindo para a diversificação dos arranjos familiares.

A evolução da família permitiu a progressão do ultrapassado pátrio poder para o poder familiar. A figura do pai, como autoridade suprema no âmbito parental, abriu espaço para a participação conjunta da mulher. O filho, por sua vez, passou de objeto de direito a

sujeito de direito, de modo que os pais devem exercer conjunta e igualmente a autoridade parental, configurando-se não num poder, mas, num dever que os pais têm de gerenciar a educação dos filhos, de forma a moldar-lhes a personalidade, proporcionando seu desenvolvimento com liberdade e responsabilidade.

As famílias, constitucionalmente reconhecidas, aquelas advindas do casamento, da união estável ou da monoparentalidade não atuam sozinhas no cenário moderno das relações familiares.

Hodiernamente vislumbram-se famílias de constituição mosaico de relações anteriores, ao lado da celebrada família eudemonista. Observam-se famílias anaparentais, paralelas e unipessoais, sendo que, em meio a tanta discussão, denotam-se as famílias homoafetivas e até mesmo as poliafetivas.

Devido ao fenômeno da globalização e da abertura de fronteiras, há, também, a família transnacional. O denominador comum entre todos estes modelos de família é o afeto, princípio basilar das relações familiares.

Com base nas relações de afeto, o chamado Estatuto das Famílias reconhece a diversidade dos vínculos afetivos. Indo além, o documento disponibiliza mecanismos processuais que garantem maior celeridade nas demandas judiciais decorrentes de conflitos interparentais.

Considerado um microsistema normativo, o Estatuto das Famílias traz inovações importantes, reescrevendo todo o Direito de Família no âmbito do Código Civil, viabilizando, inclusive, os procedimentos adequados que garantem maior efetividade na solução dos conflitos familiares.

Para isso, urge que o Projeto de Lei 674/2007 tenha novo impulso em sua tramitação legislativa, pois desde fevereiro de 2011 encontra-se em fase de deliberação de recurso na Câmara dos Deputados, estando impedido, deste modo, a prosseguir para a tramitação junto ao Senado Federal.

Se o trâmite do Projeto de Lei pertinente ao Estatuto das Famílias está parado na Câmara dos Deputados desde fevereiro de 2011, há, ainda, o Anteprojeto de Lei sobre a Diversidade Sexual, que vem sendo buscado pela comunidade representada por Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros, de forma mais concreta e concatenada desde 2009, quando iniciaram os preparativos para a edição do Anteprojeto.

Nesse sentido, as relações homoafetivas da comunidade LGTB, merecem tratamento igualitário às relações heteroafetivas, sobretudo no âmbito do direito de família. O Anteprojeto de Lei da Diversidade Sexual visa justamente promover a inclusão de todos,

combater a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia, com vistas a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos.

Diante disto, denota-se a necessidade de aprovação do chamado Estatuto da Diversidade Sexual, que será apresentado à Câmara Federal em 2013 por iniciativa popular, para que previna o preconceito e a discriminação social, e, sobretudo, para que promova o reconhecimento jurídico da comunidade LGTB.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Camila. **O que se entende por família eudemonista?** Artigonal. Diretório de Artigos Gratuitos. 03. Out. 2008. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/117577/o-que-se-entende-por-familia-eudemonista-camila-andrade>>. Acesso em: 23 out. 2012.

ANTEPROJETO. **Estatuto da Diversidade Sexual**. 2011. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads/5.%20ESTATUTO%20DA%20DIVERSIDADE%20SEXUAL%20-%20texto.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2012.

BARBOZA, Heloisa Helena. O Direito de Família no Projeto de Código Civil: Considerações sobre o Direito Pessoal. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. n. 11, out-dez. 2001.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 4, n. 14, jul/set, 2002, p. 05-10.

CÂMARA dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições. **PL 674/2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Família. Sucessões. São Paulo: Saraiva 2011.

CONCIERGE. **GLS ou LGBT?** 2008. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/aracajugls/militancia-lgbt-2/gls-ou-glb>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____, **O Estatuto da ética**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/698>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. **Estatuto da Diversidade Sexual: a promessa de um Brasil sem preconceito.** 04 jun. 2012. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Maria%20Berenice%20Dias%2004_06_2012.pdf>. Acesso em: 20 set. 2012.

ESTATUTO da Diversidade Sexual. **Histórico.** 2012. Disponível em: <<http://www.estatutodiversidadesexual.com.br/p/historia-do-estatuto.html>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família no novo milênio.** Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais.** Petrópolis: Vozes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada.** Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

IBDFAM. **Escritura reconhece união afetiva a três.** 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4862>>. Acesso em: 20 set. 2012.

KUSANO, Susileine. Da família anaparental: Do reconhecimento como entidade familiar. In: **Âmbito Jurídico.** Rio Grande, 77, 01/06/2010 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7559>. Acesso em: 18 nov. 2012.

LAGRASTA Caetano . **Direito de Família: Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos e o Estatuto das Famílias.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/711>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil.** Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Entrevista com o jurista Rolf Madaleno: união a três – repercussões jurídicas.** IBDFAM. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4870>>. Acesso em: 20 set. 2012.

MENEZES, Laila. Uniões homoafetivas. **Instituto Brasileiro de Direito de Família.** 13 set. 2005. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=200>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

MÉRIDA, Carolina Helena. Sequestro interparental: princípio da residência habitual. **Revista de Direito Internacional,** Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011.

OLIVEIRA, Melissa Barbieri de. Você já ouviu falar do Estatuto da Diversidade Sexual?! In: **Direito Homoafetivo**. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/86__2af181ad45a66a53924cac319be92a37.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Estatuto das Famílias**. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/708>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

REIS, Clayton. O Planejamento Familiar. Um Direito de Personalidade do Casal. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**. Maringá, v. 8, n. 2, p. 415-435, jul/dez 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Daniela Rosário. **Direito Civil**. Família e Sucessões. São Paulo: Rideel, 2011.

SATURNINO, Clarissa Saraiva. In: **Revista Consulex**. Ano IX, n. 102, v. 9. p. 55-59. Brasília: Consulex, set. 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TURKENICZ, Abraham. **A aventura do casal**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2011.

**A DIGNIDADE CONCRETIZADA POR MEIO DO AFETO NAS RELAÇÕES
FAMILIARES
THE DIGNITY OF AFFECTION REALIZED THROUGH THE FAMILY
RELATIONS**

Sarila Hali Kloster Lopes¹

RESUMO

O afeto passou a ser um elemento fundante das relações familiares somente com o desenvolvimento da sociedade, passando a ser tutelado a partir da CF/88. Tal Constituição inovou em diversas áreas do direito, mas sobre tudo no direito de família, ao admitir diferentes formas de família, ao tutelar o afeto e instituir princípios elementares dentro das relações familiares. Todas estas modificações teve como base fundamental a dignidade da pessoa humana, valor elevado a fundamento da sociedade brasileira. Através do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da afetividade, novas instituições familiares foram reconhecidas, tirando milhares de pessoas do limbo jurídico. A família da atualidade, existe em razão de seus componentes, é desvinculada aos interesses de cunho material, valorizando de forma definitiva o ser humano. Cumpre um papel funcionalizado, devendo servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e efetivação da personalidade de seus membros, por meio do afeto e da liberdade, integrando respeito, valores e servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade e da própria dignidade.

Palavras-chaves: Família, Dignidade da pessoa humana, Afeto, Princípio da Afetividade.

ABSTRACT

The affection becomes a fundamental element of family relations only with the development of society, going to be protected from CF/88. This Constitution has innovated in many areas of law, but above all in family law, by admitting different family forms, the tutelary affection and establish basic principles within family relationships. All these changes was based on the fundamental dignity of the human person, the high value foundation of Brazilian society. Through the principle of human dignity and the principle of affection, new institutions were recognized relatives, taking thousands of legal limbo. The family of today, exists because of its components, is unrelated to the interests of stamp material, valuing permanently humans. Plays a role functionalized and should serve as an environment conducive to the promotion of the dignity and efficaciousness of the personality of its members, through affection and freedom, integrating respect, values and serving as a key building block for achieving happiness and dignity.

Keywords: Family, Dignity of the human person, Affection, Affection principle.

¹ Advogada. Pós graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Cesumar/Maringá-Pr.

INTRODUÇÃO

A partir da Constituição Federal de 1988, diante da grande mudança nas estruturas familiares, a qual deixou de lado sua essência patriarcal e a finalidade econômica, a família passou a se vincular e se manter preponderantemente por elos afetivos e pela realização pessoal daqueles que a formam. Assim, as motivações econômicas antes existentes passaram a ter uma importância secundária e entre os familiares passou a existir principalmente o sentimento de solidariedade e igualdade.

A mulher deixou de ser apenas esposa e passou a ter papel importante nas decisões, no sustento e na construção do lar conjugal. Assim, a vida em comum passou a se fundar no amor ou seja, no afeto daqueles que participam do núcleo familiar. O afeto não se limita no sentimento de amor, mas no sentimento de querer bem, no carinho e no respeito.

Com o surgimento do princípio da afetividade, o afeto ganha proteção jurídica e os familiares a garantia do mesmo. O princípio da afetividade não é apenas um laço que envolve o integrante de uma família, mas é algo mais complexo, que põe mais humanidade em cada família e em seus participantes. O princípio da afetividade compreende, sobretudo, a evolução do direito, tornando-se um instituto aplicável a todas as formas de manifestação da família, abrangidas ou não pela legislação e passa a ser aplicada a todas as entidades familiares repersonalizando as relações, centrando-se apenas no afeto.

A partir do momento em que se reconheceu o afeto como o vínculo, o liame ou o motivo que enlaça e comunica as pessoas, surgiu a possibilidade de se aceitar outras formas de relações familiares distintas da relação “pai, mãe e filhos”. O princípio da afetividade ainda é que justifica outros princípios dentro do direito de família, como o princípio da igualdade e o princípio da solidariedade.

Essa nova configuração do direito de família se tornou muito mais humana, predominando valores tais como a igualdade e o respeito de forma a garantir a própria dignidade daquele que participa da família.

A presente pesquisa demonstrará que a existência e a aplicabilidade do princípio da afetividade está ligada a observância do princípio da dignidade da pessoa humana na acepção de que em face deste princípio, a pessoa é o bem supremo da ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim. Neste sentido, nas relações familiares, o ser humano deve ser o centro e o objetivo da família, com a proteção do Estado de forma que ao mesmo tempo que a dignidade dá origem ao

princípio da afetividade, o afeto garante a dignidade daquele que esta presente nas relações familiares.

1 A AFETIVIDADE

A afetividade é apontada pela quase unanimidade dos doutrinadores como um dos traços distintivos entre a família tradicional moderna e a contemporânea. Para a família moderna, mesmo existindo o elemento afeto, este era pouco importante para o ordenamento jurídico e para a afeição dos contornos substanciais da entidade familiar.

Definir afetividade não é uma tarefa fácil. Na linguagem geral, encontra-se a palavra afeto como sinônima de afeição, de simpatia, de amizade, de amor; ou então como sentimento, paixão. No sentido psicológico, afeto é o elemento básico da afetividade. Já a afetividade, no sentido comum, é a qualidade ou caráter do que é afetivo; no sentido psicológico, afetividade é o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões².

Aristóteles reconhecia a afetividade como uma potência humana, ao lado da inteligência e da vontade. Mas, não desenvolveu muito o estudo da afetividade, entendida como algo que pouco colaborava com a realização da existência humana. Para ele, a felicidade era alcançada especialmente com a aquisição de virtudes. Atualmente, a visão quanto à felicidade é a mesma, enquanto para os sentimentos, muita coisa mudou³. A afetividade, tal como a inteligência, é algo que emana do ser humano e se revela através do relacionamento com as demais pessoas. Nesse sentido, é possível afirmar que a afetividade não é substantiva, mas sim adjetiva, já que é uma qualidade inerente aos seres humanos e em alguns animais superiores. Mas a afetividade também pode ser entendida como o conjunto de afetos presentes em cada pessoa⁴.

Para Henri Wallon, a afetividade pode ser conceituada como todo o domínio das emoções, dos sentimentos e das emoções, das experiências sensíveis e, principalmente, da capacidade de possuir sensações, referindo-se às vivências dos indivíduos e às formas de expressão mais complexas e humanas⁵.

² BUENO, Francisco da Silveira. *Dicionário da língua portuguesa*. 6º ed. atual. Editora Lisa, 1992, p.29.

³ PEREIRA JUNIOR. Antônio Jorge. Da Afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: *A família além dos mitos*. Eliene Ferreira Bastos, Maria Berenice Dias (coord.). Del Rey, 2008, p. 57.

⁴ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Juruá, 2011, p.49.

⁵ BERCHT, Magda. *Em direção a Agentes Pedagógicos com Dimensões Afetivas*. Instituto de Informática. UFRGS. Tese de Doutorado. Dezembro de 2001. Disponível em:

Para a psicologia, a afetividade compreende o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar o mundo subjetivamente. A afetividade é quem determina a atitude geral da pessoa diante de qualquer experiência vivencial, promove impulsos motivadores e inibidores, percebe os fatos de maneira agradável ou sofrível, confere uma disposição indiferente ou entusiasmada e determina sentimentos que variam entre dois pólos, a tristeza e a alegria.

No senso comum e também no Direito, fala-se de afeto somente no sentido positivo, amoroso, enquanto pouco se fala do afeto da agressividade, que pode se transformar em ódio, em desamor. O afeto é a energia mental que pode ser expresso com várias nuances e qualidades, desde as mais amorosas até as de maior agressividade. Ele constitui a energia psíquica, baseada no prazer e no desprazer. Várias são as combinações de afetos⁶. No presente trabalho, o afeto discutido, é o afeto que gera o amor, o carinho e o respeito, o afeto elemento da afetividade.

O afeto é um laço que envolve os integrantes de uma família, seja como for ela. É um laço que une as pessoas com a finalidade de garantir a felicidade de todas elas, ocasionando assim, a realização pessoal de cada um. Isto porque a família, na atualidade, não se justifica sem a existência de afeto, pois é elemento formador e estruturador das entidades familiares. Portanto, na linguagem geral, o afeto relaciona-se com sentimentos de ternura, carinho e simpatia. Nas mais variadas literaturas, afetividade está relacionada aos mais diversos termos: emoção, estados de humor, motivação, sentimento, paixão, atenção, personalidade, temperamento e outros tantos⁷.

A afetividade é o agente motivador da atividade cognitiva. A afetividade seria a energia, o que move a ação, enquanto a razão seria o que possibilitaria ao sujeito identificar desejos, sentimentos variados, e obter êxito nas ações^{8,9}. Assim, a afetividade poder ser conceituada como todo o domínio das emoções, dos sentimentos, das experiências sensíveis e, principalmente, da

<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/1329/000101884.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2013.

⁶ GROENINGA, Giselle Câmara. A Função do afeto nos “contratos” familiares. In: *A família além dos mitos*. Eliene Ferreira Bastos, Maria Berenice Dias (coord.): Del Rey, 2008, p. 203.

⁷ SANTOS, Fabiani Santos; RUBIO, Juliana de Alcantara Silveira. Afetividade: Abordagem no Desenvolvimento da Aprendizagem no Ensino Fundamental – Uma construção teórica. *Revista Eletrônica Sabores da Educação*. Volume 3, no. 1, 2012. Disponível em: <www.facsaoaque.br/novo/publicacoes/pdf/v3-n1.../Fabiani.pdf>. Acesso em: 28 de janeiro de 2012.

⁸ LA TAILLE, Yves. Desenvolvimento do juízo moral e a afetividade na teoria de Jean Piaget. In: LA TAILLE, Y. (Org.) Piaget, Vygotsky, Wallon. *Teorias psicogenéticas em discussão*. São Paulo: Summus, 1992. p. 47-73.

⁹ LA TAILLE, Yves. Desenvolvimento do juízo moral. In: *Coleção Memória da Pedagogia: Jean Piaget*. Ed. Ediouro: 2005. p.76-88.

capacidade de entrar em contato com sensações, referindo-se às vivências dos indivíduos e às formas de expressão mais complexas e essencialmente humanas¹⁰.

1.1 A Afetividade como necessidade humana

Dentre as funções da família encontram-se: as funções psicológica, biológica e social. A função biológica consiste em assegurar a sobrevivência de seus membros, atendendo suas necessidades humanas básicas, entre elas, a higiene e a alimentação. Em meio as funções psicossociais, há o alimento afetivo, como indispensável para a sobrevivência do ser humano, tanto quanto o oxigênio, a água e os nutrientes orgânicos de que necessitamos para sobreviver¹¹.

Sem o afeto o ser humano pode apresentar grande dificuldade nas relações interpessoais, manifestada através da impossibilidade de manifestar emoções e sentimentos ou poder expor seus sentimentos de frustração, rejeição e raiva, por meio de um comportamento agressivo. Logo, a presença física afetiva dos pais ou de alguém que possa prover, é essencial à saúde mental do ser humano. O bebê e a criança que experimenta uma relação calorosa, íntima e contínua com a mãe, com o pai ou com outro cuidador, pode encontrar satisfação e prazer¹².

O afeto é de extrema importância, a própria sobrevivência humana depende dele, é valor supremo, necessidade ingente¹³. O amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável¹⁴, e certamente nunca será inteiramente saudável aquele que não recebeu o afeto de alguém.

De acordo com várias teorias psicológicas, a afetividade faz parte do ser humano, entretanto ela não é a mesma durante toda a sua existência. Ao contrário, ela acompanha o desenvolvimento da pessoa conforme as diversas fases da vida, desde a primeira infância até a idade adulta, então pode-se entender que a afetividade constrói-se e reconstrói-se ao longo da vida, conforme as oscilações e instabilidades da própria vida¹⁵. Não bastasse, a afetividade corresponde aos estados afetivos, os quais variam conforme aos estímulos que recebemos do ambiente, o que será modificado durante toda nossa vida.

¹⁰ BERCHT, M. *Em direção a agentes pedagógicos com dimensões afetivas*. Instituto de Informática. UFRGS. Tese de Doutorado. Dezembro, 2001, p. 68.

¹¹ OLIVEIRA, Adriane M. Netto; et al. *Revista de Pesquisa: cuidado é fundamental*. Rio de Janeiro, ano 9, n.1/2, p. 23-30, ½ sem., 2005, p. 26.

¹² OLIVEIRA, Adriane M. Netto; et al. *Revista de Pesquisa: cuidado é fundamental*. Rio de Janeiro, ano 9, n.1/2, p. 23-30, ½ sem., 2005, p. 27.

¹³ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Forense, 2008, p. 67.

¹⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade”, In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso de Direito de Família*. IBDFAM, 2006, p. 448.

¹⁵ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Juruá, 2011, p. 153.

A boa formação da estrutura afetiva é uma necessidade vital para todo ser humano, sem a qual não é possível construir adequadamente a personalidade, ou seja, não se pode constituir como pessoa¹⁶. Desse modo, a preservação da estrutura afetiva emerge como uma necessidade, uma vez que sua deterioração resulta em desestruturação da própria pessoa, como ensina Giselle Groeninga:

E o que é personalidade? É a condição ou maneira de ser da pessoa. É a organização, mais ou menos estável, que a pessoa imprime à multiplicidade de relações que a constituem. O aspecto físico e os psíquicos, como a vontade, a emoção, a inteligência são aspectos da personalidade.

(...)

A personalidade, para o seu desenvolvimento, necessita do afeto do amor, caso contrário, efetivamente não sobrevivemos (...). Se não tivermos quem nos cuide, e com amor, faleceremos ou ainda, não nos humanizamos¹⁷.

É importante verificar também que é possível adoecer da afetividade se não houver manutenção permanente do equilíbrio das trocas afetivas. Na expressão de Freud, é preciso amar para não adoecer¹⁸. O afeto constitui uma classe restrita de emoções que acompanha as relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes). Essa relação predominante no ambiente familiar atualmente alcançou o patamar de direito fundamental, pois, se encontra extremamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Disso resulta que a afetividade é a capacidade de amar e ser amado, para afetar e ser afetado, ou ainda, o conjunto de reações afetivas, a energia que movimenta o organismo e agencia os comportamentos, é próprio do ser humano e contribui, ao lado da racionalidade, para a formação da personalidade. De fato, não há nenhuma ação e nenhum comportamento que possa acontecer sem a influência da afetividade¹⁹.

Na realidade, é o afeto que auxilia na formação do caráter da pessoa e é a família a estrutura que deve oferecer tal valor. É na falta de estrutura, de apoio e afeto que os homens são conduzidos aos desatinos criminosos, ao desequilíbrio social. Não que seja extremamente importante manter os pais dentro de casa, obrigá-los a amar ou de ter envolvimento afetivo contra a sua própria natureza para satisfazer as necessidades do filho, mas é de grande relação a

¹⁶ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Juruá, 2011, p. 114.

¹⁷ GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade”, In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso de Direito de Família*. IBDFAM, 2006, p. 449.

¹⁸ FREUD, Sigmund. *Introdução ao Narcisismo: ensaios de metapsicologia e outros textos*. Trad. Paulo Cesar de Souza.: Companhia das Letras, 2012, p. 76.

¹⁹ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Juruá, 2011, p. 80.

manutenção de vínculos com os filhos e a chance diminuída de haver o desencadeamento de prejuízos que muitas vezes podem ser irreparáveis.

1.2 O afeto nas relações familiares

A afetividade é inerente ao ser humano e a sua própria personalidade, encontra-se sobretudo na base da conduta jurídica, constituindo um valor jurídico a ser preservado na vida em sociedade. Entretanto, é nas relações inseridas ao Direito de Família que a afetividade se manifesta de maneira mais expressiva, uma vez que as próprias relações familiares são permeadas pelos afetos²⁰.

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana²¹. É um sentimento que invadiu e passou a fazer parte da vida dos seres humanos, nada mais é do que uma troca recíproca entre os sujeitos de cuidados e atenção, buscando apenas o bem da outra pessoa²².

A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Neste sentido, os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles²³. O afeto é considerado a essência, elemento definidor do grupo familiar, ou seja, esse sentimento que da origem à família, sendo a manutenção e o desenvolvimento do afeto funções da família, porquanto através desse sentimento proporciona-se ao ser humano, respeito, liberdade e a igualdade.

A afetividade faz com que a vida em família seja sentida da maneira mais intensa e sincera possível, e isto só é possível se os integrantes vivem para si mesmo, de forma que um seja contribuinte da felicidade do outro²⁴.

O próprio aspecto sociológico da família é suportado pelo afeto entre os indivíduos que o compõem, de forma recíproca, apresentando sempre a ideia de cooperação, fraternidade, amizade e cumplicidade.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama,

²⁰ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Juruá, 2011, p. 153.

²¹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Forense, 2008, p. 66.

²² ROSSOT, Rafatel Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da afetividade. *Revista brasileira de direito da famílias e sucessões*. Magister, no. 9, abr./maio 2009.

²³ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Forense, 2008, p. 66.

²⁴ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 235.

A família consiste, nesse contexto, em comunidade intermediária que se funcionaliza à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, demonstrando seu fundamental papel: aquele de servir de instrumento para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais das pessoas humanas que a integram. Não há mais lugar, no mundo atual, para o Direito de Família aristocrático, ou seja, aquele objetivava tutelar a família “legítima”, detentora de patrimônio e da paz doméstica, como valores absolutos, sem qualquer conteúdo ético e humanista nas relações travadas entre os partícipes de tal organismo familiar²⁵.

O afeto é a base social do instituto familiar, de tal modo que a inexistência desse aspectos afeta a manutenção, devendo até mesmo haver sua proteção. Ademais, é na família que o indivíduo nasce e se desenvolve, moldando sua personalidade. É na família que, no curso da vida, o indivíduo encontra conforto, amparo e refúgio para sua formação, estruturação psíquica bem como sobrevivência. A criança mantém uma relação de dependências com aqueles que acolheram-na e se tornaram responsáveis pela sua formação.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 Conceito de dignidade

De fato, a Constituição consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da ordem jurídica. Essa, sem dúvida, não foi uma deliberação isolada do constituinte brasileiro, mas sim a adesão a um movimento que se pôs em curso em todo mundo ocidental, a partir do pós-guerra. Isso significa simplesmente que no Direito contemporâneo a pessoa humana ocupa lugar central nos ordenamentos jurídicos, ou seja, que o Direito está centrado na realização da dignidade²⁶.

O conceito de dignidade humana foi se formando ao longo dos tempos, como consequência das conquistas e lutas dos povos em reação ao desrespeito, desigualdades, e diminuição do ser humano em geral. A dignidade chegou no início do século XXI, como um valor supremo, um valor universal²⁷.

Etimologicamente, dignidade vem do latim *digna*, que se traduz como merecedora de alguma coisa, digna. Pode significar ainda, detentora de cargo, honra ou honraria, sendo adjetivo

²⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei no. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. Atlas, 2008.

²⁶ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A Tutela Jurídica da Afetividade*. 2011, p. 130.

²⁷ LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A eficácia do Direito à Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Jurídica Cesumar* – Mestrado, v.12, n 1, p. 311-340, jan/jun. 2012, p. 324.

derivado da forma verbal *decet, de decere, convir*²⁸. É tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima, está na categoria da moral, como qualidade ou valor particular atribuído aos seres humanos em função da posição que eles ocupam²⁹.

No que tange ao conteúdo semântico da expressão, os juristas costumam aludir à dificuldade em defini-lo com precisão, a exemplo do que refletem as palavras de Dias, com destaque para a sua concepção construída pelos sentimentos e emoções envolvidos, já que se trata de valores humanos:

Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. É impossível uma compreensão exclusivamente intelectual e, como todos os outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos³⁰.

A dignidade é inerente ao homem, existindo desde os primórdios da humanidade, mas nos últimos dois séculos, tornou-se relevante, sendo tutelado por quase todos os países. Tal denominação sempre existiu na história da humanidade. Toda pessoa é digna, porque dignidade é pressuposto de sua condição. É a dignidade, portanto, que qualifica a pessoa, colocando-a em uma categoria acima de qualquer indagação. Resta caro que a dignidade reside na autonomia da vontade – sem a qual a pessoa humana passa a ser mero instrumento a serviço da sociedade -, que somente pode exteriorizar-se em seres racionais, de modo que jamais o ser humano poderá servir de meio para os outros, sendo um fim em si mesmo³¹.

A dignidade da pessoa humana, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, é:

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

²⁸ SILVA, Deonísio da. *De onde vêm as palavras: origens e curiosidades da língua portuguesa*. 14. ed. A Girafa, 2004, p. 264.

²⁹ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília Jurídica, 2001, p. 14.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais, 2006, p. 52

³¹ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa fé no código civil*. Coleção “Prof. Agostinho Alvim”. Saraiva, 2005, p.02.

Dignidade da pessoa humana é então um valor supremo, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem. A dignidade humana não pode ser reduzida tão somente aos direitos individuais tradicionais, mas também aos direitos sociais para garantir as bases da existência humana. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna, a ordem social visará a realização da justiça social, a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania, etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana³².

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana pois ela dita a condição superior do homem, independentemente de qualquer tipo de merecimento pessoal ou social. A motivação de seu merecimento é a própria vida³³.

Nas lições de Alexandre Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos³⁴.

É um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por partes das demais pessoas³⁵. E por isso não pode ser alienada e nem mesmo renunciado.

Dentro desta perspectiva, entende-se que a dignidade é algo que pertence ao ser humano, conforme expõe Carmem Lúcia Antunes Rocha:

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal³⁶.

³² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15.ed. Malheiros, 1998, p. 109.

³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2.ed. Saraiva, 2012, p.115.

³⁴ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. Atlas, 2008, p. 22.

³⁵ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. Atlas, 2008, p. 16.

³⁶ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. In: XVVI Conferência Nacional dos Advogados. Justiça: realidade e utopia. Anais. Brasília: OAB, Conselho Federal, v.I, 2000, p. 72.

Mais do que definir e encontrar o melhor entendimento do que vem a ser dignidade humana, o que importa é proteger o homem: não se limitar ao discurso da igualdade, respeito, liberdade, mas promover medidas reais e efetivas para que todos, sem exceção, possam conviver em harmonia, sem a sobreposição de uns aos outros. Entender quem é o homem e o mundo em que vive é primordial para a construção de um indivíduo. Se é possível afirmar que o conhecimento amplo liberta a alma do indivíduo ao torna-lo capaz de se autodeterminar, deve ser assegurado ao homem meios viáveis capazes de capacitá-lo a esta liberdade. Mais do que nunca, Estado e sociedade devem estar presentes para assegurar a dignidade do homem³⁷.

Na lição de Maria Celina Bodin de Moraes³⁸, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República constitui o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. Como valor jurídico fundamental e alicerce do ordenamento, a dignidade da pessoa humana está diretamente ligada aos direitos de personalidade, construindo uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana.

O ser humano neste sentido não deve ser considerado em sua individualidade, tendo como referencia o sujeito universal, intelectualizado e capaz de se autodeterminar. Ao contrário, o ser humano na contemporaneidade é concreto e complexo, devendo ser concebido em sua circunstancialidade³⁹.

2.2 Âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana.

É plausível afirmar que a dignidade possui uma dupla dimensão, ou seja, pode ser entendida como fruto da autodeterminação da pessoa humana e como necessidade de proteção desta autonomia por parte do Estado e da comunidade. O caráter dúplice deste princípio implica em sua proteção jurídica consistente, entre outras no dever de respeito aos direitos e de forma primordial no desenvolvimento da individualidade e capacidade de autodeterminação para que o indivíduo atue com liberdade e de forma efetiva na sociedade⁴⁰.

Atuando como limite e tarefa, outra concepção possível, a dignidade não apenas evita a redução do ser humano a mero objeto, mas impõe a tutela do Estado no sentido de proteção através de prestações positivas que assegurem o respeito e promova a igualdade entre os

³⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos; Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Elsevier, 2004, p. 25

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. Ed. Livraria do Advogado, 2006, p.117.

³⁹ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A Tutela Jurídica da Afetividade*. Juruá, 2011, p. 141.

⁴⁰ LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A eficácia do Direito à Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Jurídica Cesumar* – Mestrado, v.12, n 1, p. 311-340, jan/jun. 2012, p. 317.

indivíduos. Neste sentido, a dignidade como limite, é algo que pertence a cada um não podendo ser perdida ou alienada. Como tarefa, exige-se a atuação estatal no sentido de proteção da dignidade existente e visaria à criação de condições que possibilitariam o seu pleno exercício e fruição⁴¹.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet,

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para a existência digna não forem asseguradas, onde não houver uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese de dignidade da pessoa⁴².

Neste sentido, para que haja a dignidade são essenciais ao ser humano: o direito à vida, à igualdade, à liberdade de expressão e opinião, de origem religiosa, de opção sexual, política e profissional, à liberdade física, à propriedade, à penas não degradantes, à qualidade de vida, entre outros⁴³.

Em suma, a dignidade pressupõe a igualdade entre os seres humanos, pois os homens devem ter seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais⁴⁴. Os interesses em construir uma família, obter uma moradia, satisfazer as necessidades básicas de alimentação e outras, são comuns a todos os homens, independentemente da inteligência, da forma física e outras aptidões. O respeito à dignidade humana também corresponde a um dever de solidariedade, ou seja, o poder-dever de atender interesses alheios.

A dignidade humana exige que se respeitem as decisões pessoais, o projeto de vida que cada um elege para si, suas vontades e seus anseios devem ser exercidos livremente dentro dos limites para que não prejudique terceiros. Acima de tudo, a dignidade humana tem um conteúdo ético, por isso a proibição da tortura, da vingança e do abuso de autoridade. Ela também não pode

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Livraria do Advogado, 2001, p. 46.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 50-60.

⁴³ ZISMAN, Célia Rosenthal. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. IOB Thomson, 2005, p. 25.

⁴⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2.ed. Saraiva, 2012, p.163.

ser renunciada. A autonomia da vontade não chega ao ponto de que por contrato, o ser humano abdique de sua dignidade. Até mesmo porque é a dignidade que salva o homem de tratamentos degradantes, humilhantes, que impeçam o seu desenvolvimento saudável⁴⁵.

Nas palavras de Alexandre Moraes,

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos⁴⁶.

É importante destacar que a ideia de que todo ser humano é possuidor de dignidade é anterior ao direito, não necessitando seu reconhecimento jurídico para existir. Sua existência e eficácia prescindem de legislação, mediante reconhecimento expresso pelo ordenamento jurídico⁴⁷. Enfim, na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a *status* de fundamento do sistema jurídico brasileiro, houve uma escolha no sentido de que a pessoa passa a ser valorizada, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal acontecimento provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito⁴⁸. Com base na dignidade é que o ser humano deve ter seus direitos respeitados, bem como garantidos.

No que tange ao direito de família, a partir deste macroprincípio é que os componentes das relações familiares passaram a ser tratados de forma igualitária, passaram a encontrar dentro da família um local de realização pessoal (afeto), entre outras transformações. É também através da dignidade que novas entidades familiares passaram a ser aceitas.

2.3 Dignidade sob o prisma jurídico – o princípio da dignidade da pessoa humana.

As experiências totalitárias desvalorizaram os seres humanos, transformando-os em objeto descartável, supérfluos. Eram vistos como se fossem meras coisas. Por isso foi necessário o

⁴⁵ ZISMAN, Célia Rosenthal. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. IOB Thomson, 2005, p. 30-1.

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16.ed. Atlas, 2004, p. 52.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Almedina, 1998, p. 311, Apud: FREIRE, Danilo; RAMPASSO, Ana Manuela. *Direito à vida e à dignidade de vida*. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v.9, n.2, p. 593-618, jul./dez. 2009, p. 612.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5.ed. rev. atual. amp. Revista dos Tribunais, 2009, p. 61.

resgate da dignidade da pessoa humana, dado que não é mais possível a aceitação de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos⁴⁹.

Nas palavras de Fernanda Borguetti Cantali,

A proteção dispensada ao homem face aos desmandos do poder constituído foi recepcionada pelas Constituições dos Estados Democráticos, mas a partir do pós-guerra tal proteção caracterizou-se como um compromisso político, no sentido de garantir os valores que são indispensáveis, para que se consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio informador de todo o ordenamento jurídico⁵⁰.

A solução foi encontrada na construção de ordenamentos jurídicos suficientemente dotados de princípios com elevada carga axiológica, os quais permitiriam a entrada de novos valores, enterrando as teses que defendiam o direito puro, cuja teoria geral não se ocupava dos valores. Como resultado, a dignidade humana adentrou no sistema jurídico pátrio como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, atuando como um de seus pilares.

A dignidade da pessoa humana, depois de transformada em princípio constitucional, passou a ocupar lugar de destaque no ordenamento jurídico, o que levou muitos operadores do direito a considerá-la como ponto de partida do sistema jurídico, seu valor fonte⁵¹.

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente. Apenas ao longo do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, é que a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, até mesmo porque foi consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948⁵². Posteriormente, em 1951 o Brasil assinou na Colômbia o tratado que instituiu a Organização dos Estados Americanos, e sob os olhos desta organização internacional foi assinado no ano de 1969 em São José da Costa Rica, a Convenção Internacional de Direitos Humanos que ficou conhecido como o Pacto de São José da Costa Rica.

Em seguida vários países adotaram o princípio da dignidade da pessoa humana em suas constituições, entre eles: a Alemanha (artigo 1º, inciso I), a Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (artigo 2º, inciso I), Irlanda (Preâmbulo) e Portugal (artigo 1º), a Itália, que refere-se expressamente á dignidade social (artigo 3º), e a Bélgica que assegura “aos belgas e estrangeiros que se encontram em território belga o direito de levar uma vida de acordo com a dignidade

⁴⁹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. Saraiva, 2011, p. 74.

⁵⁰ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Livraria do Advogado, 2009, p.85.

⁵¹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*, v.1. Saraiva, 2007, p. 72.

⁵² SARLET. Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Livraria do Advogado, 2001, p. 63.

humana” (artigo 23). Na América Latina, o princípio da dignidade se encontra positivado no Brasil (artigo 1º, inciso III), no Paraguai (Preâmbulo), em Cuba (artigo 8º), Venezuela (Preâmbulo), do Peru, onde são reconhecidos outros direitos além dos expressamente positivados, desde que derivem da dignidade humana (artigo 4º), na Bolívia, a Carta Magna, de 1967, reformada em 1994, traz em seu artigo 6º, inciso II, que a dignidade e a liberdade são invioláveis, incumbindo ao Estado o dever de respeitá-la e protegê-las, na Constituição Chilena o artigo 1º diz que os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Na Rússia, em sua Constituição de 1993 (artigo 12-1)⁵³.

Muito embora o princípio da dignidade da pessoa humana não seja consignado expressamente em todos os ordenamentos jurídicos, pode-se afirmar que ele é o princípio geral de direito, ou seja, uma regra, que se prevista no direito interno de determinado Estado, influencia todo o ordenamento jurídico, sendo como um caminho para orientar a aplicação das demais normas aos casos concretos⁵⁴. No Brasil, a dignidade da pessoa humana é o norteador do ordenamento jurídico fundamental, orientando os demais princípios e normas vigentes no país. E sendo um princípio norteador do ordenamento jurídico, ela atua como postulado normativo, tendo em vista que ela serve para indicar como as demais normas devem ser feitas e aplicadas⁵⁵.

O estabelecimento da dignidade como princípio fundamental relaciona-se com o sistema democrático. Neste sentido é que a Constituição Federal brasileira, ao estabelecer sobre os princípios fundamentais, que servem de alicerce e regem todo o texto constitucional, prescreve no art. 1º, inciso III, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Tem-se que a Constituição Federal de 1988, introduziu uma nova ordem, composta de diversos sistemas que buscam coesão e harmonia, conduzindo ao respeito aos direitos fundamentais e à ordem constituída. Este papel é exercido pela nova concepção, a da dignidade da pessoa humana, que passou a ser norma constitucional principiológica⁵⁶.

Para Fernanda Borghetti Cantali,

O princípio da dignidade da pessoa humana, além de ser a expressão da essência da pessoa humana, é de ser vislumbrado como o fundamento da ordem política e social, o

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Livraria do Advogado, 2001, p. 64-5.

⁵⁴ ZISMAN, Célia Rosenthal. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. IOB Thomson, 2005, p. 31.

⁵⁵ LAFER, Celsi. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 78, Apud: LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A eficácia do Direito à Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Jurídica Cesumar* – Mestrado, v.12, n 1, p. 311-340, jan/jun. 2012.

⁵⁶ FREIRE, Danilo; RAMPASSO, Ana Manuela. Direito à vida e à dignidade de vida. *Revista Jurídica Cesumar* – Mestrado, v.9, n.2, p. 593-618, jul./dez. 2009, p. 605.

que revela como uma fonte de direitos. Em outras palavras, o princípio da dignidade é um princípio fundamental matriz, gerador de outros direitos fundamentais, um princípio absoluto e um direito subjetivo, cuja atuação possui eficácia vinculante em relação ao poder público e aos particulares⁵⁷.

Em face do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pode-se dizer que a pessoa é o bem supremo da ordem jurídica, o seu fundamento e seu fim. Sendo possível concluir que o Estado existe em função das pessoas, a pessoa é sujeito do direito e nunca o seu objeto⁵⁸. Ele acompanha o homem até sua morte, por ser da essência e da natureza humana; a dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, sendo norma que subjaz a concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade⁵⁹.

Neste mesmo sentido, para Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana é:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁶⁰.

É também sob o influxo do mesmo princípio que a Constituição Federal consagrou um sistema aberto de família para admitir, ainda que não expressos, outros núcleos ou arranjos familiares para além daqueles constitucionalmente fixados, a exemplo a união homoafetiva⁶¹.

A dignidade é, portanto, um macroprincípio sob o qual surgem e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e lateralidade, de forma que seria contraditório qualquer ato que não tenha fundamento na

⁵⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Livraria do Advogado, 2009, p.89.

⁵⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p.64 Apud: BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. Atlas, 2005, p.23.

⁵⁹GIORGIS. José Carlos Giorgis. A relação homoerótica e a partilha de bens, In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF. *Homossexualidade – Discussões jurídicas e psicológicas*. 1º Ed. Juruá, 2003, p. 132.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Livraria do advogado, 2009, p. 30.

⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Volume 6: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. Saraiva, 2012, p. 79.

soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político⁶².

3 A DIGNIDADE CONCRETIZADA POR MEIO DO AFETO

Através da Constituição Federal de 1988, houve profunda modificação na concepção de família e, como consequência, uma expansão à proteção do Estado⁶³. Isso porque, no passado, a entidade familiar era entendida como uma relação voltada principalmente para a procriação e com fins econômicos⁶⁴. Atualmente, a família é vista como um núcleo que serve de pleno desenvolvimento da personalidade dos seus membros, sempre tendo como pressuposto o elemento afeto, consistente em ver assegurada a dignidade humana, assegurada constitucionalmente.

Alguns aspectos inovadores desta nova concepção da estrutura familiar são: a) a família passou a ser considerada um espaço solidário e igualitário; b) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições, explícita ou implicitamente tutelada pela constituição; c) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações; d) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimoniais; e) a natureza sócio afetiva da filiação sobre a origem exclusivamente biológica; f) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos; g) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal⁶⁵.

De fato, a família atual busca sua identificação na solidariedade, como um dos fundamentos da afetividade, contrapondo o individualismo que culminou no passado. A função econômica da família perdeu sua importância, pois sua única preocupação não é mais o materialismo. A função procracional também perdeu seu valor, pelo grande número de casais sem filhos, seja por livre escolha ou por imposições da realidade do mundo contemporâneo.

⁶² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2.ed. Saraiva, 2012, p.114.

⁶³ LOBO, Paulo Luiz Neto. *A repersonalização das relações familiares*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2013.

⁶⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 35.

⁶⁵ LOBO, Paulo Luiz Neto. *A repersonalização das relações familiares*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2013.

Todas estas modificações se deram através do afeto e da preocupação com o ser humano em si, de forma que a família passou a se configurar no espaço de realização pessoal e da dignidade de seus membros. É certo que o ser humano nasce puro no seio familiar, não possui nenhum tipo de contato afetivo e desconhece as relações entre os familiares. É na família que se inicia a moldagem de suas potencialidades com o propósito da convivência em sociedade e da busca de seu melhoramento ou capacitação por meio do afeto.

A família deixa de ser fim e passa a ser meio, um instrumento. Detectou-se que as pessoas não nascem com o fim específico de constituir família, mas, nascem voltadas para a busca de sua felicidade e concretização individual, como consequência lógica da afirmação da dignidade do homem⁶⁶. Afinal, o homem é um animal social e necessita do ambiente familiar para seu progresso e estruturação psicobiosocial⁶⁷.

Ao tratar da família de hoje, Paulo Luiz Netto Lôbo, entende que:

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desaparecem ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua⁶⁸.

Com base no exposto, apreende-se que a família deve ser, antes de tudo, alicerçada no amor, buscando a felicidade e reconhecendo que o afeto é o único modo eficaz de garantir a sua sobrevivência, haja vista que “apenas a afetividade, e não a lei, mantém unidas essas entidades familiares”⁶⁹.

Por meio da ascensão do afeto a princípio jurídico, ao mesmo tempo que ele nasce a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, ele também garante a própria dignidade. Já que a possibilidade de se relacionar com quem e como quiser está inteiramente ligado com o íntimo e a essência do ser humano. É na família que encontramos nosso aconchego e nossa paz. Nada mais digno do que esta família, seja como ela é formada, possa ser reconhecida pelo direito.

⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito de família*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007, p.53.

⁶⁷ DAL COL, Heldet Martinez. *A família a luz do concubinato e da união estável*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 37.

⁶⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n.24, jun/jul. 2004, p. 155.

⁶⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Identidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte. *Anais*. Belo horizonte: Del Rey, 2002, p. 329-351.

Nas palavras de Carlos Alberto Bittar,

é na família que se geram, se formam e se educam pessoas, para a perpetuação da espécie e, em consequência, se contribui para a manutenção e desenvolvimento do Estado, mediante a introdução na sociedade de pessoas aptas a nela integrar-se e a responder a sua missão. E é no recôndito do lar que se forja a personalidade humana: daí o elenco legal protetivo⁷⁰.

A proteção do núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa, sendo descabida toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem. Não há mais a proteção à família pela família, senão em razão do ser humano, de sua dignidade e de seus direitos de personalidade⁷¹.

A dignidade é entendida como a “qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”, impedindo todo e qualquer “ato de cunho degradante e desumano” além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nas escolhas da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁷².

O princípio da dignidade da pessoa humana acompanha o homem até sua morte, por ser da essência e da natureza humana; a dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é desprotegido, humilhado ou perseguido, sendo norma que subjaz à concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade⁷³. Ela é algo que pertence necessariamente a cada um e não pode ser perdido e alienado tamanha sua importância.

A dignidade de cada um consiste em ser, essencialmente, uma pessoa, isto é, um ser cujo valor ético é superior a todos os demais no mundo. Por isso, a referência à dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais⁷⁴.

O sistema jurídico brasileiro tem por pressuposto o respeito à dignidade da pessoa humana, conforme expressamente proclama o art. 1º inc. III da Constituição Federal⁷⁵. Este

⁷⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 52.

⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito de família*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007, p.135.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2001, p. 60.

⁷³ GIORGIS. José Carlos Giorgis. A relação homoerótica e a partilha de bens, In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF. *Homossexualidade – Discussões jurídicas e psicológicas*. 1º Ed. Curitiba:Juruá, 2003, p. 132.

⁷⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo:Saraiva, 2000, p.102.

⁷⁵ 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:

I - a soberania;

compromisso do Estado se assenta nos princípios da igualdade e da liberdade, sendo consagrado já no preâmbulo da norma maior do ordenamento jurídico, ao conceder proteção a todos, vedar discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade, assegurando 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 preconceitos⁷⁶.

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e o afeto é direta, pois o estado Democrático de Direito promete aos indivíduos muito mais que a defesa de seus direitos, mas a promoção positiva de suas liberdades. Assim, o valor da pessoa humana assegura o poder de cada um exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. E o amor e a felicidade está dentro do campo da subjetividade. Representa fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade⁷⁷.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a dignidade da pessoa humana como valor supremo, traduzindo um marco histórico para várias áreas do direito e principalmente com relação ao ser humano e à família. Houve uma progressiva redução do poder patriarcal, da desigualdade e da inferioridade da mulher dentro da sociedade, bem como dentro da família. Ela também introduziu relevantes mudanças no conceito de família e em seu tratamento, já que tal instituição é considerada a base da sociedade.

O princípio da afetividade é considerado como a ordem fundada no sentimento protetor de ternura, dedicação, cuidado e respeito. A partir dele, o desejo, o amor, e outros sentimentos começam a ser vistos e considerados como o verdadeiro laço conjugal e familiar. Ele dá uma nova visão ao direito de família, o casamento passa a ser revestido de aspectos relacionados aos interesses afetivos e existências dos seus integrantes e a culpa pela dissolução da sociedade

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁷⁶ Dias, Maria Berenice. *Homoafetividade e o direito a diferença*. Disponível em: <http://www.faimi.edu.br/v8/revistajuridica/edicao3/homoafetividade%20e%20o%20direito%20%C3%A0%20diferen%C3%A7a%20-%20berenice.pdf>. Acesso em novembro de 2011.

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre... Homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.104.

conjugal perde seu papel no divórcio. Ele passa a estabelecer valores oriundos do amor, nas diversas relações familiares.

A partir do reconhecimento do princípio da afetividade passou-se a ser discutida a importância do afeto nas relações familiares, isto porque, o afeto é um laço que envolve os integrantes de uma família, seja como for ela. É um laço que une as pessoas com a finalidade de garantir a felicidade, ocasionando assim, a realização pessoal de cada um.

Tem-se que sem o afeto o ser humano pode apresentar grande dificuldade nas relações interpessoais, manifestada por meio da impossibilidade de demonstrar emoções e sentimentos ou da possibilidade de expor seus sentimentos de frustração, rejeição e raiva, por meio de um comportamento agressivo. Logo, a presença física afetiva dos pais ou de alguém que possa prover, é essencial à saúde mental do ser humano.

Na realidade é o afeto que auxilia na formação do caráter da pessoa, e é a família a estrutura que deve oferecer tal valor. É na falta de estrutura, de apoio e afeto que os homens são conduzidos aos atos criminosos. Não que seja extremamente importante manter os pais dentro de casa e obriga-los a amar e afetar seus filhos, mas é importante a manutenção de vínculos com os filhos para que não haja o desencadeamento de prejuízos que muitas vezes podem ser irreparáveis.

A ascensão do afeto à princípio jurídico, ao mesmo tempo que ele nasce a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, ele também garante a própria dignidade, já que a possibilidade de se relacionar com quem e como quiser está inteiramente ligado com o íntimo e a essência do ser humano. É na família que se encontra o aconchego e a paz. Nada mais digno do que esta família, seja como ela é formada, reconhecida pelo direito.

Reconhece-se que a proteção do núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa, sendo descabida toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem. Não há mais a proteção à família pela família, senão em razão do ser humano, de sua dignidade e de seus direitos de personalidade.

A dignidade é entendida como a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Ela não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é desprotegido, humilhado ou perseguido, sendo norma que traduz a concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que

aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade. Ela acompanha o homem até sua morte, por ser da essência e da natureza humana.

A família da atualidade, portanto, existe em razão de seus componentes e não estes em função daquela, é desvinculado aos interesses de cunho material, valorizando de forma definitiva e incontestável o ser humano. Cumpre um papel funcionalizado, devendo servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e efetivação da personalidade de seus membros, por meio do afeto e da liberdade, integrando respeito, esperanças e valores, e, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.

REFERENCIAS

REFERENCIAS

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*, v.1, São Paulo: Saraiva, 2007.

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

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BERCHT, Magda. *Em direção a Agentes Pedagógicos com Dimensões Afetivas*. Instituto de Informática. UFRGS. Tese de Doutorado. Dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/1329/000101884.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUENO, Francisco da Silveira. *Dicionário da língua portuguesa*. 6º ed. atual. São Paulo: Editora Lisa, 1992.

CANTALI, Fernanda Borguetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DAL COL, Helder Martinez. *A família à luz do concubinato e da união estável*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- DIAS, Maria Berenice. As Famílias de hoje. In: *Instituto Interdisciplinar de direito de família – IDEF. Direito de Família e Interdisciplinaridade*. Curitiba: Juruá, 2001.
- _____. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Família*. Lumen Iuris, 2007.
- FREIRE, Danilo; RAMPASSO, Ana Manuela. Direito à vida e à dignidade de vida. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v.9, n.2, p. 593-618, jul./dez. 2009.
- FREUD, Sigmund. *Introdução ao Narcisismo: ensaios de metapsicologia e outros textos*. Trad. Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo curso de direito civil*, volume 6: Direito de família – As Famílias em perspectiva constitucional. – 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei no. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GIORGIS. José Carlos Giorgis. A relação homoerótica e a partilha de bens, In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF. *Homossexualidade – Discussões jurídicas e psicológicas*. 1º Ed. Curitiba: Juruá, 2003
- GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Marcio Martins. *Afeto e Estruturas Familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- LA TAILLE, Yves. Desenvolvimento do juízo moral e a afetividade na teoria de Jean Piaget. In: LA TAILLE, Yves. (Org.) Piaget, Vygotsky, Wallon. *Teorias psicogenéticas em discussão*. São Paulo: Summus, 1992.
- LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A eficácia do Direito à Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v.12, n 1, p. 311-340, jan/jun. 2012, p. 322.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Identidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte. *Anais*. Belo horizonte: Del Rey, 2002.

_____. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n.24, jun/jul. 2004.

_____. Princípio Jurídico da afetividade na filiação. *IBDFAM*. Disponível em:<
<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=130#>>. Acesso em: 10 de abril de 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Forense, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. Ed. Livraria do Advogado, 2006.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Adriane M. Netto; et al. *Revista de Pesquisa: cuidado é fundamental*. Rio de Janeiro, ano 9, n.1/2, p. 23-30, ½ sem., 2005.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Marcio Martins. *Afeto e Estruturas Familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica – 2. ed. rev. atual. ampl.* – Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002.

_____. *Princípios Constitucionais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 309.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. In: XXVI Conferência Nacional dos Advogados. *Justiça: realidade e utopia*. Anais. Brasília: OAB, Conselho Federal, v.I, 2000.

- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa fé no código civil*. Coleção “Prof. Agostinho Alvim”. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ROSSOT, Rafatel Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da afetividade. *Revista brasileira de direito da famílias e sucessões*. Porto Alegre: Magister, no. 9, abr./maio 2009.
- SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Curitiba: Juruá, 2001.
- SANTOS, Fabiani Santos; RUBIO, Juliana de Alcantara Silveira. Afetividade: Abordagem no Desenvolvimento da Aprendizagem no Ensino Fundamental – Uma construção teórica. *Revista Eletrônica Sabores da Educação*. Volume 3, no. 1, 2012. Disponível em: <www.facsao Roque.br/novo/publicacoes/pdf/v3-n1.../Fabiani.pdf>. Acesso em: 28 de janeiro de 2012.
- SARLET. Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARLET. Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, Deonísio da. *De onde vêm as palavras: origens e curiosidades da língua portuguesa*. 14. ed. A Girafa, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15.ed. Malheiros, 1998.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ZISMAN. Célia Rosenthal. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: IOB, 2005.

PONDERAÇÕES FEMINISTAS ACERCA DO DIREITO: A PROTEÇÃO DO CASAMENTO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO ENQUANTO MANUTENÇÃO DO MODELO PATRIARCAL DE FAMÍLIA¹.

FEMINIST CONSIDERATIONS ABOUT THE LAW: PROTECTION OF MARRIAGE IN THE RIGHTS OF THE BRAZILIAN FAMILY WHILE MAINTAINING THE FAMILY PATRIARCHAL MODEL

Clarissa Cecília Ferreira Alves²

Resumo: Constata-se, dentro do Direito de Família brasileiro, uma concreta proteção e um valorado prestígio da instituição do matrimônio. Praticamente toda a bibliografia deste ramo jurídico versa exaustivamente acerca deste instituto, considerando-o como a principal forma de constituição familiar e mais importante instituição de direito privado. A partir de uma perspectiva feminista, e utilizando-se da teoria do contrato sexual, formulada por Carole Pateman, o presente artigo pretende refletir acerca da maneira com que a noção de família é pressuposta dentro do modelo tradicional, em detrimento das suas demais formas de constituição e existência, bem como analisar como o casamento encontra-se socialmente inserido no modelo patriarcal de sujeição feminina a contextos de opressão de gênero. Por fim, o próprio direito enquanto instrumento de emancipação feminina será avaliado, a partir da corrente do Feminismo Radical.

Palavras-chave: Direito, casamento, família, patriarcado.

Abstract: It is found, within the Brazilian Family Rights, a concrete protection and a valued prestige of the institution of marriage. Practically, all the literature of this juridical branch extensively regards this institute, considering it the main form of family constitution and the most important institution of private rights. From a feminist perspective, and making use of the sexual contract theory, formulated by Carole Pateman, this article intends to reflect on the way that the notion of family is presupposed in the traditional model, to the detriment of its other forms of constitution

¹ Trabalho desenvolvido no âmbito do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Gênero e Direito da Universidade Federal da Paraíba, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, área de concentração Direitos Humanos.

² Mestra em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, área de concentração Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba - UFPB; Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Gênero e Direito da mesma instituição; Coordenadora do projeto de pesquisa Teorias Críticas do Direito, das Faculdades Integradas de Patos – FIP.

and existence, as well as to analyze how the marriage is socially inserted into patriarchal model of feminine subjection to contexts of gender oppression. Finally, the law itself as a tool of feminine emancipation will be evaluated, from the current of Radical Feminism.

Keywords: Law, marriage, family, patriarchy.

1 INTRODUÇÃO

Os debates acerca da evolução do conceito de família na conjuntura social contemporânea vêm ganhando cada vez mais espaço dentro do discurso jurídico. Paulatinamente, desenvolve-se um arcabouço doutrinário e jurisprudencial que acolhe sistematicamente os novos modelos de constituição familiar, independentemente de sua composição, tomando por base a doutrina do *afeto*, que passa a figurar como o motor central de uma relação familiar. Essa é, portanto, a diretriz que, aos poucos, vem sendo implementada no direito de família brasileiro e a tendência a ser impulsionada pelas relações sociais.

Observando o mesmo fenômeno de um outro ponto de vista, no entanto, é facilmente constatável, dentro da órbita jurídica, uma inclinação a conferir maior proteção ao instituto do matrimônio³ do que a todas as demais formas de constituição de família.

Percebe-se que, a fim de proteger esta instituição social, uma série de dispositivos jurídicos são anunciados, prevendo-o, desde sua constituição, até o momento de sua dissolução, incluindo nesta previsão um rol taxativo de obrigações (que atualmente são previstos de maneira recíproca do ponto de vista do gênero), de direitos, de possibilidades de anulação e de proteção patrimonial. Além disso, a fim de interpretar tais dispositivos, um verdadeiro arcabouço doutrinário se estrutura, possibilitando a extenuante reflexão sobre todos os contornos desta espécie particular de contrato.

No que atine às demais formas de constituição de família, todavia, observa-se uma escassa e frágil previsão dentro do rol de fontes do direito, não restando muitas possibilidades de regular sua existência senão recorrendo a analogias com a instituição matrimonial.

É, portanto, nesse sentido que a problemática central deste trabalho gira em torno da incongruência entre o *discurso jurídico de ampliação do conceito de família* e a ainda presente *proteção exaustiva do casamento heterossexual* pelo direito brasileiro, tendo notadamente em

3 Os termos matrimônio e casamento, aqui largamente utilizados, remeter-se-ão sempre à união afetiva tradicionalmente acolhida pelo direito, qual seja a de união heterossexual entre duas pessoas com fins de constituir família.

conta, para a realização desta análise, a teoria do contrato sexual formulada por Carole Pateman, que aqui nos servirá de marco teórico.

A partir da compreensão da existência de um contrato sexual, paralelo ao contrato social formulado pelos teóricos contratualistas no campo das ficções que visam justificar o Estado Liberal, é possível vislumbrar o casamento como um contrato muito particular dentre os demais contratos, sendo considerado o fundador legítimo da família patriarcal⁴, nos moldes tradicionais, desde sempre acolhido pelo direito. Sendo assim, a proteção jurídica fornecida a este contrato específico representaria também, em sentido mais amplo, além da estagnação do processo de evolução dialética do direito de família, a proteção da própria instituição familiar tradicional e patriarcal dentro do corpo social e jurídico.

É neste sentido que, a seguir, partindo da análise do contrato de casamento na teoria do contrato sexual, seguindo pelo diagnóstico da proteção deste mesmo contrato dentro do direito de família brasileiro, poderemos, finalmente, sugerir reflexões críticas, do ponto de vista específico do feminismo⁵, acerca do próprio direito enquanto instrumento de manutenção do *status quo* de sujeição de gênero dentro de sua composição.

2 O CONTRATO DE CASAMENTO NA TEORIA DO CONTRATO SEXUAL

4 O termo *Patriarcado* é aqui entendido como o poder masculino que, segundo Morrison (2006, p. 572-573), tem estruturado, até os dias atuais, as instituições sociais existentes. Tal poder, entretanto, é compreendido como sendo localizado historicamente, não configurando uma categoria universal (PISCITELLI, 2002, p. 9). A compreensão da dominação masculina como determinada historicamente sugere que houve, por óbvio, momentos remotos em que a mesma não existiu, havendo, assim, a possibilidade de que seja alterada pela reunião de novos fatores revolucionários.

5 Compreendendo a teorização feminista como um complexo variado de correntes complexas, distintas e (inclusive) contrapostas, a vertente teórica aqui refletida será a do Feminismo Radical, que caracteriza-se por compreender as diferenças de caráter social, cultural, econômica e legal como resultado da dominação dos homens sobre as mulheres. Para estas feministas, a base da desigualdade entre os sexos tem sido o patriarcado, firmando-se abertamente um compromisso de combate ao liberalismo e ao feminismo liberal, entendendo as concepções deste enquanto meras tentativas de assimilação dos padrões de vida masculinos, sem repensar se esses padrões são, de fato, justos ou válidos para a vida das mulheres.

Uma avaliação do fenômeno social do casamento enquanto contrato, dentro de uma abordagem feminista crítica, deve considerar, necessariamente, as ponderações formuladas por Carole Pateman (1993) acerca da teoria do contrato sexual. A partir destas lentes, torna-se possível constatar que o contrato de casamento, enquanto principal acordo que cria a família nos moldes patriarcais⁶, tem sido, desde o início da teorização contratual⁷, concebido possuindo como pressuposto a subordinação das mulheres ao domínio masculino, como se isto resultasse de uma ordem *naturalmente preestabelecida*⁸. Dentro deste contexto, a ideia de família patriarcal desenvolve-se com um caráter a-histórico e a-político, tornando-se invisível às análises políticas liberais e, portanto, não se submetendo a qualquer avaliação sob parâmetros de justiça⁹.

A teoria do formulada por Pateman vem evidenciar que, paralelamente a isto e num contexto mais amplo e abstrato, um contrato social é pactuado por todos os homens livres, com a exclusão das mulheres, como se estas não fizessem parte da sociedade política e figurassem como simples objeto doméstico, possuindo, entretanto, capacidade para assinar contratos de casamento que, por sua vez, as submete, por força de leis naturais. Em face disto, o contrato que institui o matrimônio aparece como figura essencial na avaliação da submissão das mulheres e está inserido sistematicamente

6 Acerca do surgimento da família patriarcal, ver Engels (2010, *passim*).

7 A ideia aqui presente de teorização contratual diz respeito à formulação das teorias liberais de Estado, mais precisamente no contexto das teorias contratualistas.

8 A noção de ordem natural advém de teorias combatidas pelas correntes feministas através do uso do termo “gênero” enquanto categoria de análise social. Assim, ao ser trazido para o debate teórico, “gênero” reforça a afirmação proposta pelo feminismo de que as desigualdades constatadas entre homens e mulheres “não se explicam tendo por base apenas as suas características biológicas e, portanto, naturais, mas sim pelos processos históricos que configuram um determinado padrão de relações de gênero” (VELOSO, 2003, p. 2).

9 A pauta da politização da esfera pessoal passa a nomear a luta feminista pela avaliação das relações privadas à luz de parâmetros de justiça, uma vez que, ao serem rechaçadas socialmente as intervenções sociais no âmbito doméstico, os aspectos de desigualdade inseridos neste espaço restam invisibilizados e ignorados tanto social quanto juridicamente. Sobre isto, ler Okin (2008, *passim*).

numa relação de dominação sexual ainda mais ampla, que foi historicamente omitida das narrativas contratualistas. A esta omissão histórica Pateman atribuirá a denominação de *contrato sexual*, uma “dimensão suprimida da teoria do contrato” (1993, p. 11), que nos será de grande valia para comprovar o caráter de sujeição que está implícito na existência do contrato de casamento.

Pateman vem juntar-se aos teóricos críticos do contrato, que eram, sobretudo, socialistas, trazendo uma contribuição inovadora, que pretende tornar visível que o contrato social consiste apenas em uma parte da gênese política descrita pelos teóricos clássicos do contratualismo. Pateman vem afirmar que é necessário encarar a teoria contratual a partir de uma nova ótica, de modo que se perceba que ela diz respeito “a bem mais do que meras ficções políticas” (1993, p. 12), referindo-se ao modo como as relações sociais livres, bem como as principais instituições políticas, como o casamento, a cidadania e o trabalho, devem ser compreendidas, ou seja, enquanto instituídas através de um *contrato*¹⁰. O que a teoria do contrato sexual vem demonstrar é que todas estas instituições, criadas a partir do pacto contratual, são concebidas de maneira equivocada, pois só levam em conta um aspecto do contrato original, que é a liberdade civil. Assim, “o contrato social e o de trabalho são sistematicamente deturpados e o de casamento geralmente é ignorado” (1993, p. 12).

A teoria do contrato sexual só pode ser compreendida se atentarmos para o fato de que ela, além de ser pressuposto do contrato social (PATEMAN, 1993, p. 12), constitui, ao lado deste, o *contrato original* (1993, p. 15) que, por completo, funda a sociedade civil nos moldes que a teoria liberal propôs.

10 Pateman enfatiza que a relação entre patriarcado e contrato tem sido raramente explorada, mesmo pelas reflexões feministas, a despeito de que, na sociedade civil moderna, instituições de grande relevância sócio-políticas sejam criadas e mantidas através de contratos (1993, p. 19). O contrato social cria uma sociedade em que os indivíduos podem realizar contratos, seguros de que seus atos são regulamentados pela legislação civil e de que, se preciso, o Estado garantirá que seus contratos sejam cumpridos. Os contratos cotidianos e reais fazem com que seja exemplificada no dia-a-dia “a liberdade que os indivíduos exercem quando fazem o pacto original” (1993, p. 23). Assim, para os contratualistas da contemporaneidade, a vida e as relações sociais não apenas se originam a partir da realização do contrato social, mas são encaradas propriamente como “séries intermináveis de contratos distintos” (1993, p. 33), não podendo, a estes, serem impostos limites e restrições. Daí resulta a dimensão principal de seu poder: se a ordem contratual implica em uma ordem de liberdade e de livre consentimento, qualquer espécie de contrato pode ser firmado, uma vez que o aspecto de igualdade entre as partes é sempre pressuposto.

Segundo Pateman, a história do contrato social versa sobre uma ideia de conquista da liberdade civil onde os homens abrem mão das inseguranças do estado natural por uma liberdade garantida pelo Estado. No entanto, esta liberdade pertenceria unicamente aos indivíduos, homens adultos, dotados de capacidade para firmar contratos. O contrato sexual, por sua vez, vem trazer à tona um aspecto omissivo nessa teorização, que é completamente inverso à ideia de liberdade: a sujeição. Pateman afirma que, enquanto “o contrato social é uma história de liberdade; o contrato sexual é uma história de sujeição” (1993, p. 16). Assim, a ideia global de contrato original cria, ao mesmo tempo, contraditoriamente, a liberdade do homem e a sujeição da mulher. Desta forma, a liberdade civil não é uma característica, como se preceitua teoricamente, universal, mas sim um atributo masculino.

O contrato sexual também vai tratar da gênese do direito político e de como ele é legitimado. No entanto, ele irá compreender o direito político como sendo, historicamente, um direito patriarcal, originado, conforme omitido das teorias liberais, no direito sexual ou conjugal (PATEMAN, 1993, p. 18). Assim, o contrato original é sexual no sentido patriarcal, quando cria o direito político dos homens sobre as mulheres; e sexual no sentido de estabelecer um acesso sistemático dos homens aos corpos das mulheres (1993, p. 17). O contrato sexual é, portanto, “o meio pelo qual os homens transformam seu direito natural sobre as mulheres na segurança do direito patriarcal civil” (1993, p. 21).

Ao analisar as espécies de contrato que criam instituições sociais importantes, Pateman percebe que os contratos dos quais as mulheres fazem parte apresentam problemas específicos e atribui-os ao fato de que, do modo que contrato original foi concebido, somente os seres masculinos são dotados dos atributos e das capacidades necessários para participar dos contratos. Dentre estes atributos, o mais importante seria a “posse da propriedade em suas pessoas” (1993, p. 21), ou seja, a propriedade que cada pessoa detém em si mesma, somente por ser pessoa e capaz¹¹. Esta determinará o quanto uma pessoa é reconhecida enquanto indivíduo e o quanto possui capacidade para realizar contratos.

A ideia de propriedade na própria pessoa é de fundamental importância quando analisamos a especificidade do contrato de casamento, que, assim como outros contratos

¹¹ Pateman assevera que a ideia de “o indivíduo enquanto proprietário em si mesmo é o ponto em torno do qual gira o patriarcado moderno” (1993, p. 32).

firmados na vida cotidiana, como o contrato de trabalho e de prostituição, embora reflitam de determinada maneira o contrato original, possuem a característica de envolver uma troca de obediência por proteção e criam o que Pateman chamará de *dominação e subordinação civis* (1993, p. 23). Estes contratos não são detidamente analisados em sua forma mais completa pelos teóricos liberais, uma vez que não faz sentido algum destacar os aspectos de subordinação existentes quando, o que se pretende mostrar, na realidade, é como a política do contrato é uma política de liberdade, e jamais de sujeição. Assim, o fato do contrato criar uma ordem de liberdade individual implica em afirmar que, a partir do momento em que alguém firma um determinado contrato, isso quer dizer que as partes concordaram voluntariamente com seus termos. Assim, esposa, trabalhadores e prostitutas realizariam estes contratos por simples desejo e vontade, não importando a situação freqüente de total desigualdade das partes envolvidas e as restrições econômicas, dentre outras, por eles enfrentadas¹².

Nesse sentido, Pateman afirma que “os contratos referentes às propriedades que as pessoas detêm em si próprias colocam os direitos de controle nas mãos de uma das partes contratantes” (1993, p. 24). Os maridos podem, portanto, explorar a sexualidade e o trabalho doméstico das esposas, uma vez que estas, ao contraírem o matrimônio, passam a constituir-se em subordinadas civis. E o grande mérito da teoria do contrato ter apresentado, tanto o contrato original, como os contratos reais do cotidiano como exemplificadores e asseguradores da liberdade individual quando, na realidade, nesta teoria, a liberdade universal é “sempre uma hipótese, uma história, uma ficção política”, pois, o contrato “sempre dá origem a direitos políticos sob a forma de relações de dominação e subordinação” (1993, p. 24-25).

A divisão da vida social em duas esferas (pública e privada) raramente é questionada criticamente por teóricos não-feministas e a também inquestionável ambigüidade relativa ao conceito de sociedade civil¹³ é essencial para a ordem criada pós-contrato, que ora a compreende como nova ordem, firmada pelo contrato social, que

12 O “contrato civil de escravidão” (PATEMAN, 1993, p. 33) seria a forma máxima de subordinação civil. O contrato, portanto, chega ao extremo de permitir a existência de um pacto que regula uma situação de escravidão, mas sob um argumento de liberdade e livre consentimento.

13 Sobre isto, ler Kymlicka (2006).

constitui um Estado que substitui o absolutismo monárquico, e ora como uma ordem de “civilização” que substitui o estado natural. Assim, natural e civil tornam-se termos opostos, e passam a constituir duas esferas distintas: a pública e a privada.

As mulheres, por sua vez, segundo afirma Pateman, não fazem parte do contrato original, mas também não são deixadas no estado natural, uma vez que, se isto ocorresse, não haveria contrato sexual. Elas são, no entanto, incorporadas “a uma esfera que ao mesmo tempo faz e não faz parte da sociedade civil, mas que está separada da esfera ‘civil’” (PATEMAN, 1993, p. 28). Poderíamos deduzir disto que o contrato sexual estaria, portanto, diretamente localizado na esfera privada, onde as mulheres primordialmente encontram-se, para usar um termo caro às feministas, confinadas.

Entretanto, Pateman enfatiza que o contrato sexual, pelo contrário, “cria a sociedade civil em sua totalidade”. Os homens transitam entre as duas esferas normalmente e o “mandato da lei do direito sexual masculino rege os dois domínios” (1993, p. 29). A sociedade pode, portanto, estruturar-se de maneira dividida, mas a unidade da ordem social se mantém, devido, em boa parte, aos alicerces patriarcais. Portanto, “o contrato está longe de se contrapor ao patriarcado; ele é o meio pelo qual se constitui o patriarcado moderno” (1993, p. 17).

Assim sendo, o contrato sexual, enquanto parte do contrato original que não foi reconhecido pela teorização liberal, atua, sobremaneira, em dois sentidos: primeiramente criando uma rede de dominação politicamente determinante dos homens sobre as mulheres, em ambas as esferas e, em segundo lugar, criando, como discorre Pateman, um *direito sexual masculino de acesso sistemático aos corpos das mulheres* (1993, p. 17), como se estes os pertencessem de alguma maneira e estivessem sujeitos a satisfazer os seus desejos sexuais. Nesse sentido, por mais que as legislações dos Estados democráticos tenham evoluído gradativamente para a superação das desigualdades formais entre os sexos e, em parte, por conta disso, as mulheres encontrem-se em um paulatino processo de ingresso no mundo público/político, esse direito sexual masculino ainda se manifesta com clareza, para citar dois exemplos, no *mercado de prostituição*, onde os *corpos* femininos encontram-se “publicamente disponíveis, enquanto carne ou representação” (1993, p. 31), e nas *relações conjugais*, através da obrigação de satisfação sexual constante no contrato de casamento, que não permite ser erigido nenhum limite de acesso do marido ao corpo de “sua mulher”. A história do contrato sexual versa, portanto, “sobre relações (hetero)sexuais e sobre mulheres personificadas como seres sexuais” (1993, p. 36).

Desta forma, o contrato sexual apresenta-se como elemento-chave na elucidação de nosso estudo, uma vez que atua diretamente denunciando a existência de um direito sexual masculino que surge na ocasião em que se firmou o *contrato original*, sendo, as mulheres, dele excluídas e, ao mesmo tempo, porém, inclusas em contratos específicos, que são constituídos de maneira contraditória, como vislumbramos especificamente no caso do contrato de casamento, que, além de ser o principal fundador da família patriarcal, estabelece-se através de uma relação de dominação e subordinação que é reiteradamente invisibilizada politicamente.

Na teorização desse sistema, que Pateman denomina de patriarcal, despreza-se completamente que a relação de dominação-subordinação do contrato de casamento heterossexual seja politicamente relevante. E a possibilidade de que a condição das mulheres neste contrato reflita problemas mais profundos, que dizem respeito à política de contratos, também é desconsiderada.

Diante disto, o contrato de casamento, principal elemento de fundação da família tradicional/patriarcal, ocupa papel central na manutenção do paradigma liberal de dominação masculino, passando a ser impulsionado pela maior parte dos instrumentos dogmáticos cíveis que versam sobre a instituição familiar. Sem esse suporte jurídico-formal, a ordem pressuposta na concepção da teoria política liberal poderia ser desestabilizada, de modo a romper com o *status quo* de sujeição feminino e de valorização da família nos moldes em que ela foi projetada para melhor abrigar tais premissas.

Nesse sentido, passaremos, a seguir, a analisar como o modelo patriarcal de construção da família tem sido mantido e protegido no ordenamento jurídico brasileiro, corroborando com os pressupostos de sujeição sugeridos pela teoria do contrato sexual.

3 O CASAMENTO E SUAS PECULIARIDADES NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

O Direito de Família brasileiro sofreu uma série de mudanças significativas da metade do século XX para o início do século XXI, culminando na publicação do Novo Código Civil, em 2002. Antes disso, o Código Civil precedente, de 1916, no que tange a esta matéria, já havia sido modificado algumas vezes, sobretudo pelo Estatuto da Mulher Casada, em 1962, e pela Lei do Divórcio, em 1977. Com a Constituição de

1988, o direito brasileiro conheceu a igualdade formal entre homens e mulheres, e qualquer legislação anterior que contrariasse este princípio seria tacitamente revogada.

Face à tradição colonial-cristã, até a proclamação da república, e a promulgação da Constituição de 1891, só era permitido o casamento de caráter estritamente religioso, sendo este, portanto, aos não católicos, inacessível (WALD, 1988, p.39). Somente a partir do Decreto nº 181 de 1890 é que se estabeleceu o casamento civil, definindo-se uma maior separação entre Igreja e Estado (RODRIGUES, 2007, p. 23). Atualmente, a cerimônia religiosa (que segue legalmente os requisitos da habilitação) gera automaticamente efeitos civis, com base no §2º do art. 226 da Constituição de 1988, sendo, no entanto, válido, para efeitos legais, apenas o casamento civil.

Apesar da validade incidir unicamente sobre o aspecto civil, o casamento religioso, dentro da realidade brasileira, ainda é largamente realizado em sua vertente tradicional, sob cerimônias espetaculosas e clássicas. Dados do Censo 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2011), demonstram que, ainda nos dias de hoje, 42,9% dos casais existentes são unidos através da modalidade cumulativa entre casamento civil e religioso. Silvio Rodrigues descreve da seguinte forma o costume matrimonial no Brasil na atualidade:

Na prática [...] os cônjuges, além de se casarem civilmente, casam-se também em cerimônia religiosa. Alias, ordinariamente, essa cerimônia se reveste de maior pompa do que a civil, de modo que ela se apresenta como constituindo o verdadeiro casamento. Não é raro, mesmo, o caso de nas classes mais ricas da população brasileira o casamento civil ser efetuado dias antes do religioso, só passando entretanto o casal a participar do mesmo leito após o enlace eclesiástico (RODRIGUES, 2007, p. 24).

Embora o número de famílias (dentro do modelo tradicional de família monogâmica heterossexual) constituídas de modo diverso do casamento, tenha aumentado consideravelmente nas últimas décadas, sobretudo após o reconhecimento jurídico da união estável¹⁴, e que não mais apenas este aludido modelo seja atualmente considerado pela doutrina como sendo base familiar (ao menos pela parte mais progressista), o casamento ainda consta, na visão da maior parte dos teóricos do direito de família, como sendo a principal forma desta ser constituída, aparecendo como

14 O IBGE (2010), em comparação entre os censos do ano 2000 e de 2010, aponta que as uniões consensuais (uniões estáveis) obtiveram um aumento de 28,6% para 36,4% do total de uniões no Brasil.

instituto central neste ramo do direito, e tendo posição de destaque, tanto na legislação, quanto na doutrina. Os manuais de direito civil que tratam da família iniciam seus índices abordando diretamente o casamento, seus efeitos, formalidades etc. Se estes compêndios chegarem a mencionar outros modelos de família, estas são todas citadas em um capítulo à parte, que geralmente se referirá aos aspectos de atualização da matéria, condensando-os ao fim da obra, quase que como uma parte anexa.

Maria Helena Diniz (2007, p 35) aduz de modo visivelmente enfático que “o casamento é a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado”, sendo “peça-chave de todo sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país”, corroborando a afirmação de Laurent (s/a, p. 527) de que o matrimônio é o “fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada”, de Venosa (2008, p. 22), de que o casamento guarda “posição de proeminência sociológica e jurídica em nosso meio” e de Rodrigues (2007, p. 25), que afirma que o casamento “é a principal forma de constituição da família”. Tamanha a importância dada ao matrimônio pela sistemática jurídica brasileira, enquanto principal instrumento constituinte da família, que, aparentemente, ele passa a ser confundido com a própria compreensão que se tem de *família*.

O direito brasileiro evidencia uma forte tendência de prezar pela proteção da instituição familiar (tal qual se apresenta tradicionalmente: monogâmica, heterossexual e patriarcal), ocupando, esta, um espaço consagrado, enquanto elemento fundamental da sociedade, em todas as Constituições do Brasil (DIAS, 2010, p. 143). Desta forma, sendo o casamento considerado seu principal elemento formador, o mesmo recebeu um amparo legal exaustivo, sendo considerado indissolúvel, inclusive, até o ano de 1977.

Na ocasião em que o Código Civil de 1916 foi publicado, e ao lado da tradição cristã, à família foi atribuído o status de sagrada, sendo reconhecida unicamente sua manifestação *legítima*, constituída através do matrimônio. Orlando Gomes, em seu manual, ainda em 1978, afirmava que o casamento, que se distingue por “traços comuns” entre os povos cristãos, é o “vínculo jurídico entre o homem e a mulher, para a constituição de uma família legítima” (GOMES, 1978, p. 57). As relações conjugais possuíam um caráter *expressamente* patriarcal¹⁵, e a legislação evidenciava essa

15 As relações eram assumidamente patriarcais e o poder do homem no espaço privado não era negado e nem disfarçado. Assim, a manifestação discriminatória podia ser mais facilmente visualizada e, conseqüentemente, combatida, pelos movimentos feministas.

discriminação de maneira clara, não tendo, a mulher casada, sequer capacidade civil, nem poder algum dentro da família enquanto o marido se fizesse presente. Com a promulgação da Constituição de 1988, outros vínculos relacionais foram reconhecidos e a igualdade entre homens e mulheres foi formalizada. E, a partir da publicação do Código de 2002, deixou-se de caracterizar as famílias e os filhos em legítimos ou ilegítimos.

Em que pese todas as modificações no campo jurídico no que atine às concepções de família e à condição das mulheres dentro da vida pública e da família, esta última, todavia, não perdeu a tradição secular de sacralidade e de vinculação ao matrimônio (DIAS, 2010, P. 143). Assim, embora se opere um processo de transição no campo social e uma tímida abertura na esfera jurídica no que diz respeito à existência concreta de novos modelos de família, o sistema jurídico brasileiro (legislativo, doutrinário e jurisprudencial) ainda se encontra vinculado em muitos aspectos ao contexto social antecedente, podendo-se observar, ainda, nas edições atuais das obras de alguns dentre os mais consultados civilistas nacionais, a existência de argumentos que, nas entrelinhas do discurso igualitário do atual Código Civil, tentam justificar a superioridade masculina constante no instrumento legal de 1916¹⁶, e defender a manutenção de determinados institutos aparentemente incompatíveis com a realidade das uniões civis contemporâneas, como é o caso da obrigação de caráter sexual.

Nesse sentido, a despeito do que julgam as correntes progressistas dos círculos acadêmicos de direito de família, a ideia de que a instituição matrimonial brasileira tornou-se um espaço de livre manifestação afetiva, sem as amarras das obrigações desiguais voltadas para marido e esposa, não representa ainda a realidade do casamento no Brasil, mesmo depois do advento do Código Civil de 2002 e da proclamação constitucional da igualdade entre homens e mulheres. As relações afetivas ainda são

16 Segundo a doutrina atualizada de Silvio Rodrigues, por exemplo, a diversidade de tratamento dada a homens e mulheres “decorria de razões várias, entre as quais a necessidade de escolher um dos cônjuges para determinadas tarefas; ou, então, da maior prática do homem para o exercício de alguns misteres”. E assevera que era “inegável” o “propósito do Código Civil de 1916 de tratar marido e mulher como titulares de iguais direitos, fugindo, assim, ao conceito enraizado no passado de que o homem desfrutava, na família, de situação de superioridade em face de sua esposa” (RODRIGUES, 2007, p. 119). A presença desta espécie de comentário não parece, senão, uma tentativa de justificar a desigualdade de direitos expressa no Código de 1916, que se não atua ratificando a referida discriminação presente na lei, certamente não discorda de sua validade.

pautadas dentro de rigorosos ritos formais e da enunciação de direitos e deveres por parte do Estado, regulando a liberdade dos nubentes. O casamento ainda se pauta num conceito que supõe a obrigatoriedade da existência de relações sexuais estáveis, como requisito de validade e existência do mesmo. Não permite, a norma, que as uniões se desenvolvam livremente, sem as amarras obrigacionais que, no intuito de proteger a família e de regular a durabilidade do casamento, condicionam as relações monogâmicas estáveis a seguirem uma estrutura padrão de existência.

A análise do conceito de casamento revela as bases herdadas do direito romano e canônico pela doutrina brasileira, sendo as concepções de *Modestino*¹⁷, jurista do período clássico, e das *institutas de Justiniano*¹⁸, os alicerces para a construção da definição dominante de casamento no Brasil. Do direito canônico, absorveu-se a ideia de que o casamento atuaria como um apaziguador do furor sexual humano, purificando as relações sexuais, sendo concebido como “verdadeiro remédio à satisfação dos instintos naturais do sexo” (AZEVEDO, 2009, p. 53), e como legitimador das relações sexuais (PEREIRA, 2000, p. 32) entre os seres humanos. É nesse sentido que Silvío Rodrigues (2007, p. 19), seguido por outros autores¹⁹, concebe o matrimônio como sendo o contrato de direito de família que tem por fim “promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

A doutrina pátria considera que a efetivação das atividades sexuais ocupa um espaço tão essencial dentro do casamento, que a prevê não apenas como obrigação, mas enquanto uma das *finalidades* deste contrato. Segundo estabelece Venosa (2008, p. 28), tais finalidades²⁰ consistem na *procriação e educação da prole*, bem como na *mútua*
17 “Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuria communicatio” (DINIZ, 2007, p. 35).

18 “Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuum vitae consuetudinem continens” (DINIZ, 2007, p. 35).

19 Ver Sílvio Venosa (2008, p. 25).

20 Estas finalidades derivam diretamente da influência do Direito Canônico, especificamente da encíclica Casti Connubii do Papa Pio XI: “Matrimonii finis primaris est procreatio atque educatio prolis; secundarius, mutuuum adjutorium et remedium concupiscentiae” (RODRIGUES,

assistência e na satisfação sexual, “tudo se resumindo na comunhão de vida e interesses”. Na lição de Maria Helena Diniz (2007, p. 36-38), dentre estes fins do matrimônio, tem-se a *instituição da família matrimonial*, a *procriação dos filhos*, a *prestação do auxílio mútuo*, o *estabelecimento de deveres (patrimoniais ou não) entre os cônjuges*, a *educação da prole*, a *atribuição do nome ao cônjuge e aos filhos* e a *legalização das relações sexuais*. Acerca desta última, Diniz (2007, p. 37) considera que “a satisfação do desejo sexual, que é normal e inerente à natureza humana, apazigua a concupiscência” e que a aproximação dos sexos e a convivência sexual (natural) entre marido e mulher “desenvolvem sentimentos afetivos recíprocos”.

É interessante observar como o discurso jurídico prevê a materialização das relações sexuais dentro do casamento não apenas como constituinte sociológico das relações monogâmicas heterossexuais, mas como elemento presente em sua própria definição, finalidade e sentido. A relação matrimonial parece carecer de sentido, se não contemplar a existência do ato sexual, tanto como componente que vai “selar” o contrato (consumação do casamento), como artifício que irá mantê-lo ao longo da existência deste acordo no tempo. Ao lado disto, as relações sexuais parecem carecer de “disciplinação” (RODRIGUES, 2007, p. 22), devendo ser necessariamente reguladas e protegidas pelas normas norteadoras da instituição matrimonial. Tais pressupostos aproximam-se da concepção canônica de que o ato sexual precisa ser remediado, controlado, legalizado e, assim, purificado. O casamento tornaria, portanto, as relações sexuais legitimadas pela proteção religiosa e jurídica.

Estes fins aos quais o casamento visa atingir são expressamente considerados como “intimamente ligados à natureza humana” (RODRIGUES, 2007, p. 23), reforçando o pressuposto contratualista de que o contrato de casamento irá reger as relações *naturais* entre homens e mulheres, contrariamente ao que ocorre na esfera público-civil, onde as relações são *convencionais*. O que não se questiona em nenhuma das bases doutrinárias do direito de família brasileiro é o porquê de se fazer necessária a regulação de relações que são parte de uma ordem natural, já que o que se está disciplinando é algo que faz parte do que já se encontra determinado. Afinal de contas, no que tange à finalidade de regular a atividade sexual, se a natureza condiciona o ser humano à “satisfação de suas necessidades fisiológicas, nenhuma lei pode existir, que

2007, p. 22-23).

contrarie essa natural, pois que, em tudo, a *ratio naturalis* está presente a comandar” (AZEVEDO, 2009, p. 2).

Impende observar, ainda, que, não obstante a evolução do direito de família brasileiro após a proclamação da igualdade formal entre homens e mulheres, as finalidades a que o casamento se presta continuam exatamente iguais ao que se previa anteriormente a esta reforma. Embora a legislação, juntamente com a discriminação arbitrária em desfavor das mulheres, tenha sido alterada de maneira positiva para estas, as concepções e o objetivo final do casamento continuam os mesmos da época em que o Código Civil de 1916 foi publicado. Orlando Gomes (1978, p. 68-69) afirmava que a finalidade do matrimônio era a vida em comum, e que, conforme prevê o direito canônico, há a finalidade primária de procriação e educação da prole, e a secundária, de remediar a concupiscência e ajudar-se mutuamente; concepção esta ainda largamente utilizada. Considerava-se, à época da lei civil anterior, que, “verdadeiramente, (...) o fim principal do casamento é dignificar as relações sexuais, estabilizando-as numa sociedade única”, e que “a legalização de tais relações”, tal como ainda se concebe no Direito Civil contemporâneo, “é o *fim natural* do casamento” (GOMES, 1978, p. 69). Nesta matéria, portanto, o Direito de Família pouco parece ter evoluído ou sido modificado.

Um grande debate que é comumente suscitado pela doutrina civil é o que diz respeito à natureza jurídica do casamento, havendo três correntes majoritárias em disputa: a *individualista*, influenciada pelo direito canônico, que considera o casamento enquanto um acordo de vontades direcionadas à obtenção de um fim jurídico; a *institucional*, que prevê a existência de um corpo de normas já apresentadas pelo Estado que irá regular a vida conjugal; e a *mista*, que visa mesclar as duas primeiras. Todavia, no dizer de Berenice Dias (2010, p. 147), tal discussão se revela “estéril e inútil”, uma vez que, embora (se suponha) sejam as pessoas livres para decidirem se casar, ao realizarem esta escolha, elas precisam sujeitar-se a uma estrutura de direitos, deveres e efeitos que já se encontra rigorosamente pré-estabelecida pelo Estado, assemelhando-se, o contrato de casamento, muito mais a uma espécie de *contrato de adesão* do que a qualquer outra coisa. Os efeitos e as formas do casamento já estão “previamente estabelecidos na lei, não havendo espaço para a vontade dos noivos, que se limitam a dizer ‘sim’ diante da autoridade civil”, concordando, assim, com as regras que lhes foram impostas inicialmente.

De fato, o casamento não pode ser comparado aos demais contratos válidos existentes. Reveste-se, em todos os seus aspectos, de características peculiares, desde as relações que ele visa regular, até os motivos para que foi constituído. O contrato de casamento visa proteger e regulamentar a família monogâmica patriarcal e, para que esta finalidade seja atingida, é preciso que esta forma de contrato seja revestida de um leque de formalidades e solenidades²¹ que engessem sua manifestação prática, e assim tornem possível que ela não se modifique, mesmo que a legislação e a própria realidade social evolua.

Esta peculiaridade do contrato de casamento, de diferenciar-se de todos os demais contratos e de ser responsável por acolher e constituir as relações patriarcais naturais entre homens e mulheres, é ratificada e justificada na doutrina brasileira através do argumento, compartilhado por boa parte dos autores, de que o casamento constitui um contrato *sui generis* (GOMES, 2007, p.), um contrato diferente, com características especiais, ao qual não se aplicam as disposições legais dos contratos patrimoniais (DIAS, 2010, p. 147), pois é regido pelo Direito de Família, sendo o casamento-ato um negócio jurídico e o casamento-estado uma instituição (VENOSA, 2008, p. 26).

Segundo nos ensinaria a teoria do contrato sexual, no entanto, o que torna tão singular a existência do contrato matrimonial é o fato de que ele regula relações sexuais, relações patrimoniais e relações laborais, e, ainda, por trás de todas estas relações, ele regula (ou legitima) relações de sujeição (PATEMAN, 1993, p. 235).

A seguir, analisaremos o próprio direito enquanto instrumento que impede a transformação deste *status quo*, agindo enquanto alicerce que sustenta a manutenção do casamento e da família patriarcal e impedindo que as relações afetivas se manifestem da maneira que melhor lhes convenha.

4 CONCLUSÃO – O DIREITO É SEXUADO

Observamos que, a despeito das profundas mudanças operadas na legislação civil brasileira, sobretudo no que tange às relações familiares e à situação jurídica mulher, o casamento mantém-se ancorado em uma posição de proteção e destaque dentro do nosso ordenamento, pouco sendo observado, na prática, que,

21 Venosa (2008, p 27) considera o casamento o ato mais solene do direito brasileiro.

contemporaneamente, as relações familiares têm evoluído no sentido de abrigar novas formas de constituição e de configuração diferentes do matrimônio tradicional.

Temos também observado que as relações de poder existentes no campo sexual não deixaram de existir, mesmo após os proclames jurídicos de igualdade entre homens e mulheres, e que, nesse contexto, uma série de fatores sócio-culturais contribuem para que estas relações permaneçam inalteradas em todas as esferas da sociedade, não apenas na esfera privada, como se pode supor. Assim, dentro das relações afetivas heterossexuais, o que inclui o contrato de casamento, a igualdade de direitos choca-se com uma realidade que ainda não consegue absorver esse paradigma de equidade.

Ocorre que, dentro do discurso jurídico, não é possível vislumbrar, ou tornar claro, que tais relações de poder existem e se manifestam a todo o tempo dentro dos mecanismos sociais e dentro do próprio direito, e que, mesmo que a legislação em matéria constitucional e cível venha sendo paulatinamente alterada, a práxis social sofre uma série de outros condicionamentos que a direciona para uma outra realidade, distinta da prevista pelos códigos igualitários. Os princípios e normas jurídicos, alheios a isto, são construídos através de uma linguagem dificilmente penetrável por qualquer fator que intente desestabilizá-los, ou tornar visível qualquer instabilidade que dentro dele se manifeste, sendo, portanto, o direito positivado, incapaz de acolher a ideia de que suas leis e normas de igualdade formal não têm sido capazes de resolver o problema da opressão das mulheres, nem de torná-las plenamente livres e iguais.

Durante séculos, teóricas e militantes feministas têm analisado criticamente os pressupostos do direito, chegando a conclusões diversas acerca de sua utilização enquanto instrumento de emancipação social pelos movimentos de mulheres. E, como uma das principais características peculiares ao feminismo é a multiplicidade de enfoques e teorias, também as conclusões feministas dentro do debate acerca do direito são das mais variadas e complexas. Todavia, como o foco do nosso trabalho não consiste em esmiuçar todas as perspectivas feministas sobre do direito, nos limitaremos a dialogar mais notadamente com a perspectiva apresentada pelo feminismo *radical*, em cujo debate nos concentraremos a seguir.

Inicialmente, as primeiras manifestações de luta dentro do direito se deram no sentido de reconhecer a cidadania das mulheres e sua capacidade civil a partir da garantia dos mesmos direitos que antes apenas gozavam os homens²². Buscava-se, desta

22 É nesse sentido que Olympe de Gouges (1791) escreve a Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã, que representa a tradução, através de um ponto de vista feminista, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, onde Gouges reivindica a igualdade entre os sexos e apela à natureza como

forma, disputar o espaço jurídico, até então expressamente masculino, dentro dos parâmetros que já se encontravam previamente estabelecidos, não questionando as estruturas apresentadas, como se aquele paradigma de direito e de justiça fosse válido e representasse a solução para as mulheres. Esta abordagem feminista do direito tinha o liberalismo jurídico como pressuposto, não chegando a questionar com profundidade as bases que sustentavam as desigualdades entre os sexos. Foi sob esta estratégia, todavia, que os movimentos de mulheres conquistaram a maior parte de suas vitórias no campo jurídico e legislativo²³, culminando, tais conquistas, com a equiparação formal entre homens e mulheres dentro do direito.

Esta estratégia do feminismo liberal, no entanto, foi duramente criticada pelas feministas radicais, que posicionavam-se terminantemente contra o liberalismo jurídico e contra seus princípios-chave de neutralidade, imparcialidade e universalidade. Para que uma verdadeira análise crítica sobre o direito fosse realizada, era preciso fazê-lo profundamente, de forma a atingir a raiz (radical) do problema. O que precisava ser criticado era o próprio sistema político em cuja base o direito se sustentava: o sistema liberal. Pugnar por mudanças sob uma estrutura jurídica alicerçada em princípios e valores que desde o início ratificam a exclusão das mulheres seria, no mínimo, superficial.

As feministas radicais vêem as diferenças de caráter cultural, social, econômica e legal entre homens e mulheres como produto da dominação masculina e como parte de um sistema estruturado de opressões, que não permitem que os sexos vivam em condições de igualdade. A luta pela equivalência de direitos, portanto, serve de instrumento para a emancipação das mulheres até certo ponto, em que, atingida, finalmente, a plena igualdade formal em determinado ordenamento jurídico, encontra seu limite de atuação. Se mantida a dominação masculina no campo sócio-cultural, a igualdade formal não será suficiente para garantir uma estrutura material de equidade. O

paradigma normativo, mas neste caso, não para justificar a desigualdade, mas para deslegitimar as hierarquias patriarcais. Ao lado disso, em “A Vindication of the Rights of Woman”, Wollstonecraft (1792) sistematizou a primeira denúncia sobre a subordinação das mulheres, usando a doutrina liberal dos “direitos inalienáveis do homem” para reivindicar o direito das mulheres, sendo a defesa do direito à educação uma das maiores bandeiras de luta do feminismo naquele momento em diante.

23 Sob esta bandeira, as mulheres alcançaram o direito ao voto, à igualdade de salários, aos benefícios sociais, ao acesso ao trabalho e à educação, o direito de participar de júris e o direito condicional de optar pela interrupção da gravidez (MORRISON, 2006, p. 581).

liberalismo jurídico, por sua vez, não permite que se compreenda a natureza e as causas da opressão feminina, não reconhecendo, sequer, que esta opressão *existe*.

Na realidade, quanto mais o direito se considera igualitário, neutro e imparcial, mais servirá para reiterar a opressão social das mulheres e manter o seu status de subordinação. Para o feminismo radical, o próprio Estado representa uma estrutura liberal de opressão das mulheres e, para que não haja espaço para a transformação no campo social e cultural, a principal estratégia apresentada pelo mesmo é a de manter a crença de que a estrutura do Estado de Direito liberal realmente é incompatível com dominação e opressão de classe, gênero, raça etc. Ao apresentar-se como um sistema em que o direito é desligado da moralidade e o julgamento judicial é separado do governo, o estado liberal apresenta-se como um instrumento neutro e eficaz para solucionar as desigualdades sociais. Catherine MacKinnon assim descreve o Estado e o direito:

O Estado é masculino no sentido feminista: o direito vê e trata as mulheres do modo como os homens vêem e tratam as mulheres. O Estado liberal constitui, coercitiva e autoritariamente, a ordem social voltada para o interesse dos homens enquanto gênero – através de suas normas legitimadoras, de suas formas, sua relação com a sociedade e suas políticas substantivas. (MACKINNON, 1989, p. 161-162).

As feministas radicais compreendem o Estado liberal de direito como patriarcal, masculino e sexista, e que, ao supostamente revestir-se de imparcialidade, estaria fechando os olhos para o fato de que “opera no sentido de reforçar as desigualdades estruturais que preexistem ao apelo ao direito, e que também são intrínsecas à jurisprudência do direito” (MORRISON, 2006, p. 585). O patriarcado constituiria a principal forma de governo (MILLET, 1970, p. 9) e toda a estrutura estatal estaria erguida sob parâmetros eminentemente masculinos, uma vez que as mulheres têm sido excluídas historicamente do espaço público institucional, não tendo, portanto, participação alguma na idealização e construção das instituições, do comércio, das relações empresariais, das relações de laborais, do estado, do direito etc. A esfera pública, em sua integralidade, teria sido delineada por homens e para abrigar homens, não sendo de forma alguma compatível com a presença das mulheres, cujo papel sexual histórico já possuía um lugar de existência: o lar, a maternidade, o casamento.

Nesse sentido, a tentativa por parte das mulheres de inserir-se em todos os campos da esfera pública e de possuir as mesmas garantias jurídicas que possuem os

homens acaba por resultar numa situação em que não existe uma relação de compatibilidade. Seria uma situação análoga à de um quebra-cabeças em que as peças não se encaixam e, por conta disto, não se harmonizam. Não haveria, assim, como as mulheres estarem em condições de igualdade jurídica em relação aos homens, num contexto pré-estabelecido no qual elas não são compatíveis. Em virtude disto, Morrison afirma que, para o feminismo radical:

Reivindicar a proteção da lei é reivindicar a proteção de alguma coisa já estabelecida no ponto de vista masculino – aplicar o direito abstrato é aplicar aquilo que foi construído segundo a perspectiva do homem. O Estado de Direito liberal é o domínio dos homens sob o disfarce do estado de direito. (MORRISON, 2006, p. 585).

Assim, embora se verifique, em certa medida, uma evolução legal no sentido de buscar construir uma relação de igualdade entre os sexos, e de uma tentativa por parte do direito de conceder às mulheres um status semelhante ao dos homens, em direitos, deveres e capacidade civil, estas transformações não atingem a raiz do problema, estando ainda no nível das reivindicações do feminismo liberal. As normas, parâmetros e princípios jurídicos continuam sendo alicerçados no liberalismo jurídico, não havendo espaço para que alterações potencialmente revolucionárias para as mulheres sejam realizadas. MacKinnon assim descreve o mecanismo liberal que estrutura e depois instituciona o estado de dominação:

A estratégia consiste primeiro em constituir a sociedade de modo desigual, anterior ao direito; depois, em conceber a Constituição, inclusive o direito à igualdade, de modo que suas garantias só se apliquem àqueles valores que são subtraídos pelo direito; depois, em construir normas legitimadoras de modo que o Estado se legitime através da não-interferência no *status-quo*. Depois, na medida em que a dominação masculina se torne tão efetiva na sociedade que seja necessário impor a desigualdade sexual por meio do direito, a tal ponto que somente as desigualdades sexuais mais superficiais se tornem *de jure*, nem mesmo uma garantia jurídica de desigualdade sexual será capaz de produzir igualdade social. (MACKINNON, 1989, p. 163-164)

Deste modo, para as feministas radicais, as mulheres não podem confiar no Estado. E, conseqüentemente, o direito, do modo que se encontra estabelecido, sob parâmetros liberais, não lhes serve, nem lhes garantirá emancipação. Assim, tanto o lugar social de subordinação feminina, quanto a excessiva proteção dada ao contrato de casamento, mantendo a concepção de família sob os moldes tradicionais/patriarcais, não

desaparecerão da doutrina jurídica, mesmo que reformas igualitárias sejam implementadas.

Apesar das diversas críticas direcionadas ao discurso apresentado pelo feminismo radical, em virtude, dentre outras coisas, do mesmo pressupor, para sua teoria, uma verdade que transcende as demais perspectivas feministas, sendo hostil ao diálogo; de afirmar a existência de uma verdadeira essência das mulheres (a verdade sobre o gênero feminino, que não é a mesma apresentada sob condições de subordinação) que se tornará evidente em condições de liberdade real; e da insistência na dominação masculina na totalidade da vida social; temos optado neste trabalho por analisar o casamento e o direito sob esta perspectiva, uma vez que a mesma consegue, tanto tornar visível a existência do patriarcado, como possibilitar uma análise radicalmente crítica das estruturas de subordinação feminina existentes, sendo-nos, portanto, muito útil.

Outras formulações feministas sobre o direito, entretanto, têm caminhado no mesmo direcionamento apontado pelas feministas da corrente radical, num trabalho posterior de desenvolvimento dialético destas proposições, algumas vezes em contextos mais ponderado e racionalizado, outras vezes em contextos igualmente críticos.

É nesse sentido que, em *El sexo del derecho*, Francis Olsen (1990) observa que a sociedade, desde o surgimento do pensamento liberal clássico, tem sido estruturada em torno da formação de dualismos, ou pares opostos, que dividem as coisas em esferas contrastantes, tais como: racional/irracional, razão/emoção, objetivo/subjetivo, universal/particular, público/privado etc. Desta forma, três características importantes resultariam disso: Primeiramente, observa que tais dualismos encontram-se *sexualizados*, ou seja, mulheres e homens identificam-se com lados oposto dos dualismos. Os homens identificam-se com o racional, o ativo, a razão, a cultura, o poder, o objetivo, o abstrato e o universal, enquanto que as mulheres seriam identificadas com o irracional, o passivo, o sentimento, a emoção, a sensibilidade, o subjetivo, e o particular. Em segundo lugar, observa que os dualismos não correspondem a partes equivalentes, mas constituem uma *hierarquia*, em que um elemento é considerado superior ao outro. Assim, em cada par, o termo identificado como masculino é valorado como superior, enquanto que o outro é considerado como negativo ou inferior, de modo que a objetividade e a razão, por exemplo, são considerados superiores à subjetividade e à irracionalidade. E, por fim, afirma que *o direito identifica-se com o lado superior e “masculino” dos dualismos*, uma vez que se

supõe que ele seja racional, objetivo, abstrato e universal, tal como os homens considera-se a si mesmos, e “pelo contrário, se supõe que o direito *não* é irracional, subjetivo ou personalizado, tal como os homens consideram que são as mulheres”²⁴ (OLSEN, 1990, p. 454).

Grande parte destas perspectivas contemporâneas, no entanto, não rechaçam por completo o uso do direito, como a maioria das autoras radicais. Herrera Flores (2005, p. 70), por exemplo, considera que o *uso do direito* por parte das lutas antipatriarcais e anticoloniais, em geral, exige uma ampliação de seu conceito, de modo que ele possa ser utilizado como instrumento de luta contra o sexismo, ou melhor, contra a onipresença e dominação de um sexo sobre o outro, e contra os privilégios econômicos, sociais e jurídicos que fazem com que um grupo social ostente, por força da natureza, por razões ditas naturais, uma posição de dominação. Ele cria a categoria do *antisexismo*, e afirma que esta consistiria na denúncia dos privilégios de um grupo sobre outro, ou seja, a afirmação da necessidade de superar as análises e as perspectivas que encontram em características naturais o fundamento da hierarquização entre homens e mulheres.

Assim, tendo em conta o fato de o direito basear-se em conceitos aparentemente objetivos e universais traz consigo práticas extremamente sexistas, pois a igualdade encontra-se garantida apenas a nível formal. O *antisexismo*, no campo do direito, tentaria eliminar todos os conceitos que tenham como base as características naturais do sexo, levando em conta não só a norma jurídica em si, mas também, e principalmente, as interpretações, os critérios de aplicação e as apreciações sociais e culturais predominantes. Herrera Flores entende que entende que, para que isso ocorra, “o conceito de direito deve partir da perspectiva de gênero, como formulação de um ponto de vista diferente do que se reclama neutro e universalista”²⁵ (2005, p. 66). Para ele, o ponto de vista neutro e universal ocultaria sua parcialidade e subjetividade, ao naturalizar uma só visão de mundo, como se esta fosse a única possível.

24 Tradução de: “Por el contrario, se supone que o derecho *no* es irracional, subjetivo o personalizado, tal como los hombres consideran que son las mujeres”.

25 Tradução de: “el concepto de derecho debe partir de la perspectiva de género, como formulación de un punto de vista diferente del que se reclama neutral y universalista” (HERRERA FLORES, 2005, p. 66).

O direito é uma técnica especializada que determina, a priori, quem está legitimado para produzi-lo e quais são os parâmetros que devem ser utilizados para tanto. Disso resulta a imensa força de quem o controla, ou de quem possui autoridade para “dizer o direito” diante das relações sociais, através de posicionamentos ideológicos e políticos determinados.

O ponto central dessa questão é que a maior parte das leis se fizeram, por um lado, sem a presença das mulheres ou, como ocorre hoje em dia, com uma mínima representação destas nos órgãos dotados de autoridade e legitimidade para debatê-las, promulgá-las e interpretá-las. E, por outro lado, sem contar com seus valores, suas perspectivas, suas reivindicações e suas diferentes formas de abordar o político e o cotidiano. Ao omitir esse aspecto do direito, e revesti-lo de neutralidade e universalidade, acaba-se por aplicar a norma jurídica prioritariamente masculina a uma coletividade de pessoas de ambos os gêneros, tornando o direito um instrumento de reprodução de dominação e de exclusão.

Desta forma, uma possível luta dentro do direito deve caminhar não apenas através da positivação de normas favoráveis às mulheres, mas no sentido de buscar mudanças radicais nos planos institucional, jurídico e cultural de modo que se inclua igualmente ambos os sexos nos círculos decisórios públicos e privados, construindo um conceito de direito e política, segundo a categoria apresentada por Herrera Flores, radicalmente *antisexistista*.

Neste mesmo sentido, Alda Facio (1999) oferece uma concisa e concreta metodologia de análise de textos legais para se chegar a conclusões e soluções não-sexistas do direito. Ela afirma que, para se realizar uma análise jurídica não-sexista, é preciso adotar, primeiramente, um conceito amplo de direito, que deve contemplar os seguintes componentes: o *formal-normativo*, o *institucional-estrutural* e o *político-cultural*. Tais componentes não consistiriam uma realidade fragmentada e dividida, eles seriam três elementos de uma mesma realidade, só separáveis a nível pedagógico.

O componente *formal-normativo* do direito não abarcaria apenas as normas positivadas do ordenamento jurídico, mas todo o conjunto de regras que institucionalizam determinados comportamentos, compreendendo-se que tais comportamentos são impostos por quem tem o poder de dizer o direito, criando a conformidade social e o senso comum do que é certo e do que é errado. O componente *institucional-estrutural* irá se referir, não apenas às instituições que criam, aplicam e tutelam as normas, mas ao conteúdo que tais instituições dão a estas normas, ao

seleccioná-las, combiná-las e interpretá-las, atentando-se para as finalidades buscadas ao realizar essas interpretações. Deve ser observado que os significados dos fatos e normas são atribuídos em função da cultura jurídica dominante, fazendo com que determinadas normas, reiteradas cotidianamente, tenham mais eficácia jurídica do que outras, propositalmente não levadas em conta, pois o juiz ou o administrador, por exemplo, não só estão sujeitos a normas preexistentes e a regras institucionais, mas também a valores, ideais, paixões, interesses concretos e condições factuais de sua atuação jurisdicional. Por fim, o componente *político-cultural* não leva em conta apenas o conhecimento que a sociedade tem acerca das leis, mas também observa que o conteúdo destas não representa apenas a pura redação legal/formal dada pelo legislador, pois dependerá sempre da interpretação que a comunidade e que os Tribunais derem a elas. Uma norma será considerada não apenas conforme foi criada, mas também de acordo com o que os tribunais assim decidam.

Facio, assim, afirma a importância crucial da ampliação dos conceitos de validade formal, aplicação, interpretação e eficácia das normas. Ela observa que o direito não pode ser concebido como uma máquina auto-suficiente, que caminha por si só, mas, pelo contrário, deve-se atentar para o fato de que, por trás de todo esse sistema jurídico, há uma gama de relações de poder, que, revestidas por características ditas universais, abstratas e neutras, evitam a percepção da presença de ideologias e relações fáticas de poder.

O resultado disso é que, se analisarmos as normas, suas teorizações, e a consequência de sua aplicação a coletivos tradicionalmente marginalizados, perceberemos as dificuldades existentes a nível jurídico e institucional para incluir suas expectativas e seus valores no corpo normativo, no nível teórico e no cotidiano da vida jurídica, pois o patriarcado está situado bem na base da cultura jurídica dominante. E, de acordo com a metodologia anti-sexista traçada por Alda Facio, é preciso revelar e analisar criticamente as características patriarcais da cultura jurídica, de modo que elas não mais imponham um único ponto de vista, nem tragam consigo uma leitura particular e parcial da realidade, como se fosse única e universal. E para que isso ocorra, é preciso conceber o direito de modo que os três componentes (*formal-normativo*, *institucional-estrutural* e *político-cultural*) estejam relacionados em prol de uma igualdade real.

Lentamente, é possível observar que os sistemas jurídicos têm dado passos em direção a uma evolução no sentido de atingir a igualdade entre homens e mulheres.

Todavia, determinados campos do direito parecem mostrar-se mais resistentes. Harari e Pastorino (2000, p. 1) apontam que nas disciplinas de direito privado, mais precisamente naquelas que regem as relações entre homens e mulheres dentro da família, a lentidão das mudanças jurídicas parece mais evidente, uma vez que este é o espaço no qual se espera comportamentos específicos de ambos os sexos. Sendo assim, “a aceitação dos princípios de igualdade de gênero por parte da legislação nem sempre tem um correlato no discurso judicial”²⁶ e, em virtude disto, “os juízes seguem aplicando uma escala de valores que as novas normas deixaram de lado”²⁷.

Nesse sentido, o direito brasileiro tem sofrido nas últimas décadas, diversas transformações visando a proclamação da igualdade formal entre homens e mulheres no ordenamento jurídico. Ao lado disto, seguindo as diretrizes da nova ordem constitucional, o Código Civil não mais considera a distinção entre famílias legítimas e ilegítimas, não consistindo mais, o casamento, na única forma de se construir uma relação familiar. A conjuntura contemporânea do direito de família parece apontar para uma maior abertura e respeito aos direitos das mulheres e aos novos modelos de família. Entretanto, o que se pôde constatar, em decorrência da investigação realizada, é que o direito de família brasileiro, a despeito de todas estas transformações, mostra-se especialmente conservador no que se refere ao casamento e ao seu lugar social dentro do direito. A maior parte dos autores civilistas considera o casamento como a mais importante instituição jurídica existente. E, mesmo diante de uma variedade de novos modelos de constituição da vida familiar, o matrimônio continua sendo consideravelmente dignificado dentro da doutrina, a uma diferença muito grande dos demais modelos.

O casamento é, portanto, demasiadamente protegido dentro do direito brasileiro e sua prescrição doutrinária ocupa quase que inteiramente os manuais que versam sobre o direito de família. O direito, como um todo, não possui interesse em resguardar as demais formas de constituição familiar, nem de ceder às pressões sócio-culturais de evolução, uma vez que isto representaria o abandono do principal contrato que ratifica o

26 Tradução de: “la aceptación de los principios de igualdad de género por parte de la legislación no siempre tiene un correlato en el discurso judicial”.

27 Tradução de: “los jueces siguen aplicando una escala de valores que las nuevas normas dejaron ya de lado”.

patriarcado e que cria a família monogâmica burguesa. Ao direito não interessa abrir mão da segurança patrimonial que emerge das relações conjugais, sendo, inclusive, facilitada a transformação da união estável em casamento civil, a fim de resguardá-la ainda mais seguramente. Depreende-se, destas constatações, que a família, embora não seja mais categorizada em termos de legitimidade, ainda assim é pressuposta (pré-concebida) como sendo formada por marido (chefe de família), esposa e filhos, e a existência de outros modelos ainda causam estranheza ao direito. A própria regulação excessiva do casamento evidencia o quanto a plataforma jurídica visa manter estáticas as relações conjugais, não permitindo que outras formas de casamento possam surgir, e nem que se busque relacionar-se no contrato matrimonial do modo que melhor convier aos nubentes. As relações, na realidade, precisam existir dentro do mesmo modelo, a fim de permitir que os mesmos direitos conjugais sejam garantidos e que as mesmas relações de sujeição sejam mantidas, conservadas e controladas reiteradamente.

Assim sendo, o direito permanece enquanto instrumento de difícil uso estratégico por parte dos movimentos de mulheres. Por um lado há quem ache possível este diálogo, através de metodologias reformistas e de transformações paulatinas, e por outro, há quem rechace completamente a possibilidade de dialogar com um sistema construído desde sempre sob parâmetros masculinos. De toda forma, seja qual for a estratégia utilizada, não há como ignorar a existência do direito como principal agente normativo estatal e como produtor de cultura. É preciso que a reflexão acerca do direito esteja presente nas reflexões críticas feministas, e que a realidade concreta das decisões judiciais que vão de encontro aos direitos humanos das mulheres (como no objeto da pesquisa em questão) estejam a todo tempo visíveis neste debate sobre o direito. Assim, ao mesmo tempo em que as desigualdades são comprovadas e denunciadas, seja socialmente, seja academicamente, reflexões e estratégias são construídas para que o diálogo entre feminismo e direito seja cada vez mais construído em parceria.

5 REFERÊNCIAS

DIAS, Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v6. 21ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

IBGE (2011). **Número de casamentos cai pela primeira vez desde 2002: 2,3%**.

Disponível em: <

[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1753)

[id_noticia=1753](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1753)> Acesso em: 10/11/2011.

KYMLICKA, Will. **O Feminismo**. In **Filosofia política contemporânea**, São Paulo: Martins Fonte

LAURENT. **Principes de droit civil français**, 5. ed., Bruxelles, 1893.

MACKINNON, Catherine. **Feminism unmodified: discourses on life and law**. London: Harvard University Press, 1987.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. **Jefferson Luiz Camargo**, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. **Revista estudos feministas**, Florianópolis, 16 (2): 440, p. 303-332, maio-agosto. 2008.

OLSEN, Frances. **El sexo del derecho**, in David Kairys (ed.), **The politics of law**, Trad. Mariela Santoro y Christian Courtis, p. 452-467, Nueva York, 1990.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PISCITELLI, Adriana. Re-criando a (categoria) mulher? In: **A prática feminista e o conceito de gênero. Textos didáticos**. N. 48. Campinas: Departamento de História, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Direito de Família.** 6vol. 28Ed. São Paulo: Saraiva, 2007

VELOSO, Renato. Relações de gênero: notas introdutórias. **Revista Enfoques** N. 1. Rio de Janeiro: S/Ed, 2003.

WALD, Arnaldo. **Direito de família.** 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1988.

CONJUGALIDADE SEM CASAMENTO**A genealogia do concubinato no Brasil: demarcações para superação de um *lugar de não-direito*****CONJUGALITY WITHOUT MARRIAGE****The genealogy of concubinage in Brazil: notes on overcoming to a *place of no law****Marcos Alves da Silva****RESUMO**

O artigo destaca facetas peculiares da genealogia do *concubinato* no Brasil, fazendo análise da apropriação deste conceito pelo discurso jurídico tradicional na construção de um *lugar de não direito*, no sentido que Jean Carbonnier emprestou à expressão. A hipótese de trabalho é de que o princípio da monogamia durante séculos abalizou e legitimou a marginalização de um significativo número de famílias. O exercício de reflexão posto em curso exigiu interlocução com a história das famílias no Brasil e a utilização do conceito de *concubinato* por civilistas que marcaram o desenvolvimento do Direito Civil pátrio. Posta sob exame a regulação da união estável no Código Civil de 2002, evidenciado fica que os estigmas do concubinato foram transpostos para a união estável e o regramento do casamento foi tomado como o grande referencial mesmo para uma conjugalidade nascida de união sem matrimônio. A análise crítica realizada no desenvolvimento do texto aponta em duas direções. Primeira, a necessidade da superação do estigma que pairou durante séculos em relação à conjugalidade sem casamento, pois, ainda que tratada como entidade familiar, a união estável ainda figura no Código Civil brasileiro como uma família de segunda classe. A segunda diz respeito à necessidade de emancipar a união estável do matrimônio. Assim, a título de conclusão sustenta-se a tese da necessidade da construção de uma nova concepção jurídica autóctone de conjugalidade desvincilhada dos moldes estritos do casamento. Sem pretender apresentar conclusões definitivas, o artigo apenas sinaliza uma demanda premente para o Direito das Famílias brasileiro contemporâneo: o desenvolvimento de um tratamento jurídico das conjugalidades sem casamento que compreenda as famílias de nossos dias, sem apego às regras milenares ou seculares que cercam o casamento.

ABSTRACT

The article highlights unique facets of the genealogy of concubinage in Brazil, making analysis of the appropriation of this concept by traditional legal discourse in the construction of a place of no right, in the sense that Jean Carbonnier lent expression. The working hypothesis is that the principle of monogamy for centuries legitimized the marginalization of a significant number of families. The reflection exercise ongoing post demanded dialogue with the history of families in Brazil and use the concept of concubinage by civilists that marked the development of civil patriotic. Put under scrutiny the regulation of stable union in the Civil Code of 2002, is evidenced that the stigma of concubinage were transferred into the stable and the rules of marriage was taken as the great reference even for a conjugal union born without marriage. A critical analysis performed in developing the text points in two directions. First, the need to overcome the stigma that hung for centuries in relation to marriage without conjugal because, although treated as a family unit, the stable still figure in Brazilian Civil Code as a family of second class. The second concerns the need to emancipate the stable union of marriage. Thus, by way of conclusion supports the thesis of the necessity of building a new conception of indigenous legal marital rickety molds strict wedding. Without wishing to present definitive conclusions, the article only signals an urgent demand for the Law of contemporary Brazilian Families: the development of a legal treatment of marriage conjugalities without comprising the families of our days, without attachment or secular ancient rules surrounding marriage.

PALAVRAS CHAVES: concubinato, casamento, monogamia, união estável, dominação masculina, marginalização, discriminação, autonomia privada nas situações subjetivas co-existenciais.

KEYWORDS: cohabitation, marriage, monogamy, civil union, male domination, marginalization, discrimination, private autonomy in co-existential subjective situations.

* Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2012). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2001). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1995). Professor de Direito Civil integrante do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do Centro Universitário de Curitiba - UNICURITIBA. Professor da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Professor da Fundação Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Advogado em Curitiba - PR.

Nesta terra há um grande pecado que é terem os homens quase todos suas negras por mancebas.

Padre Manuel da Nóbrega

Questão fundamental a ser enfrentada, na reflexão que ora se propõe, diz respeito ao instituto do concubinato no Brasil, construído como um *lugar de não-direito*,¹ forjado à margem do casamento, abalizado e legitimado pelo princípio da monogamia. Não se trata de pura e simples descrição jurídica do concubinato. Muito diferente do modelo europeu, o concubinato, no Brasil, tem peculiaridades históricas que não podem ser desprezadas. Construído socialmente sob o signo da marginalidade, da discriminação e de certa moralidade hipócrita, foi ignorado e/ou apreendido pelo discurso jurídico de variadas formas. Quando algum efeito positivo era imputado ao concubinato, constituía uma espécie de concessão, de admissão limitada, excepcional do que era, por excelência, marginal.

É impossível estudar seriamente o concubinato, no Brasil, sem considerar o seu lugar social, construído na concretude dos fatos, mas também no imaginário social que sempre o admitiu, ao mesmo tempo que o fez invisível e imperceptível à ordem jurídica, exceto enquanto fator negativo a propiciar nulidades de certos negócios jurídicos.

Na justificação da marginalidade ou invisibilidade a que foi condenado o concubinato sempre compareceu discurso jurídico assentado no princípio da monogamia. Assim, para apurar como a monogamia é concebida e convertida em princípio estruturante do estatuto jurídico da família, torna-se imprescindível decifrar o processo que engendrou a marginalização do concubinato e como sua libertação, na união estável, indica na direção da superação de seu princípio justificador: a monogamia.

1 Concubinato e matrimônio no Brasil: fontes da discriminação

O concubinato é por excelência o principal subproduto da monogamia. Engels já havia detectado esse fato. Ele recupera a reflexão de Morgan, definindo *heterismo* como “as relações extraconjugais — existentes junto com a monogamia — dos homens com mulheres

¹ Para Jean Carbonnier, que trabalhou amplamente o conceito de não-direito, este surge fundamentalmente da auto-limitação que o próprio Direito se impõe: "Contra os juristas dogmáticos, que presumem a continuidade do direito subjetivo, devemos verificar amplos intervalos de não-direito no seu interior. É natural imputar o fenômeno a forças antagônicas que fazem retardar o direito. (...) Mas estas não são sempre externas ao direito: podem residir no direito mesmo, ou mais precisamente na vontade mesma do direito. Ocorre que o direito se autolimita e paradoxalmente organiza aqueles que se poderiam definir como *institutos jurídicos de não-direito* ("Contro i giuristi dogmatici, che presumono la continuità del diritto oggettivo, dobbiamo osservare ampi intervalli di non-diritto al suo interno. È naturale impurare il fenomeno a forze antoagoniste che fanno retrarare il diritto. Ma quaste forse non sono sempre esterne al diritto: possono risiedere nel diritto stesso, o perfino nella volontà stessa del diritto. (...) Accade che il diritto si limiti da sé e paradossalmente organizza quelli che si protrebbero definire *istituti juridici di non-diritto*"). (CARBONNIER, Jean. **Flessibile diritto – per una sociologia del diritto senza rigore**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1997. p. 27 e 28)

não casadas, relações que, como se sabe, floresceram sob as mais variadas formas durante toda a época da civilização e se transformam, cada vez mais em aberta prostituição.”² Afirmou, também, o heterismo e o adultério como eternos companheiros da monogamia.³ Sublimou, todavia, de forma quase idílica, a monogamia do proletariado. Para tanto teve que fazer um exercício nitidamente carente da cientificidade própria ao espírito acadêmico. Para enfrentar a existência do critério da monogamia mesmo entre os não detentores dos meios de produção, viu-se obrigado a dizer que “a família do proletariado já não é monogâmica no sentido estrito da palavra, nem mesmo com o amor mais apaixonado e a fidelidade mais absoluta dos cônjuges...”, para logo adiante concluir: “o matrimônio proletário é monogâmico no sentido etimológico da palavra, mas de modo algum em seu sentido histórico.”⁴

É senso comum que o heterismo, a prostituição e o concubinato não constituem privilégio exclusivo da burguesia. A dominação masculina não ficou restrita aos proprietários dos meios de produção. Não respeitou os pressupostos teóricos. Esteve e permaneceu nas famílias nucleares dos trabalhadores. A monogamia em relação à mulher é também uma exigência do senhor proletário.

A reflexão de Engels, de qualquer sorte, presta-se a identificar o concubinato como um subproduto do casamento monogâmico, um *locus* marginal, excecência do instituído oficialmente. Tendo em vista essa condição de marginalidade do concubinato, impõe-se análise da formação social brasileira e do papel que o concubinato teve desde a colonização.

1.1 Concubinato e os socialmente desclassificados no Brasil Colônia

A noção de concubinato é fundamental à interpretação da formação cultural brasileira. Todos os chamados intérpretes do Brasil fizeram referência ao concubinato como uma das mais distintivas marcas da colonização.⁵

O concubinato acabou por ser a expressão doméstica da colonização, do exercício do domínio sobre o inferior, nesse caso, sobre a mulher índia, negra ou branca pobre, de qualquer sorte, subjugada, colonizada. Manoel da Nóbrega, em suas *Cartas do Brasil e mais escritos*

² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 12. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991. p. 71.

³ ENGELS, Friedrich. **A origem da família....**, p. 78.

⁴ Ibid. p. 78.

⁵ Ao contrário da Europa que, a partir do século XVII, assistiu franco declínio do concubinato em razão da Reforma Protestante e da Contrarreforma Católica, o concubinato cresceu na colônia brasileira já a partir do século XVI, tornando-se “espaço por excelência das relações sexuais e da procriação”. (VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 83).

(1549-1560), escrevia que, em 1551, os homens da Colônia “tinham índia de muito tempo, de quem tinham filhos, e tinham por grande infâmia casarem com elas.”⁶

A origem do concubinato, no Brasil, não pode ser desprezada, sob pena de se construir compreensão equivocada, concebendo-o como alternativa ao casamento oficial, como união não formalizada com o intuito de constituição de família. Muito ao contrário, o concubinato viabiliza-se pelas condições de colonização e de escravidão e revela-se como exercício de poder. O concubinato se consagra como um dos privilégios sexuais dos lusitanos, primeiramente em relação às índias, depois em relação às negras, mulatas, mamelucas e brancas pobres.

Na Colônia, o concubinato não guarda qualquer relação com a noção de casamento. O estigma da concubina não permite esta aproximação. Também, o ingrediente racista do concubinato não deve ser amenizado.⁷ O concubinato não resulta de uma relação entre iguais, que, rejeitando as imposições e complexas regras do casamento optaram pela informalidade, na constituição de uma família. Longe disso, os portugueses “preferiam a morte à vergonha de esposar mulher infamada pelo sangue, pela cor ou pela condição social.”⁸

Em que pese o concubinato não ser um privilégio exclusivo dos senhores, certo é que representou importante faceta da exploração escravagista e, por essa mesma razão, carregou consigo as marcas estigmatizadoras de sua origem.

Para além das uniões informais entre desiguais na estratificação social e étnica, o concubinato foi a marca da relação entre os escravos. A despeito da pregação jesuítica, o casamento, nos moldes oficiais, constituiu uma raridade para eles. Assim, entre os escravos prevaleceram as relações precárias de concubinato. Essas uniões eram determinadas em

⁶ *Apud* VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 84.

⁷ Importa sublinhar que importantes intérpretes da brasilidade, como Gilberto Freire e Sérgio Buarque de Holanda, sublimaram ou mesmo negaram o racismo dos colonizadores. Buarque de Holanda diz, expressamente, referindo-se ao colonizador português: “A isso cumpre acrescentar outra face bem típica de sua extraordinária plasticidade social: a ausência completa, ou praticamente completa, entre eles, de qualquer orgulho de raça. Ao menos do orgulho obstinado e inimigo de compromissos, que caracteriza os povos do Norte. Essa modalidade de seu caráter, que os aproxima das outras nações de estirpe latina e, mais do que delas, dos muçulmanos do norte da África, explica-se muito pelo fato de serem os portugueses, em parte, e já ao tempo do descobrimento do Brasil, um povo de mestiços”. (HOLANDA, Sérgio Buarque de Holanda. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 45).

⁸ VAINFAS, Ronaldo. **Trópico...** p. 84. Caio Prado Junior registra o caso do Governador de Goiás, Fernando Delgado de Castilho, que apaixonado por uma mulher pobre com quem vivia publicamente no palácio, e de quem tivera prole numerosa, “preferiu suicidar-se a levá-la casada para o Reino, de onde o chamavam.” (PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo: colônia**. São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000. p. 363).

grande medida e, também, desfeitas pelos próprios senhores de acordo com suas conveniências.⁹

O concubinato, todavia, não constituía apenas um privilégio dos grandes senhores e nem tão pouco condição exclusiva dos escravos. O modelo espelhava-se para os homens simples. Nestes casos, o concubinato se confundia, às vezes, com a prostituição. Não poucas vezes, as mulheres eram prostituídas para geração de rendas aos seus amásios.¹⁰ Duas seriam as razões para a difusão do concubinato: o custo para o casamento na Igreja e a burocracia para sua realização. Contudo, Ronaldo Vainfas sustenta que estas alegações não constituíam as verdadeiras causas da difusão generalizada do concubinato entre a gente pobre. Entende ele que “amancebavam-se por falta de opção, por viverem, em sua grande maioria, num mundo instável e precário, onde o estar concubinado era contingência da desclassificação, resultado de não se ter bens ou ofício, da fome e da falta de recursos, não para pagar a cerimônia de casamento, mas para almejar uma vida conjugal minimamente alicerçada segundo os costumes e a ética oficial”.¹¹

É plausível concluir que o concubinato no Brasil colonial significou “a principal alternativa de vida amorosa e sexual para os ‘protagonistas da miséria’, escravos, forros e pobres, para os quais o casamento era ‘interditado’ ou despropositado, fosse pela condição servil, fosse pela instabilidade que lhes marcava a existência”.¹² Emerge, portanto, a pergunta sobre a função social do concubinato. Fora os casos de sujeição explícita, como o das escravas, o concubinato se apresenta, também, como alternativa de inserção e constituição de grupo familiar. Como perfeitamente concluiu Torres-Londoño, “mal ou bem, o concubinato permitia às mulheres viverem uma vida própria e fora do circuito da prostituição. Assim, o concubinato colocava um homem na vida da mulher, mesmo que não fosse para sempre. Além da presença masculina, para uma mulher podia significar o início de uma casa, de um lar, mesmo que nele o homem não morasse muito tempo”.¹³

Nesta direção, têm lugar as reflexões levadas a cabo pela antropóloga Mariza Corrêa, que critica a fixação da historiografia da organização familiar na *família patriarcal*, como sendo o

⁹ Segundo Rodolfo Vainfas, as relações amorosas entre os escravos “eram, possivelmente, as mais instáveis, precárias e vulneráveis de quantas houve na Colônia, as mais difíceis de firmar, com poucas exceções...” (VAINFAS, Ronaldo. **Trópico...** p. 89)

¹⁰ VAINFAS, Ronaldo. **Trópico...** p. 86.

¹¹ Ibid. p. 94

¹² Ibid. p. 99

¹³ TORRES-LODOÑO, Fernando. **A outra família** – concubinato, igreja e escândalo na colônia. São Paulo: Loyola, 1999. p. 94.

modelo por excelência do período colonial.¹⁴ Tomando, como paradigmáticas, as obras de Gilberto Freyre e Antônio Cândido de Mello e Souza, censura os estudos que colocam em consideração a forma de organização familiar de um grupo dominante, em determinado tempo e lugar, para fazer dela certa homogeneização do modelo familiar brasileiro como um todo. A partir dos trabalhos de Caio Prado Júnior, Florestan Fernandes, e outros, evidencia que a complexidade das atividades econômicas da Colônia não pode ser reduzida aos engenhos de Pernambuco e nem tampouco às fazendas de café paulistas. Sublinha que são impossíveis e incompatíveis a consideração de fato de uma “sociedade multifacetada, móvel, flexível e dispersa e a tentativa de acomodá-la dentro dos estreitos limites do engenho ou da fazenda”.¹⁵

Caio Prado Jr., por exemplo, tratando da vida familiar no Brasil Colônia, registra: “... segundo o que se colige dos depoimentos contemporâneos, quase se pode afirmar que, fora o caso das classes superiores, o casamento constitui uma situação excepcional.” E sublinha: “Precisamos por isso dirigir nossa atenção, sobretudo, para o grau de estabilidade que apresentam as relações sexuais, sejam ou não sancionadas legalmente pelo casamento.”¹⁶ Ressalva, porém, que a irregularidade de várias uniões não resulta simplesmente de indisciplina sexual, mas, sim, de outros fatores, como a grande dimensão das paróquias e a falta de sacerdote celebrante, os custos do casamento, e, sobretudo, os preconceitos de cor e de classe que impediam a regularização de uniões de fato.¹⁷

A admissão da família patriarcal como modelo da organização familiar colonial, na prática, implica a marginalização ou estigmatização de outras formas alternativas ou mesmo sua negação. Assim, a perquirição da genealogia do concubinato em *terra brasilis* evidencia a criação de um *lugar de não direito*, fruto do modelo colonialista aqui implantado, da escravidão e do racismo, tendo como cenário de fundo a instabilidade social, a pobreza e a sujeição.

Levantamentos feitos pela mais recente produção historiográfica, a partir de documentos das chamadas devassas eclesiásticas, promovidas pelas visitas pastorais, trazem informações reveladoras, primeiro, em relação à relevância do concubinato, que não era um fenômeno episódico. O concubinato é o crime religioso moral que mais se destaca nesses processos

¹⁴ CORRÊA, Mariza. Repensando a família patriarcal brasileira: notas para o estudo das formas de organização familiar no Brasil. In: ARANTES, Antonio Augusto [et alli]. **Colcha de retalhos** – estudos sobre a família no Brasil. 3. ed., Campinas: Editora da Unicamp, 1994. p. 15-42.

¹⁵ Ibid. p. 24.

¹⁶ PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo: colônia**. São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000. p. 363.

¹⁷ Ibid. p. 363.

eclesiásticos.¹⁸ Em relação à composição social dos concubinatos no período colonial, estão envolvidos sempre e, predominantemente, homens livres com mulheres alforriadas e escravas.¹⁹ Estes dados reforçam a percepção já antes enunciada de que o concubinato constitui por excelência espaço de dominação masculina.

Apesar de tolerado, admitido e até incentivado em alguns casos, o concubinato se constituiu sob estigma, porque *status* social somente é reconhecido à mulher pela via do casamento. Mary Del Priore relembra a observação de Segalen, afirmando que “na sociedade tradicional a mulher não tem estatuto fora do casamento. Ele é a única instituição que lhe permite realizar-se enquanto ser social”.²⁰ O concubinato figura, assim, como expressão da marginalidade e desqualificação social da mulher.²¹

A frouxidão das coerções sociais relativas à sexualidade, na Colônia, encontra sua explicação sobretudo no modelo de colonização implantado. Não foram transplantadas

¹⁸ “Boschi, utilizando um livro de devassa eclesiástica de 1734, com 239 registros da Comarca do Rio das Velhas, constatou que 94% dos casos autuados na região eram de concubinato. Luna e Costa realizaram o estudo das Comarcas do Serro Frio e do Rio das Velhas, e concluíram que, dos 350 registros de devassas ali realizados em 1738, 87,4% se referiam a práticas concubinárias. Figueiredo e Sousa, baseando-se em livros de devassas do século XVIII, relativos às Comarcas do Rio das Velhas, do Serro Frio, do Rio das Mortes e de Vila Rica, encontraram a porcentagem de 85% referente a concubinação. Fora de Minas Gerais, em Mato Grosso, especificamente na paróquia de Santa Ana do Sacramento da Chapada, Londoño, pesquisando o livro de devassas lavrado em 1785, detectou que os casos de amancebamento atingiam a faixa de 80% do total de registros. Para a Bahia, Mott constatou, em Ilhéus, em 1813, um percentual de 60,5% de casos envolvendo os “desvios da vida familiar”. Já Goldschmidt, estudando a sociedade colonial paulista, de 1719 a 1822, chegou a cifras que correspondem a um total de 86,4%.” (CERCEAU NETTO, Rangel. *A família ao avesso: “o viver de portas adentro” na comarca do rio das velhas no século XVIII*. Fênix – Revista de História e Estudos Culturais. Jul/ Ago/ Set – 2008, Vol. 5, Ano V, nº 3. Disponível em: http://www.revistafenix.pro.br/PDF16/ARTIGO_12_RANGEL_CERCEAU_NETTO_FENIX_JUL_AGO_SET_2008.pdf . Consulta em 08/08/2011.)

¹⁹ Rangel Cerceau Netto, que fez levantamento sobre condição sócio-jurídica dos sentenciados em relação aos casos de concubinato, no livro de devassas eclesiásticas realizadas na Comarca do Rio das Velhas, entre os anos de 1727 e 1756, registra: “O número de homens livres atinge, em porcentagem absoluta, um total de 53,3% de todos os livres (homens e mulheres) envolvidos, e, em um percentual relativo, a 93,6% dos concubinos culpados. A participação dos homens forros é modesta: 3,3% do total absoluto e 5,9% da parcela relativa aos amásios sentenciados. O envolvimento dos escravos masculinos chega a ser insignificante: 0,3% do total absoluto e 1% do relativo. Entre as mulheres, há o predomínio das forras, com 24,9% do total absoluto e 58,0% do total relativo de concubinas sentenciadas; as escravas vêm em seguida, representando 11,5% do total de mulheres nesta condição, o que corresponde ao percentual relativo de 26,7%. Por fim, as mulheres livres constituem 6,6% do total absoluto e 15,3% do número relativo de mancebas sentenciadas. Os maiores índices do amasio, portanto, envolveram homens livres e mulheres forras: os homens livres correspondendo a 53,3% do total absoluto e a 93,6% do relativo; as mulheres forras, com 24,9% do total absoluto e 58,0% do relativo”. (CERCEAU NETTO, Rangel. *A família ao avesso: “o viver de portas adentro” na comarca do rio das velhas no século XVIII*. Fênix – Revista de História e Estudos Culturais. Jul/ Ago/ Set – 2008, Vol. 5, Ano V, nº 3. Disponível em: http://www.revistafenix.pro.br/PDF16/ARTIGO_12_RANGEL_CERCEAU_NETTO_FENIX_JUL_AGO_SET_2008.pdf . Consulta em 08/08/2011.)

²⁰ PRIORE, Mary Del. **Ao sul do corpo: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil colônia**. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009. p. 123.

²¹ Trata-se de transposição de uma concepção portuguesa para as terras da Colônia. Assinala Fernando Torres-Londoño que “a desqualificação das mulheres indígenas, por serem escravas e por sua identificação com as mancebas portuguesas, deu à mancebia dos portugueses uma condição de naturalidade.” Esta transposição era dotada de tal normalidade para os colonos portugueses que estes acreditavam “não pecar em seus relacionamentos com as índias, se lhes davam algo em troca, da mesma forma que acreditavam que não se pecava com as mancebas portuguesas pagando por seus serviços. Da mesma forma, em Portugal, muitas mulheres pobres e desprotegidas foram colocadas no território das mancebas, destinadas a catalisar os impulsos sexuais dos homens; ainda mais, protegiam-se, assim, as moças de família encaminhadas aos mercados de casamentos arbitrados pela política de alianças”. (TORRES-LONDOÑO, Fernando. **A outra família – concubinato, igreja e escândalo na colônia**. São Paulo: Loyola, 1999. p. 42).

famílias instituídas para as terras conquistadas, mas, sim, indivíduos movidos pelo espírito aventureiro, e estes preferirão as mulheres submissas de raças dominadas às restrições que certamente lhes imporia a típica família constituída aos moldes europeus.²²

A moralidade permissiva da Colônia abria espaços para a aceitabilidade dos amores irregulares, mas, ao mesmo tempo, distinguia claramente o concubinato do casamento, não reconhecendo qualquer *status* de dignidade social e jurídica ao primeiro e exaltando o segundo como garantia de respeitabilidade e de acessibilidade aos degraus sociais mais elevados. Nessa ambiência de marcada ambiguidade é que se desenvolvem e se conformam as famílias brasileiras.

Não se pode deixar de registrar que a pregação do casamento cristão, como instância de segurança, encontrava eco na dura experiência de sobrevivência em um território ainda em fase de colonização. O revestimento de sacralidade, de permanência e de indissolubilidade constituía forte apelo para a população feminina carente de segurança. Todavia, a instabilidade e a precariedade da vida na Colônia não permitiram que o casamento se sobrepusesse completamente às outras formas de convivência sexual.

Tendo em consideração a constante mobilidade dos homens no período de povoamento e de exploração econômica da cana, do ouro, do café, e outros, como bem anotou Mary Del Priore, estabeleceu-se grande semelhança entre o concubinato e o casamento, na medida em que tanto num como no outro os homens permaneciam distantes da família, o que teve como consequência as mulheres casadas ou concubinas tornarem-se “chefes de suas casas, famílias e fogos, como se dizia então”.²³

O concubinato foi um modelo que se consagrou como opção de relacionamento para os casados e, ainda, para os padres, em razão do voto de celibato. Todavia, como bem percebeu

²² Neste passo, merece registro a observação de Caio Prado Júnior: “Sobre os costumes do Brasil Colônia há uma documentação abundante que só faz o desânimo do pesquisador obrigado a escolher (sic). O desregramento atinge tais proporções e se dissemina de tal forma que volta debaixo da pena de cada observador da vida colonial, por mais desprevenido que seja. A causa primeira e mais profunda de um tal estado de coisas é com certeza, e já toquei incidentalmente no assunto, a forma pela qual se processou, na maior parte dos casos, a emigração para o Brasil. Ela não se faz senão excepcionalmente por grupos familiares constituídos, mas quase sempre por indivíduos isolados que vêm tentar uma aventura, e que, mesmo tendo família, deixam-na atrás à espera de uma situação mais definida e segura do chefe que emigrou. Espera que se prolonga e não raro se eterniza, porque o novo colono, mesmo estabelecido, acabará preferindo a facilidade de costumes que proporcionam mulheres submissas de raças dominadas que encontra aqui às restrições que a família lhe trará. E quando não, já tão habituado a tal vida que o freio da mulher e dos filhos não atuará nele senão muito pouco.” (PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo...** p. 363.)

²³ A autora informa alguns dados: “Em Minas Gerais, no século XVIII, por exemplo, o predomínio de famílias matrifocais era impressionante. Girava em torno dos 45% o número de mulheres à testa de suas casas, e destas 83% nunca haviam se casado (...) Em São Paulo, de acordo com o estudo clássico de Marcílio, o desequilíbrio entre os sexos provocado pelo deslocamento de homens em direção a regiões mais lucrativas deixara mulheres como maioria nas cidades e vilas. Maioria esta que via seus parceiros partirem com os filhos nos braços e, ao recebê-los quando voltavam, tinham engrossado sua prole com filhos de outros eventuais companheiros. Ou ainda, que haviam aumentado a família, criando os filhos de seus companheiros com outras mulheres, que tinham sido deixadas para trás.” (PRIORI, Mary Del. **Ao sul do corpo: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil colônia**. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009. p. 46).

Fernando Torres-Londoño, por meio de ampla pesquisa documental, no Brasil colonial, o concubinato foi também “frequente entre solteiros pobres, não-proprietários, que não tendo bens, não tinham necessidade do matrimônio como contrato jurídico que garantisse direitos em relação à propriedade.”²⁴ Duas razões fundamentais foram determinantes para que o concubinato se difundisse como modelo entre os que não tinham impedimento para casar-se. Primeiro, grande parte da população estava envolvida em atividades que exigiam migração constante em busca de fortuna ou de pura sobrevivência, o que se revelava como fator impeditivo de vínculos duradouros. Segundo, porque as mulheres, sem chances da segurança do casamento em razão da migração masculina, tinham no concubinato uma forma de estabelecer relações.

É certo, porém, que o concubinato, segundo Torres-Londoño, evidencia-se “como forma de relacionamento entre desiguais: senhor e escrava, proprietários e não-proprietários, portugueses e índias ou negras”.²⁵ O que justifica a proliferação do concubinato entre desiguais é exatamente a possibilidade do estabelecimento de vínculos sem eliminação da desigualdade. A tese de Torres-Londoño — que se alinha perfeitamente à hipótese com a qual aqui se trabalha — é que o concubinato só mereceu severa reprovação da Igreja e do Estado, que delegava essas questões à jurisdição eclesiástica, quando tendia a promover a igualdade. Nessas circunstâncias, ele se convertia em escândalo, pois, a concubina jamais poderia assemelhar-se à esposa e nem tampouco o concubinato poderia ameaçar as propriedades da família legítima.

Fora destes extremos ou desvios, o concubinato não chocava a sociedade colonial, ao contrário, era-lhe extremamente funcional. Constituía “válvula de escape para as interdições que sustentavam o matrimônio-aliança. Dava espaço às relações pré-matrimoniais, poupando as moças de família ou servindo de válvula de escape para sentimentos individuais nem sempre contemplados nas alianças matrimoniais”.²⁶ Contudo, o concubinato abriga um paradoxo desde as origens. Apesar de tolerado segundo as conveniências do sistema social e da vestimenta jurídica que o emoldurava e ainda o configura, nunca perdeu a tonalidade desqualificadora: não é um arranjo familiar para *moça de família*, mas, sim, para negras, índias e brancas pobres.

²⁴ TORRES-LONDOÑO, Fernando. **A outra família** – concubinato, igreja e escândalo na colônia. São Paulo: Loyola, 1999. p. 197.

²⁵ Ibid. p. 198.

²⁶ Ibid. p. 198.

Apesar de vista como *a outra*, como *proscrita* e à margem, a família surgida do concubinato guardava todos os traços típicos imputados à família matrimonial da época colonial. Nas pesquisas documentais colhidas das devassas e pastorais, são recorrentes os testemunhos sobre a fidelidade da mulher concubina e seu desempenho e desvelo maternos.²⁷ Amalgamado entre a proscricção e a semelhança com a família matrimonial, o concubinato estruturou-se como instituição social marcada sobretudo pela desigualdade e a marginalização da mulher.

A monogamia se apresenta como princípio adequado e funcional a justificar o tratamento que o sistema jurídico pátrio deu ao concubinato. Revela-se como legitimador por excelência da marginalização da *outra* família, que se constitui como resíduo do sistema da família matrimonializada, fundada no casamento-aliança, tão adequado ao modelo do individualismo proprietário. O princípio da monogamia cumpriu e, ainda, cumpre papel neutralizador do concubinato, para que este não se convertesse em fator disfuncional do sistema centrado na propriedade, que tem na família matrimonializada um dos pilares de sua sustentabilidade e segurança. Este princípio se revela como um filtro, separando as mulheres pobres e desamparadas de qualquer proteção econômica daquelas *moças de família* destinadas ao *mercado de casamento*, que visava fundamentalmente atender a uma política de alianças. O princípio da monogamia é indispensável ao modelo, que necessariamente potencializa a dominação masculina e tem como resultado a marginalização e opressão da mulher.

Perquirir pelas raízes históricas do concubinato no Brasil constitui exercício indispensável para os fins perseguidos nesta reflexão, como adiante restará evidenciado, mas também torna-se necessária referência ao fato de que a bigamia foi recorrente no período colonial e não um fenômeno passível de ser desconsiderado.

1.2 Casamento, bigamia e legitimidade social no Brasil Colônia

A bigamia tornou-se um delito corriqueiro no Brasil colonial. A explicação é evidente. Os constantes deslocamentos dos indivíduos da metrópole para as colônias, e mesmo de uma das possessões ultramarinas para outra, ou ainda entre as longínquas províncias, forneciam as perfeitas condições para a realização de matrimônios irregulares. O fenômeno era de tal relevância que o Concílio de Trento recomendou aos párocos especiais cuidados na celebração de casamentos de “vagamundos”.²⁸

²⁷ TORRES-LONDOÑO, Fernando. **A outra família** – concubinato, igreja e escândalo na colônia. São Paulo: Loyola, 1999. p. 199.

²⁸ Ibid. p. 105.

A bigamia era um crime de “vagamundos”. Não se trata de indigentes ou de miseráveis, mas, sim, de pessoas que andavam vagando sem domicílio certo, artesãos, mascates, letrados sem posse, aventureiros do colonialismo. Os homens de posse, atentos à questão patrimonial, não se lançavam à aventura da bigamia.

O elevado número de bígamos na Colônia reforça a ambivalência do casamento e do concubinato. Em que pese o desprestígio do casamento, ele constituía caminho para o reconhecimento e a ascensão social. Desta forma, em lugar de simplesmente amancebaram-se, muitos colonos preferiam ocultar a existência de casamentos realizados em outras paragens para contrair novas núpcias perante a Igreja. A bigamia foi assim uma opção pelo reconhecimento social e uma recusa à situação de instabilidade e estigma que marcava o concubinato.

Das denúncias morais feitas ao Santo Ofício, nas conhecidas visitações da Bahia, 42,70% se referem à sodomia. Em segundo lugar, estão as denúncias de bigamia, num percentual de 25,6%.²⁹ Vê-se, pois, que a bigamia, em termos estatísticos referentes aos pecados denunciados ao visitador, era fenômeno relativamente importante. As denúncias seriam de homens que se casavam no Brasil, tendo deixado esposa e filhos em Portugal, e mulheres que se casaram segunda vez depois de longa ausência dos maridos dos quais não tiveram mais notícias. Vainfas sublinha que as denúncias espelham mais que o espírito murmurador dos denunciantes, antes, “indicam o impacto da situação colonial na estabilidade do matrimônio, sobretudo entre a gente simples que vinha para o Brasil. Aventureiros que abandonavam a família na metrópole e acabavam-se fixando na Colônia; mulheres cansadas de esperar os maridos, que adentravam as matas e lá ficavam por anos a fio sem dar notícia”.³⁰ As circunstâncias e condições precárias da vida na Colônia indicam a fragilidade do casamento, quando este ocorria entre a gente mais pobre.

A bigamia consistia em opção acertada quando a intenção era de união a “moça de família” bem dotada. Ainda que sob o risco de cair na malha fina do Santo Ofício, o casamento conferia ao bígamo legitimidade social. A bigamia não resulta de desprezo pelo matrimônio ou de intenção herética, como pretendiam os inquisidores extrair das confissões.

²⁹ VAINFAS, Ronaldo. Teia de intrigas. In: VAINFAS, Ronaldo (Org.) **História e sexualidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Graal, 1986. p. 46. Neste texto, o autor analisa a atuação da Inquisição ibérica que, para além da perseguição às heresias desviantes dos cristãos novos, representou a Contrarreforma na defesa dos dogmas católicos relativos à moral familiar e sexual. Os visitantes eram enviados do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa. Ronaldo Vainfas apresenta, neste ensaio, dados e interessantes informações casuísticas que colheu dos documentos das Visitações da Bahia, ocorridas nos fins do século XVI e início do século XVII.

³⁰ Ibid. p. 48.

Decorria simplesmente das condições próprias da colonização,³¹ das ausências e da falta de comunicação prolongada com o cônjuge originário, somadas ao desejo de integração em um novo meio social.

A instabilidade do matrimônio, apesar de sua indissolubilidade segundo as regras canônicas, constituiu uma das marcas do Brasil colonial. Do rescaldo e da acomodação da herança colonial é que se forma o quadro cultural no qual figura a família que será recepcionada e legitimada na codificação civil.

A interdição legal da bigamia, nas Ordenações Filipinas, previa pena de morte para quem cometesse o delito.³² As escusas para a não aplicação de tão radical pena sempre mereceram a benevolência do poder estatal. O Código Penal do Império, para o delito de poligamia, culminou pena de seis meses, com trabalhos forçados e multa,³³ já o Código Penal da Primeira República tipificou o mesmo crime, estabelecendo pena de prisão celular de um a seis anos para quem contraísse casamento mais de uma vez, sem estar o anterior dissolvido por sentença de nulidade ou morte do outro cônjuge.³⁴ Já o Código Penal de 1940, ainda vigente, estabeleceu, entre os crimes contra o casamento, o de bigamia, culminando pena de dois a seis anos de reclusão para quem, sendo casado, contrair novo casamento.³⁵

³¹ Donald Ramos relata episódios da vida de um certo Manuel Lourenço Flores que teria casado seis vezes, mudado de nome quatro e de residência constantemente. (RAMOS, Donald. Bigamia e valores sociais e culturais no Brasil colonial: o caso de Manuel Lourenço Flores e o seu contexto histórico. In SILVA, Maria Beatriz Nizza da (org). **Sexualidade, família e religião na colonização do Brasil**. Lisboa: Horizonte, 2001, p. 113-124.)

³² No Livro V, Título XIX, lê-se: “Do homem, que se casa com duas mulheres e da mulher que se casa com dous maridos. Todo homem que sendo casado e recebido com huma mulher, e não sendo o matrimônio julgado por invalido per Juízo da Igreja, se com outra casar, e se receber, morra por isso. E todo dano, que as mulheres receberem, e tudo que delas levar sem razão, satisfaça-se por os bens delle, como fôr de Direito. E esta mesma pena haja a toda mulher que dous maridos receber, e com eles casar pela sobredita maneira, o que tudo haverá lugar, ora ambos Matrimônios fossem inválidos per Direito, ora hum delles. 1. E se o condenado a morte pelo dito malefício fôr menor de vinte e cinco annos, ou for Fidalgo, e a segunda mulher com quem casou, for de baixa condição, ou se o condenado, sendo-lhe fugidia a primeira mulher, casou com a segunda, sem saber certo, que era a primeira morta, ou em outros casos semelhantes, não se fará execução sem primeiro no-lo fazer saber.” [Mantida a grafia do original – ALMEIDA, Cândido Mendes de (Org). Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Texto original digitalizado disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm> - consultado em 26 de agosto de 2011].

³³ O Código Penal de 1839, em seu art. 249, previa o crime de poligamia nos seguintes termos: “Contrahir matrimonio segunda, ou mais vezes, sem se ter dissolvido o primeiro. Penas - de prisão com trabalho por um a seis annos, e de multa correspondente à metade do tempo.”

³⁴ O Código Penal de 1890, em seu art. 283, tipificava o crime de poligamia, nos seguintes termos: “Contrahir casamento, mais de uma vez, sem estar o anterior dissolvido por sentença de nullidade, ou por morte do outro conjuge: Pena – de prisão celular por um a seis annos.

Paragrapho único. Si a pessoa tiver prévio conhecimento de que é casado aquelle com quem contrahir casamento, incorrerá nas penas de cumplicidade.

³⁵ O Código Penal de 1940 tipificou o crime de bigamia, em seu art. 235, nos seguintes termos: “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos. § 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos. § 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

A criminalização da bigamia, com a pena de morte ou com penas mais atenuadas, desde a proclamação da República, é indicativo da tutela de um bem jurídico localizado além da proteção das juras de aliança eterna, sacramentadas pela lei canônica. A criminalização da bigamia, em última análise, tem como escopo a proteção do sistema fundado sob a égide da primazia da tutela da propriedade privada. O ilícito de contrair novo casamento, no âmbito penal, não configura crime contra a honra do outro cônjuge, mas, sim, conduta lesiva à instituição familiar, enquanto núcleo social e econômico de interesse do Estado. Tanto é assim, que o crime desafia ação penal incondicionada.

O bem jurídico protegido pela tipificação da bigamia é a ordem jurídica matrimonial ancorada no princípio da monogamia. Protege, sobretudo, uma dada forma de organização da instituição familiar.

Enquanto no âmbito civil a bigamia constituiria lesão à confiança do cônjuge ofendido, em razão da conduta do outro que contraiu novas núpcias, no âmbito penal, tal ofensa é irrelevante. Assim, a bigamia configura-se como crime de ação penal pública, independente de representação do ofendido, pois, ainda que o cônjuge do primeiro casamento consentisse ao consorte contrair, com terceiro, novas núpcias, ao arrepio da lei, o crime prevaleceria. Com a revogação do art. 240 do Código Penal, que descrevia a conduta tipificada como adultério, não existe mais, no sistema penal brasileiro, qualquer proteção ao bem jurídico *fidelidade*. O crime de adultério dependia de ação penal privada. O único legitimado para a titularidade da referida ação contra o adúltero era o cônjuge ofendido.³⁶ Vê-se, pois, que o crime de bigamia tutela bem jurídico que não se confunde com um eventual direito subjetivo da pessoa casada à fidelidade de seu cônjuge.

Por que, sob as Ordenações Filipinas, o condenado pelo cometimento de bigamia poderia ser morto e o suspeito de ter cometido o delito, homem ou mulher, a partir de indícios ou mera denúncia, poderia ser torturado para confessar e, se não o fizesse, deveria mesmo assim ser degredado?³⁷ Obviamente, o crime revelava-se lesivo ao sistema que tal norma penal

³⁶ Assim dispunha o art. 240 do Código Penal revogado pela Lei nº 11.106/2005: “Art. 240. Cometer adultério: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses. § 1º - Incorre na mesma pena o co-réu. § 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato. § 3º - A ação penal não pode ser intentada: I - pelo cônjuge desquitado; II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente”.

³⁷ Assim dispunham as Ordenações Filipinas no Livro V, Título XIX, item 3: “E per este mesmo modo se proceda contra qualquer mulher casada, que for por parte da Justiça acusada por se dizer que tendo o marido vivo, se foi casar com outro. Porque em este caso, sendo o casamento verdadeiramente provado, e do segundo havendo prova somente dos sobreditos indícios, ou de cada hum delles, a não se podendo provar per verdadeira prova de vista e oitiva das palavras formaes de Matrimonio, seja mettida a tormentos, para confessar o segundo casamento; e negando, seja degredada per cinco anos para Castro-Mirin”. [Mantida a grafia do original – ALMEIDA, Cândido Mendes de (Org). Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Texto original digitalizado disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm> - consultado em 26 de agosto de 2011].

busca resguardar. A gravidade da pena aponta a proteção de um bem jurídico diverso da fidelidade conjugal. Remete à proteção da família — ou mais propriamente do casamento — como instituição.³⁸ A bigamia põe em risco a estabilidade, previsibilidade e organização de importantes fatores econômicos que se amparam na organização familiar fundada exclusivamente no casamento.

A tipificação da bigamia como crime estava perfeitamente adequada à família capturada pelo Código Civil de 1916, uma família que se define como: matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e de feição transpessoal. Todavia, na Constituição Federal de 1988, outra família é captada pelo legislador constituinte. Marcada pela pluralidade de entidades familiares, não mais definidas com exclusividade pelo matrimônio, pela igualdade material, pela direção diárquica e guiada por uma orientação eudemonista.³⁹ Nesse novo quadro, não faz sentido a proteção da família como instituição em si, isto é, funcionalizada a interesse transpessoal, que está para além dos interesses e desejos de seus próprios integrantes. Nesta direção, apontaram Francisco Muniz e Lamartine de Oliveira, sustentando que “a categoria do interesse familiar não exige ‘uma concepção orgânica e supra-individual de família’, porque o interesse comum não é um interesse superior, mas, sim, interesse essencial da pessoa que se realiza no interior da família”.⁴⁰

Admitindo tal entendimento como premissa, o crime de bigamia seria, na atualidade, um instituto penal a proteger um único bem jurídico — a fé pública — e não um crime contra o casamento. Logo, a descriminalização da conduta se impõe, pois, suficientes para tutela da fé pública seriam os crimes de falsidade ideológica e de falsidade material de atestado ou certidão. Na verdade, o crime de bigamia somente é consumado pela prática precedente, pelo menos, do crime de falsidade ideológica. E, como a jurisprudência já consagrou, não se trata de concurso de crimes entre estes delitos.⁴¹ Suprimido o crime de bigamia, o delito subsistiria,

³⁸ Ao fundamentar acórdão ainda recente, assim pronunciou-se desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Ressalte-se que a intenção do legislador ao estabelecer a hipótese de incidência penal contida no artigo 235, do Código Penal, foi proteger a organização da família, especificamente o casamento monogâmico, tido como regra nos países ocidentais. Tem como elementar a existência formal e vigência de casamento anterior, pois somente o divórcio põe termo ao vínculo e abre a possibilidade de novo matrimônio lícito. Anote-se que se o agente é separado judicialmente ou de fato, contudo, não divorciado, será sujeito ativo do crime se, por ventura, casar-se novamente. Assim, consuma-se no momento da formal manifestação da vontade, pondo em risco o bem jurídico tutelado, previsto no artigo 226, da Constituição Federal: ‘A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado’.” (TJ-SP. Apelação Criminal 9107420-43.2002.8.26.0000, Rel. Des. Figueiredo Gonçalves. 1ª Câmara de Direito Criminal. Data do julgamento: 09/09/2008)

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família** – curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 51.

⁴⁰ OLIVEIRA José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** – direito matrimonial. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 16.

⁴¹ HABEAS CORPUS – DIREITO PENAL – CRIME DE BIGAMIA E FALSIDADE IDEOLÓGICA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUANTO AO DELITO DE BIGAMIA DETERMINADO PELO TRIBUNAL A QUO POR

como falsidade ideológica ou mesmo, conforme o caso, falsidade material de certidão. A fé pública continuaria a merecer tutela penal. Não é, porém, o caso de se seguir tutelando a família monogâmica, pois, a norma penal não alcança mais este escopo em razão das transformações vivenciadas pela família contemporânea.

Tanto é assim que a família da Constituição pode ser conformada por pessoas solteiras que vivem em união estável. Se alguém constituir duas uniões estáveis simultâneas, a este pode ser, moralmente, imputada a pecha de bigamo. Mas, em termos penais, a conduta é irrelevante, posto que atípica. O crime de bigamia não protege, portanto, as entidades familiares, mas, sim, a formalidade pública que tem o casamento. As transformações experimentadas, durante o século XX, e início deste século, foram enormes e a própria percepção jurídica da família alterou-se profundamente. Mas o Direito Penal continua a tutelar, pela tipificação da bigamia, uma família cujos marcantes traços há muito foram esmaecidos pelo tempo. A diversidade de molduras para o enquadramento das famílias, hoje, não permite a concepção deste crime, o qual teve seu papel em um sistema que excluía da tutela jurídica as famílias marginais ao sagrado matrimônio.

Este conjunto de fatores não pode ser desconsiderado. O discurso religioso-jurídico do casamento monogâmico, no Brasil, desde o período colonial, prestou-se a tutelar a cumulação patrimonial das famílias abastadas, marginalizando um sem número de núcleos familiares de fato que se formavam à margem da família reconhecida juridicamente. Apresentados estes traços fundamentais da genealogia da *outra família*, expressão cunhada por Fernando Torres-Londoño, cabe passar à análise da captação jurídica desta realidade social.

2 O discurso jurídico sobre o concubinato

A produção doutrinária brasileira manteve-se durante longo período silente sobre o concubinato. Nunca foi proibido ou tipificado como crime. Ignorado pela legislação, só foi

AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – IMPOSSIBILIDADE DE SEGUIMENTO DO PROCESSO – CRIME QUANTO À FIGURA DO CRIME DE FALSIDADE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. 1. O delito de bigamia exige para se consumar a precedente falsidade, isto é: a declaração falsa, no processo preliminar de habilitação do segundo casamento, de que inexistente impedimento legal. 2. Constituinte-se a falsidade ideológica (crime-meio) etapa da realização da prática do crime de bigamia (crime-fim), não há concurso do crime entre estes delitos. 3. Assim, declarada anteriormente a atipicidade da conduta do crime de bigamia pela Corte de origem, não há como, na espécie, subsistir a figura delitiva da falsidade ideológica, em razão do princípio da consumação. 4. Ordem concedida para determinar a extensão dos efeitos quanto ao trancamento da ação penal do crime de bigamia, anteriormente deferido pelo Tribunal *a quo*, a figura delitiva precedente da falsidade ideológica. (STJ – HC 39583/MS. 5ª T. Rel. Min. Laurita Vaz. Data do Julgamento: 08.03.2005 – DJ 11.04.2005).

mencionado, nas Ordenações Filipinas⁴² e no Código Civil de 1916⁴³, em razão das vedações ao homem casado de doação e de disposição de última vontade em favor da concubina.

O silêncio do Código Civil de 1916 sobre o concubinato é sublinhado contemporaneamente. Silvio Rodrigues relembra que “o legislador de 1916 ignora a então chamada família ilegítima, e as raras menções que faz ao concubinato (CC, arts. 248, IV, 1.177 e 1.719, III, etc.) são apenas com o propósito de proteger a família constituída pelo casamento, e nunca como reconhecedoras de uma situação de fato digna de amparo”.⁴⁴ Antes de vir a lume a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, os cursos e manuais de Direito de Família sequer reservam capítulo para tratar do concubinato. O próprio Silvio Rodrigues registra que somente introduziu um capítulo intitulado *concubinato*, na terceira edição de sua obra, e esclarece, em nota de rodapé, que o fez em razão da “necessidade de focalizar a questão patrimonial resultante da dissolução do concubinato, cuja importância já se havia revelado no passado; a matéria ganhou relevo com a publicação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que permitiu a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos quando comprovada a sociedade de fato entre eles”.⁴⁵

Mesmo com a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, o concubinato enquanto tal não foi reconhecido pela jurisprudência. Um dos julgados apontados entre os precedentes a embasar a Súmula 380 nega reconhecer efeito jurídico ao concubinato. Sustenta que gera efeitos a sociedade de fato e não propriamente a família de fato. Assim pronunciou-se o ministro relator, Victor Nunes, em seu voto: “Como bem pondera a recorrida, o Tribunal local, apreciando a prova, concluiu pela existência de uma sociedade de fato. ‘Está completamente provada — disse o Ilustre Des. Melo Júnior — a colaboração da concubina na

⁴² No Livro IV, Título LXVI das Ordenações Filipinas, consta: “Da doação, ou venda, feita por homem casado a sua barregã. Se algum homem casado der a sua barregã alguma cousa móvel, ou de raiz, ou à qualquer outra mulher, com que tenha carnal afeição, sua mulher poderá revogar e haver para si a cousa, que assi foi dada; e mandamos que seja recebida em Juizo a demandar a dita cousa sem authoridade e procuração do marido, que a esse tempo seja em poder do marido, quer apartada delle, e essa cousa que ella assi demandar, queremos que seja sua própria, *in solidum*, sem seu marido haver em ella parte, e que possa fazer dela tudo que lhe aprouver, assi e tão perfeitamente como se não fosse casada.” [Mantida a grafia do original – ALMEIDA, Cândido Mendes de (Org). Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Texto digitalizado disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm> - consultado em 14 de maio de 2011]. O texto prossegue aplicando a mesma solução no caso de venda ou outro tipo de transferência de bens do homem casado à sua concubina, presumindo fraude ao casamento.

⁴³ Código Civil de 1916, art. 1.177: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”. O art. 1.719, do mesmo Código, também dispunha: “Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários: (...) III - a concubina do testador casado”. A Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) deu nova redação ao art. 248 do Código de 1916, estabelecendo que: “A mulher casada pode livremente: (...) IV - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177).”

⁴⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil. v. 6.** direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 284.

⁴⁵ *Ibid.* p. 283.

formação do patrimônio' (f. 236). Não é, pois, do concubinato, mas do esforço dos dois companheiros para a formação do patrimônio comum que resulta o direito da recorrida.”⁴⁶ Há um denotado esforço para se realizar justiça, sem conceder ao concubinato, entretanto, qualquer deferência ou tutela jurídica.

Ainda que se reconheça ter a Súmula 380 constituído um primeiro e importante passo para o reconhecimento das famílias sem casamento, ela ainda condena o concubinato à invisibilidade jurídica. Ele não existe, ainda, juridicamente. O que o Direito entrevê é, no máximo, o esforço comum entre duas pessoas, sob o *nomem iuris* de *sociedade de fato*, desprezando totalmente a razão de ser da relação estabelecida entre elas.

Será a partir da Súmula 380 que se esboçará a construção doutrinária sobre o concubinato. Necessário, neste passo, o registro de duas observações. Primeira. O emprego da palavra *concubinato* não tem, aqui, qualquer conotação depreciativa. Seria anacrônica a referência à união estável para momento histórico no qual o termo não era ainda consagrado. Segunda. A análise da construção do discurso jurídico sobre o concubinato evidencia o propósito de ocultamento de uma família de fato. Este tema ganha importância à medida que o princípio da monogamia tem, também, o potencial de condenar à invisibilidade jurídica famílias que, de fato, são presentes e reconhecidas no meio social.

2.1 Concubinato: a negação jurídica de uma evidência sociológica

Como já referido, é possível afirmar que a primeira fase do tratamento do concubinato pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras é caracterizada pela negação. O fato social está inserido no campo da irrelevância jurídica. No máximo, comparece no marco da ilicitude, como fator caracterizador de nulidade de doação ou de deixa testamentária, por homem casado à sua companheira.

Apesar de o concubinato constituir fato sociologicamente relevante, retratado abundantemente na literatura bem como nos estudos sociológicos e históricos sobre a configuração do povo brasileiro, no âmbito do discurso jurídico, durante longo tempo, existiu apenas no avesso de um silêncio eloquente.

No Esboço do Código Civil de Teixeira de Freitas, certa forma de concubinato constituía uma das causas autorizadas do divórcio.⁴⁷ Assim dispunha o art. 1.386 do

⁴⁶ STF - Recurso Extraordinário 49.064 MG, Rel. Min. Victor Nunes. DJ. 18/1/1962. Note-se que, no caso deste julgado, o argumento do recorrente não era desprezível. Do relatório consta que o recorrente alega não ser aplicável à espécie o art. 1.366 do Código Civil de 1916 que corresponde ao art. 303 do Código Comercial, porque não havia entre os companheiros qualquer intuito de lucro, logo, não se poderia falar de sociedade de fato entre eles, nos moldes de direito obrigacional.

⁴⁷ No Projeto de Código de Teixeira de Freitas, o divórcio não implicava a dissolução do vínculo matrimonial. Era o equivalente ao desquite ou separação judicial, sendo sua decretação de competência do juízo eclesiástico.

Esboço: “Não haverá outras causas que autorizem a intentar a ação de divórcio, senão as seguintes: 1º. Adultério da mulher, quaisquer que sejam as circunstâncias, e o do marido, que tiver concubina teúda e manteúda (art. 1.304)”.⁴⁸ Vale dizer, o simples adultério do marido não daria causa a pedido de divórcio pela esposa, mas se ele tivesse e mantivesse uma concubina, configurada, aí sim, estaria circunstância ensejadora do rompimento da sociedade conjugal.

O Código Civil de 1916 ignora o concubinato, com algumas exceções que visam extrair do fato consequências para nulidades de doações ou deixas testamentárias. Tanto assim que, em seus comentários, Clóvis Beviláqua assevera que o “direito de família é o complexo das normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.”⁴⁹ E, por outro lado, conceitua o casamento afirmando ser ele “um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissociavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer”.⁵⁰ Não há qualquer referência ao concubinato.

O primeiro efeito jurídico positivo reconhecido ao concubinato não diz respeito a ele próprio — isto é, a este tipo de conjugalidade sem casamento — mas, sim, à filiação dele decorrente. Caio Mário da Silva Pereira, em artigo estampado na Revista Forense de 1960, apresenta revisão bibliográfica sobre o tema até aquela época publicada no Brasil. Quase a totalidade dos textos citados refere-se ao tema do concubinato por via transversa, ou seja, vinculado à questão da investigação da paternidade.⁵¹ Dito de outra forma, o concubinato só era tematizado enquanto meio de prova para fixação da paternidade.

Como em meados do século passado nem se cogitava da possibilidade da prova pericial genética por meio do exame de DNA, a prova da existência do concubinato não trazia em si presunção *pater is est*, própria do casamento, mas consubstanciava a *praesumptio facti* das relações sexuais, pois, como observa Caio Mário da Silva Pereira, “não é crível que duas

⁴⁸ FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço do Código Civil**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 297.

⁴⁹ BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Vol. II. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956. p. 6.

⁵⁰ Id. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 34.

⁵¹ Entre os vários autores citados por Pereira estão: Arnaldo Medeiros da Fonseca: "Investigação de Paternidade"; Soares de Faria: "Investigação de Paternidade Ilegítima"; Sílvio Portugal: "Investigação de Paternidade"; Orlando Gomes e Nelson Carneiro: "Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos", entre outros (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Concubinato** – sua moderna conceituação. Revista Forense, v. 190, a. 57, jul/ago 1960. (p. 13-17). p. 15).

peças de sexos diferentes se encontrem com frequência, admitam a notoriedade de sua união, apenas para se olharem nos olhos”.⁵²

Tendo-se tornado o concubinato meio de prova fundamental nas ações de investigação de paternidade, tal função condicionou o estabelecimento dos requisitos de seu reconhecimento. Ponderando as tendências da doutrina e da jurisprudência, em relação ao conceito de concubinato, Caio Mário da Silva Pereira, no início dos anos de 1960, reduziu a três os requisitos fundamentais para caracterização do concubinato: (i) continuidade das relações; (ii) notoriedade; (iii) fidelidade da mulher.

A funcionalização do concubinato à investigação de paternidade, àquele tempo, é indiscutível. Daí a importância que alcançou a exigência da comprovação da fidelidade da mulher. Caio Mário da Silva Pereira indica que “Arnoldo Medeiros da Fonseca, em farta pesquisa, mostra não só que o Supremo Tribunal Federal, de maneira geral, não exige a aparência de casamento, contentando-se com a estabilidade da ligação e a possibilidade de *conhecimento* dela e aparente *fidelidade* da concubina ao seu amante”⁵³ (Grifos no original). Fácil é concluir que a temática da fidelidade da concubina, posta em juízo, abriu vasto campo a imputações de ordem moralista, a macular a reputação da mulher, com o fito de afastar o reconhecimento judicial da paternidade. Nestas razões, vinculadas à questão probatória da paternidade, encontra-se a gênese da fixação na *fidelidade feminina*, tão reiterada pela dogmática civilista brasileira para a caracterização do concubinato.

Vê-se, pois, do reconhecimento do concubinato não decorre, à época, a configuração de uma família merecedora de amparo estatal. O reconhecimento subjacente, isto é, o da paternidade é o que mais importa. Nas linhas não escritas nos processos de investigação de paternidade, subliminarmente, comparece a dominação masculina no controle de qualidade de sua linhagem. A concubina permanece na penumbra, é invisível ao sistema jurídico. Só é vista na provisória condição de reprodutora, isto é, na condição de meio para a prova do fim — a filiação — daí a importância da fidelidade ao seu *amante*, designativo utilizado por Caio Mário da Silva Pereira, em 1960.

A invisibilidade da concubina é algo inclusive desejado e aplaudido pelas conveniências sociais. Ao tratar dos requisitos caracterizadores do concubinato, Caio Mário da Silva Pereira ressalva que a notoriedade, segundo a moderna doutrina, não carece ser tão

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Concubinato** – sua moderna conceituação... p. 15.

⁵³ Ibid. p. 15.

notória...⁵⁴ O que se revela como problema, atualmente, é que a invisibilidade por força das conveniências sociais, de cunho notadamente moralista, seja albergada pelo sistema jurídico, com negação de reconhecimento de direitos fundamentais, especialmente, da mulher que vive relação de união estável.

Nesta mesma linha de negação jurídica de reconhecimento do concubinato como relação familiar, segue Pontes de Miranda. Ao tratar da vida em comum, ainda que admita possa ser o concubinato suscetível de estabelecer *relações de ordem jurídica*, Pontes de Miranda sublinha que “tais comunhões não são de direito de família” e mais adiante acresce: “Quem não é cônjuge não se torna cônjuge pelo fato de ser tratado como tal. Ser criado como filho não é ser filho. Ter bens em comum com o cônjuge não é estar sob o regime matrimonial da comunhão. (...) As tentativas de dilação do círculo familiar fracassam sempre.”⁵⁵ Em outras palavras, não constitui família o que não é previamente definido como tal pela ordem jurídica.

Pontes de Miranda, ao abordar o conceito de família, reforça ainda mais a concepção de que a família com existência jurídica distingue-se da família sociológica. Ressalta que a família não é definida no Código Civil de 1916, mas que é referida no art. 163 da Constituição Federal de 1946 como aquela constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel, e como tal merecedora da proteção especial do Estado. E pondera: “Cumprido, contudo, notar-se que não é a algo de concreto que se refere o texto constitucional, e sim à *instituição* social da família, o que vale por diretriz programática da Constituição de 1946.”⁵⁶ (grifo no original) A negação da concretude social da família é admitida como um dado talvez típico da juridicidade e não como um problema que deveria confrontá-la permanentemente. Em todo seu Tratado de Direito Civil, Pontes de Miranda dedica apenas um parágrafo ao

⁵⁴ “E é claro, também, que a notoriedade a que alude a doutrina francesa há de ser recebida com certa dose de relatividade bem marcada, em função da situação pessoal dos concubinos. Um homem casado, ou mesmo solteiro, portador de marcada condição social, não pode passear com a amante por toda parte, desafiando o meio em que vive e trabalha. Uma mulher, que cumpre profissão fora do lar, que exerce atividade em convivência com um grupo, que preenche função pública, se não se conserva hoje marcada pela imposição de uma abstinência severa, tem, entretanto, os cuidados de uma reserva zelosa de seu prestígio e do respeito que requer o meio onde labuta. Em casos que tais não se pode exigir, como elementar do concubinato, nem a vida quase-conjugal, nem a notoriedade das relações (notoriedade incompatível com o recato e a discrição), substituída pela continuidade das relações e pela fidelidade. Compreendendo-o muito bem, Cunha Gonçalves alude a que a ligação concubinária há de ser notória, porém pode ser discreta, situações de aparente impossibilidade (sic), que ele procura conciliar, contentando-se em que o conhecimento ou divulgação se faça dentro de um círculo mais restrito, o dos amigos, o das pessoas da íntima relação de ambos, o dos vizinhos da concubina, que poderão atestar das visitas frequentes do amante, suas entradas e saídas, sua conduta para com o filho (...). Discrição seria então um meio termo entre a publicidade ou notoriedade franca e o segredo, as relações sigilares e secretas”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Concubinato – sua moderna conceituação... p. 16)

⁵⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. p. 193.

⁵⁶ Id. **Tratado de direito privado**. Tomo VII... p. 174.

concubinato para sublinhar que “o concubinato não constitui, no direito brasileiro, instituição de direito de família”.⁵⁷

A percepção da família somente a partir da formalidade do casamento impôs, como decorrência lógica, o absoluto silêncio a respeito do concubinato para os tratados, cursos e manuais de direito de família até o início da década de 1960. Realizados os excertos generalizantes sobre a origem da família, a título preambular, de regra, todos esses textos passam a abordar, imediatamente, o tema da existência e validade do casamento, sem dedicar qualquer espaço ao concubinato.

O silêncio sobre os efeitos jurídicos positivos do concubinato só começa a ser quebrado pela jurisprudência efetivamente em meados da década de 1950.⁵⁸ No início dos anos de 1960, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal começa a firmar-se no sentido da aplicação da analogia com a sociedade de fato, para determinar a partição de haveres entre os concubinos.⁵⁹ Em 1963, o Supremo Tribunal Federal aprova a Súmula 35, dispondo que “em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela

⁵⁷ Segue a transcrição de todo o parágrafo por ser deveras ilustrativo: “CONCUBINATO. – O concubinato não constitui, no direito brasileiro, instituição de direito de família. A maternidade e a paternidade ilegítimas o são. Isto não quer dizer que o direito de família e outros ramos do direito civil não se interessem pelo fato de existir, socialmente, o concubinato. Assim, serve ele de base à reivindicação dos bens comuns doados ou transferidos pelo marido à concubina (Código Civil, arts. 248, 1.177); à ação de investigação da paternidade, nos casos de art. 363, I; etc. E a legislação social o vê.” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo VII... p. 174) Interessante notar que o próprio Pontes de Miranda vale-se da metáfora da visibilidade e invisibilidade do concubinato, posto que, segundo seu entendimento, para a legislação social ele é um fenômeno juridicamente visível.

⁵⁸ Acórdão do STF de 1955, nos termos do voto do Relator, reconheceu efeito ao concubinato estabelecido entre Maria Virgínia de Jesus e Anselmo Cardozo de Carvalho, que em união viveram de 1928 a 1947, todavia, manteve a decisão do Tribunal de Justiça da Bahia, visto que, para dar provimento ao Recurso Extraordinário indispensável seria a reapreciação da prova. Assim, em seu voto, pronunciou-se o Min. Afrânio Antônio da Costa: “A simples leitura dos autos deixa claro a impressão de que a prova da contribuição da senhora em prol do patrimônio do falecido é de uma clareza meridiana. Infelizmente, assim não entendeu o Tribunal que é soberano na apreciação da prova.” Portanto, apesar de reconhecer a contribuição da concubina para a formação do patrimônio do companheiro falecido, o STF não conheceu do Recurso Extraordinário em razão da limitação de alçada imposta pela Constituição. Todavia, a declaração de voto do Min. Mário Guimarães é reveladora de postura bem mais conservadora, que, certamente, ainda prevalecia no Supremo Tribunal Federal, nos anos de 1950. Seu entendimento foi explicitado nos seguintes termos: “Também não conheço dos recursos. Nem mandaria pagar coisa alguma, porque ela não é uma assalariada — e isso mesmo reconheceu o acórdão — e como comunheira, não tem direito à comunhão, porque não é casada. Mas, se pelo trabalho de ambos, eles lograram alguns bens, então, o que deveria ter feito era a apuração de uma sociedade de fato e precisaria saber com quanto capital entrou cada um dos sócios. Serviços de concubinato, eu, habitualmente, não os mando pagar. Tais serviços não merecem remuneração alguma.” (STF - Recurso Extraordinário 26.755 BA, Rel. Min. Afrânio Antônio da Costa. J. 23.06.1955)

⁵⁹ Em 1960, acórdão, também, da lavra do Min. Afrânio Antônio da Costa, foi ementado nos seguintes termos: “CONCUBINATO: esforço comum, por falecimento de um dos concubinos metade dos bens pertence ao outro.” Tratava-se de Recurso Extraordinário de acórdão proferido em sede de ação rescisória. O acórdão do Tribunal Regional que se buscava rescindir havia reconhecido à concubina viúva direito à metade dos bens que, por esforço conjunto, foram amealhados durante 20 anos de vida em comum. O fundamento alegado para o Recurso Extraordinário era de que o acórdão rescindendo ofenderia o art. 163 da Constituição de 1946, que assegurava proteção especial à família. Sobre a questão constitucional, pronunciou-se o Min. Relator em seu voto: “A citação do texto constitucional que diz respeito à família não se ajusta à hipótese, porque uma coisa é impedir o locupletamento de alguém com o esforço de outrem, e outra coisa é a proteção à família”. (STF - Recurso Extraordinário 40.586 SP, Rel. Min. Afrânio Antônio da Costa. J. 11.12.1959). No caso em apreço a recorrente era filha do companheiro falecido que buscava rescindir o acórdão que assegurou a meação à companheira de seu pai. Ainda que a fundamentação do acórdão do STF não reconheça qualquer sombra de família no concubinato — o citado art. 163 da Constituição Federal estabelecia: “A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado” — não poderia prevalecer o enriquecimento sem causa. Nesta direção é que se firmou entendimento que veio a consolidar-se na Súmula 380.

morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”. Em 1964, é editada a Súmula 380, já referida e considerada anteriormente, fixando que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Na mesma data é, também, aprovada a Súmula 382, reconhecendo que “a vida em comum sob o mesmo teto, ‘*more uxorio*’, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Também, ainda no ano de 1964, é aprovada a Súmula 447, que reconhece a inexistência de nulidade em razão de presunção de disposição testamentária por meio de interposta pessoa, quando é beneficiário o então denominado “filho adúltero”. Assim, dispôs a referida Súmula: “É válida a disposição testamentária em favor de filho adúltero do testador com sua concubina”. Quebrado estava, efetivamente, o silêncio da jurisprudência em relação a efeitos jurídicos reconhecidos ao concubinato.

Na doutrina, o silêncio é rompido com a obra de Edgard de Moura Bittencourt, *O Concubinato no Direito*, cuja primeira edição, apresentada em dois volumes, data de 1961.⁶⁰ Antes deste trabalho mais expressivo e referencial no tratamento da matéria atinente ao concubinato, foram publicados apenas artigos esparsos como o de Caio Mário da Silva Pereira, *Concubinato: sua moderna conceituação*,⁶¹ ou o de Alípio Silveira, *Do concubinato e seus efeitos jurídicos*.⁶²

Bittencourt esclarece que o objetivo de sua monografia é a “conceituação do concubinato capaz de operar efeitos jurídicos positivos”.⁶³ Ele rechaça a ideia de se buscar o sentido e as raízes do concubinato contemporâneo no direito romano ou na cultura grega, ou

⁶⁰ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. 2 v. Rio de Janeiro: Alba, 1961. Bittencourt mesmo assevera: “Até o século passado e mesmo no atual, antes do desencadeamento dos rumos sociais e trabalhistas do direito, as leis dos diversos povos ou silenciavam sobre o concubinato ou a ele se referiam para reprimi-lo, por qualquer forma”. (BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. I. Rio de Janeiro: Alba, 1961. p. 29). Ainda que seja verdadeira a observação de Bittencourt, não se pode esquecer que as Ordenações Filipinas previam o direito a meação para aqueles que, vivendo *more uxorio*, não lograssem provar o estado de casado. No Livro IV, Título XLVI, §§ 1º e 2º encontram-se as seguintes disposições: “Todos os casamentos feitos em nosso Reino e senhorios se entendem feitos por Carta de ametade; salvo quando entre as partes outra cousa for acordada e contratada, porque então se guardará o que entre elles for contractado. Outrossim, serão meeiros, provando que estiveram em casa teúda e manteúda, ou em casa de seu pai, ou em outra, em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, que, segundo o Direito, baste para presumir Matrimônio entre eles, posto se não provem as palavras de presente.” (ALMEIDA, Cândido Mendes de (org) **Ordenações Filipinas**, vols. 1 a 5. Rio de Janeiro. 1870, p. 832-834. Texto digitalizado disponível em <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Consulta realizada em 18/06/2011). Note-se, portanto, que não se trata propriamente de reconhecimento de efeito jurídico ao concubinato, mas, antes, de prova de posse do estado de casado, para aqueles que não conseguem provar a celebração do casamento perante a igreja.

⁶¹ Em 1960, Caio Mário da Silva Pereira escreveu artigo que foi republicado em edição comemorativa da Revista Forense: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Concubinato: sua moderna conceituação**. Revista Forense: comemorativa - 100 anos. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 151-160, v. 4.

⁶² SILVEIRA, Alípio. Do concubinato e seus efeitos jurídicos. In: **Archivo Judiciario. Suplemento**, v. 61, p. 63-74, jan. 1942.

⁶³ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. I... p. 54.

ainda na Idade Média.⁶⁴ Pretendeu, antes, encarar o concubinato, à época em que escreveu, como “expressivo fato social, a demandar delicadas soluções jurídicas”.⁶⁵ Bittencourt captou perfeitamente o desvio que a abordagem jurídica do concubinato provocava. O tratamento meramente punitivo do concubinato desresponsabilizava o homem e vitimava a mulher. O homem que não quisesse sobre si as responsabilidades que o Estado impunha ao casamento — algumas até de natureza penal — mas que não dispensasse as benesses da vida conjugal, amancebava-se. Todavia, quando lhe fosse conveniente, rompia a união. “Sai, então, vitorioso, em nome da moral, o agente que, pensando bem, deveria sofrer o maior castigo. E se sacrifica a verdadeira vítima”.⁶⁶

Ainda que a obra de Bittencourt demande especial análise pelo que representa em termos de inédita abordagem do concubinato, no Brasil, à época em que foi escrita — face aos limites e objetivos propostos nesta tese — cumpre apenas apontar alguns temas tratados pelo autor que, por sua pertinência, ainda são atuais e instigantes. Consagra o entendimento segundo o qual o concubinato é um fato social multifacetário,⁶⁷ que não deve ter o seu conceito reduzido à determinada fronteira, de tal sorte que podem ser concubinato a união dos que vivem em posse de estado de casado, mas não têm como provar a regularidade da celebração do casamento, passando por aqueles que celebraram apenas o casamento religioso sem efeito civil, os que vivem em longa e reconhecida união estável *more uxorio*, até a união adúlterina paralela ao casamento. Tudo é concubinato.

Esta percepção de Bittencourt é coerente com o atual princípio constitucional da pluralidade de entidades familiares. Característica fundamental das uniões informais está exatamente em sua plasticidade. Decorrência necessária desta constatação será o reconhecimento de que regras precisas não podem ser fixadas como é comum para o casamento. Princípios e cláusulas gerais melhor se ajustam para o tratamento de situações jurídicas subjetivas que não têm qualquer modelo prefigurado em lei e que se conformam e se estruturam em razão de fatores sociais e conjunturais específicos.

⁶⁴ “Que interesse oferecerá, por exemplo, o próprio Direito Romano, quando no Digesto consigna cinco leis sobre o concubinato, chegando a permitir que o chefe de uma província pudesse ter por concubina uma mulher natural dela? Que importa, outrossim, que tão arraigado estivesse o concubinato na Idade Média que, sem embargo de sua aversão ao instituto, o cristianismo o tenha tolerado? Que importa, finalmente, que entre os gregos, a concubinagem não acarretasse qualquer desconsideração e que fosse, em certa medida, reconhecida pelas leis?” (BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. I... p. 55 e 56)

⁶⁵ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. I... p. 56.

⁶⁶ Ibid. p. 57

⁶⁷ Ibid. p. 63.

Além de conceber o concubinato como fato social multifacetário, Bittencourt entende ser ele um fato jurídico, isto é, “como acontecimento ao qual o corpo jurídico positivo concede consequências jurídicas”.⁶⁸ Extrai fundamento para assumir tal posicionamento de precedentes da jurisprudência pátria que, ao interpretar a Lei de Acidentes do Trabalho,⁶⁹ reconheceu à companheira — inclusive de homem casado mas separado de fato — o direito de receber a cobertura securitária em razão de morte do companheiro por acidente de trabalho. A jurisprudência acabou por consolidar o entendimento de que a expressão “pessoa a quem a subsistência provesse” poderia ser aplicada à concubina. Na esteira da jurisprudência, o Decreto 24.637, de 10 de julho de 1934, fez expressa referência à companheira nos casos da cobertura securitária.⁷⁰ A legislação posterior não mais retrocedeu em relação a esta garantia dada à companheira. Note-se que para os efeitos positivos decorrentes do concubinato jamais é utilizada a palavra *concubina*, mas, sim, *companheira*. Bittencourt reconhece a importância que teve a Lei de Acidentes do Trabalho para o tratamento do concubinato no Brasil. Assinala que foram os juízes, em contato cotidiano com a realidade social, que abrandaram a norma, mas, a um só tempo, abrandaram-se eles próprios, para compreender o sentido mais humanitário do Direito, que se revela tocante no campo da infelizmente. Nesta área, os problemas humanos ganham a visão ampliada.⁷¹

Em relação aos benefícios previdenciários, reconhece Bittencourt que o exercício hermenêutico da jurisprudência, para não deixar ao desamparo a companheira em razão da morte de seu consorte, foi ainda mais exigente e longo. O legislador demorou a reconhecer, expressamente, à companheira o direito ao recebimento de pensão por morte daquele que com ela vivia em estável união. A chamada concubina recebeu o amparo da jurisprudência em razão da evocação constante de um direito social. Bittencourt cita voto de Aguiar Dias, proferido no antigo Tribunal Federal de Recursos, nos seguintes termos:

⁶⁸ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. I, p. 64.

⁶⁹ O Decreto 3.724, de 15 de janeiro de 1919, chamada Lei de Acidentes do Trabalho, no § 3º do art. 7º dispunha “Na falta de cônjuge, ou estando este divorciado por culpa sua ou voluntariamente separado, e não havendo herdeiros necessários, se a vítima deixar pessoas cuja subsistência provesse, a essas pessoas deverá ser paga a indenização, reduzida neste caso à soma igual ao salário de um ano”.

⁷⁰ O art. 20, § 3º do Decreto 24.637, de 10 de julho de 1934, dispôs: “Em caso de morte, a indenização consistirá numa soma calculada entre o máximo de três anos e o mínimo de um ano de salário da vítima, e, salva a hipótese do art. 23, será paga de uma só vez, na forma dos parágrafos seguintes. (...) § 4º Para os efeitos desta lei, equiparam-se aos legítimos os filhos naturais e à esposa a companheira mantida pela vítima, que hajam sido declarados na carteira profissional”.

⁷¹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. II. Rio de Janeiro: Alba, 1961. p. 211. Ao tempo em que escreveu Bittencourt a questão da culpa na dissolução do vínculo matrimonial ainda tinha consequências relevantes. O cônjuge supérstite desquitado somente era excluído da condição de beneficiário do seguro acidental se, voluntariamente, houvesse abandonado o lar ou tivesse sido considerado culpado na ação de desquite. Tanto é assim que pondera Edgard de Moura Bittencourt: “Não é possível, portanto, deixar de atender o largo alcance da Lei de Acidentes do Trabalho e a extensão de sua exegese, ao serem examinadas as pretensões da companheira. A amplitude só deverá encontrar obstáculo nos interesses da esposa inocente”. (BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. II. p. 212.)

O legislador brasileiro, atendendo a imperativo de evolução social, consagrou de há muito a proteção à concubina, isto porque, nos meios mais humildes, o concubinato transformou-se em verdadeiro casamento. Esforços de educação, tanto por parte de autoridades civis como das religiosas, não têm conseguido remover essa irregularidade da nossa vida social e o juiz tem que lidar com os dados sociais e não apegar-se a teorias. A justificação do estado de casada não prova casamento. Se a justificante, ela própria, reconhece que nunca houve casamento, não pode com a justificação suprir a prova do casamento, a que ela mesma se reporta. Eu, como disse, lidando com os fatos sociais, não posso deixar de conceder em parte, o mandado, reconhecendo que é situação sólida, não obstante os preconceitos existentes, é sólida nas classes mais humildes, e, para não ser indiscreto, em outras classes, o concubinato existe com fôros de casamento.⁷²

Não raro, questões de ordem moral tornavam-se determinantes para a concessão do benefício à companheira, mesmo que esta provasse a dependência econômica do segurado falecido.⁷³ Somente com a Lei Orgânica da Previdência Social de 1960, que revogou os regimentos anteriores, é que surge previsão expressa da possibilidade de inscrição da companheira como dependente do segurado.

Do trabalho de Edgard de Moura Bittencourt, cabe destacar também a crítica que já, antes da edição da Súmula 380, fez à teoria da sociedade de fato, para justificar a proteção à concubina. Considera tratar-se antes o concubinato de uma sociedade civil de natureza especial. Embora, ele próprio, entendendo que “o concubinato é um estado”,⁷⁴ sustenta que a sociedade não se presume do mesmo. Para o autor, “não nasce a sociedade, como no matrimônio, apenas pelo fato do concubinato; não cria o concubinato, por si só, nenhuma comunhão de bens ou de interesses”.⁷⁵ Acompanhando a jurisprudência dos tribunais brasileiros da época, afirma que a sociedade e comunhão de bens devem ser provadas.

Por fim, especialmente, tendo em consideração a linha nuclear desta tese, merece destaque o reconhecimento de efeitos jurídicos positivos do concubinato adulterino observados pela análise atenta de Bittencourt. Ele bem percebeu que a Lei de Acidentes do Trabalho abriu caminho para o reconhecimento de efeitos jurídicos ao concubinato adulterino, naqueles casos em que o desquite ou a separação de fato se deu por vontade da esposa legítima ou por culpa desta. Ressalta Bittencourt ser delicada a tarefa do juiz que deverá investigar e decidir com base na perquirição da culpa pelo desfazimento da sociedade

⁷² BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. II, p. 235 e 236.

⁷³ Bittencourt sinaliza que não raro, mesmo a antiga jurisprudência, mais favorável à concubina, não deixava “de examinar os aspectos como a união concubinária se estabeleceu, sobretudo em relação à esposa legítima separada. O Tribunal Federal de Recursos acolheu os seguintes fundamentos de sentença recorrida ao recusar razão a uma concubina: ‘Não houve, na espécie, desquite judicial e a esposa é pobre, tendo que viver de lavar roupa... Mas, pelo abandono em que a deixou o marido para sustentar a amante, achou o réu que ela perderia o direito à pensão porque não vivia na dependência econômica do *de cujus*. Embora, em direito social, a dependência econômica seja uma situação de fato e não jurídica, não pode, todavia, revogar as obrigações do marido, porque seria aplaudir atitude pouco abonadora deste.’” (BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**. v. II.. p. 237-238).

⁷⁴ BITTENCOURT, op. cit., p. 275.

⁷⁵ BITTENCOURT, op. cit., p. 277 e 278.

conjugal. O embate entre esposa e concubina revela-se espinhoso porque a lei é obscura em relação ao ônus da prova da culpa ou da inocência. Fato é que o mencionado autor evita referência a concubinato puro ou impuro.

2.2 Da família sem casamento: entre a pureza e a impureza

Ao se construir reflexão autônoma sobre a família sem casamento, os juristas brasileiros começaram a distinguir entre concubinato puro e impuro. Os precedentes que constituíram base para a Súmula 380 não reconhecem efeito ao concubinato, mas, sim, à sociedade de fato a ele subjacente. Logo, se para o ordenamento jurídico da época não se tratava de família, e a tutela jurídica prestada era, antes e tão somente, a uma dada sociedade de fato, não haveria razão para se cogitar da pureza e da impureza da referida relação.

A analogia com a sociedade de fato era ambígua e contraditória. Negava-se veementemente a existência de família, eram reconhecidos direitos tão somente aos partícipes do concubinato puro. Se na sociedade de fato é que o olhar jurídico punha sua atenção, em nada deveriam importar os fatores de natureza tipicamente familiar. Mas, em verdade, não foi o que ocorreu. A própria terminologia empregada — *puro e impuro* — denuncia a natureza do tratamento jurídico dado às uniões sem casamento.

A distinção entre pureza e impureza da relação concubinária, na dicção da doutrina que se formulou à época, além dos impedimentos para o casamento, recaía fundamentalmente na verificação da fidelidade da mulher. Mesmo em edições recentes da obra de Sílvio Rodrigues foi mantido o seguinte conceito de concubinato: “a união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implique uma presumida fidelidade da mulher ao homem”.⁷⁶ Ele entende que a fidelidade da mulher é elemento inafastável por duas razões: a evidência do propósito da vida em comum e a preservação da presunção *pater is est* em relação aos filhos que eventualmente venha a gerar durante o período da relação mantida com o companheiro.

Este requisito da necessária fidelidade da mulher ao homem para caracterização da pureza do concubinato, e, conseqüentemente, para a configuração da atual união estável, é por Sílvio Rodrigues ressaltado, pois, no seu entender, “dentre os vários elementos capazes de configurar a união estável, o que, realmente, parece fundamental para esse fim é a presumida

⁷⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**... p. 287.

fidelidade da mulher ao homem”.⁷⁷ Surpreende que concepção tão desconectada da principiologia constitucional, que molda o Direito de Família contemporâneo, tenha sido mantida em edições da obra de Silvio Rodrigues posteriores ao ano de 1988.

Esta visão em relação à necessária fidelidade da mulher ao homem, para caracterização do concubinato, é compartilhada por diversos autores que trataram do tema antes da Constituição de 1988. Luiz Pinto Ferreira define o concubinato como “a união estável e prolongada de homem com mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo pelos laços do casamento, revestindo-se, porém, tal união, necessariamente, de algum requisito, como a notoriedade, fidelidade da mulher e continuidade de relacionamento sexual.”⁷⁸ Sem qualquer constrangimento, a doutrina consagrou a fidelidade unilateral da mulher como elemento essencial à configuração do concubinato dito puro.

Em termos de sobrecarga posta sobre a concubina, merece, também, especial consideração a caracterização do concubinato puro formulada por Antônio Chaves. Segundo o referido autor, são cinco os elementos que, em conjunto, configuram o concubinato puro. O primeiro recai fundamentalmente sobre o papel da mulher: “união fiel, com dedicação recíproca e colaboração da mulher no sustento do lar, na sua função natural de administração e de provedora, não como mera fonte de disposição e de despesas.”⁷⁹ Sobressaem a fidelidade e o fato de que a mulher não pode ser tão somente *beneficiária* da manutenção masculina. Para constituir-se o concubinato puro, a concubina deve assumir a *função natural* esperada das mulheres, isto é, a de administração e provisão. Em segundo lugar, Chaves aponta a notoriedade, no sentido de que a manutenção de laços íntimos deve ser ostensiva. O terceiro elemento caracterizador do concubinato puro seria a duração relativamente prolongada. O quarto diz respeito à exigência de que “nenhum dos parceiros esteja vinculado por matrimônio válido, e até mesmo, por outro liame de barregania, e que não se trate de união incestuosa”.⁸⁰ Logo, o conceito de concubinato puro repulsa, até mesmo, a duplicidade de concubinatos, bem como a união entre pessoas que estão impedidas de se casar em razão do grau de parentesco. Por fim, como último requisito, indica a inexistência de compromissos recíprocos, isto é, a inexistência do casamento.

Ao tratar de distinguir entre concubinato puro e impuro, Álvaro Villaça de Azevedo indica que, comumente, a palavra *companheira* presta-se a designar “a concubina, no

⁷⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*.... p. 287.

⁷⁸ FERREIRA, Luiz Pinto. *Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 113.

⁷⁹ CHAVES, Antônio. *Lições de direito civil: direito de família*. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 12.

⁸⁰ *Ibid.* p. 12.

concubinato puro, e o vocábulo *concubina*, quando da união impura”.⁸¹ O concubinato impuro ou concubinagem, segundo Azevedo, ao contrário do puro, não deve merecer nenhum reconhecimento dos órgãos públicos, nem da sociedade, dele não surtindo qualquer efeito, salvo para o caso do concubino de boa-fé, como ocorre, também, no casamento putativo, para se evitar o enriquecimento sem causa.⁸² Os critérios de distinção e de exclusão de juridicidade para o fato social reforçam a condição de invisibilidade a que são relegadas pessoas que vivem situação subjetiva existencial que não se conforma à moldura jurídica previamente formatada.

A distinção entre concubinato puro e impuro, com denotada carga moralista, impõe o estabelecimento de *lugares de não-direito*, de desamparo, especialmente, à mulher, a quem desde as construções mitológicas é imputada a culpa pela impureza, pelo pecado. Como bem percebeu Ana Carla Harmatiuk Matos, a carga negativa e pejorativa atribuída ao concubinato é, sobretudo, dirigida à mulher na família não matrimonializada.⁸³ A diferenciação entre concubinato puro e impuro é reveladora de uma discriminação social incorporada como que naturalmente e sem ressalvas pelo discurso jurídico. A tonalidade das lições da dogmática mais conservadora deixa transparecer a concepção moralizante que deveria ser ocultada pela exatidão e assepsia de um discurso apenas ancorado na legalidade.

2.3 Do concubinato à união estável: instabilidades da transição

A união estável ainda não ganhou estatuto próprio, consentâneo com o tempo atual e com a ordem constitucional estabelecida a partir da Carta de 1988. Herdeira do concubinato, não se desvencilhou ainda da carga negativa inscrita em seu código genético. O instituto vai-se formando a solavancos. Há os que o impulsionam para uma refundação a partir da nova tábua axiológica fixada pelos princípios constitucionais, porém, há, e ainda em grande número, aqueles que buscam o sentido e o alcance do conceito de união estável nas bases em que se consolidou a noção de concubinato.

⁸¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2011. p. 166.

⁸² Ibid. p. 165.

⁸³ Para demonstrar o acento discriminatório da mulher, a autora destaca: “A título exemplificativo, observa-se trazer o dicionário Aurélio apenas o verbete concubina (no feminino) sendo: ‘mulher que vive amasiada com um homem; amante, amásia.’ Não diferentemente, consta no dicionário Michaelis a palavra concubina significando ‘mulher ilegítima, amásia, barregã’. Não há, nos mencionados dicionários, o verbete concubino (no masculino). A verificação desta ausência, nos dicionários, tem uma carga de significação relevante, quer pelo não reconhecimento da existência do substantivo masculino, quer pelo significado deferido na utilização deste substantivo no feminino”. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 42.)

Trata-se, portanto, de situar a união estável à margem do casamento, tendo-o como o grande referencial, para, a partir dele, caracterizá-la, ou de concebê-la como uma das formas de constituição de família, em pé de igualdade com o matrimônio, anteriormente, considerado o único meio idôneo a originar a família classificada como legítima.

O delineamento da união estável como instituto distinto do casamento e não vinculado aos estigmas do concubinato foi traçado por dois professores que sempre estiveram à frente de seu tempo e enxergaram peculiaridades da recém consagração constitucional da união estável como entidade familiar. José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz captaram elementos da união estável sem se enredar por equívocos grosseiros que até o presente dominam a legislação, boa parte da doutrina e a própria jurisprudência.

Em publicação de 1990, afirmavam: “o concubinato é, portanto, uma pura relação de fato”. Em razão desta percepção concluíam que, diferentemente do casamento, não é cabível a imposição de deveres para a união de fato. “Os concubinos não têm obrigação de vida em comum. De modo que esta se assenta na vontade do casal cotidianamente renovada. Por isso se diz com razão que na vontade de uma relação estável reside o elemento determinante do concubinato.”⁸⁴

Diferentemente do pensamento tradicional, sustentaram que as relações sexuais não podem ser exigência categórica para a configuração do concubinato e argumentavam que esta era questão da vida íntima dos casais, uma esfera protegida, que não poderia ser devassada pelo Estado juiz, senão quando o interesse público tornasse a interferência necessária. Para os civilistas cuja produção é tomada em análise, o concubinato, com a Constituição Federal de 1988, constitui uma relação de fato que, como o casamento, “entra igualmente no âmbito do juridicamente relevante”, pois, “a rigor não é essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento”. Isto significa, portanto, que “casamento e família são realidades diversas”.⁸⁵ A autonomia da união estável em relação ao casamento é clara para estes autores, pois sustentam: “o que interessa é a relevância social da relação de fato em si mesma, cujo substrato é a comunhão de vida (um *ménage* comum) estabelecida entre o homem e a mulher”.

Oliveira e Muniz, todavia, ponderam que o reconhecimento do fato social, no plano jurídico, não pode ter como consequência “submeter, autoritariamente, e de um modo geral, a união de fato às disposições do direito matrimonial. Como logo se vê, isso significa impor a

⁸⁴ OLIVEIRA José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família** – direito matrimonial. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 79.

⁸⁵ Ibid.. p. 89.

disciplina jurídica do matrimônio à convivência de duas pessoas que jamais manifestaram a intenção de casar. (...) O casamento é uma liberdade que compreende, por evidente, a liberdade de não se casar.” Houvesse esse pensamento orientado o codificador de 2002, não teria o Código Civil vigente enveredado por equívocos tão acentuados como os que marcam a regulação da união estável. A união estável não é casamento.

Os professores José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz vão mais longe. Repelem a distinção entre concubinato puro e impuro. Na verdade, sequer fazem referência a esses termos tão usuais em manuais de Direito Civil no Brasil. Analisando acórdão da lavra do Ministro Francisco Rezek, censuram a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal,⁸⁶ que entendeu não ser possível a existência de uma sociedade de fato entre um homem casado e sua companheira, em razão da jurisprudência que serviu de base para a Súmula 380, e a que se formou posteriormente, por haverem fixado que a noção de sociedade de fato só pode ser aplicável a concubinos desimpedidos. Lamartine Oliveira e Muniz perguntam “...justificar-se-á esta solução?”, para prontamente responder: “Cremos que não.”⁸⁷

Face à importância dos argumentos dos civilistas citados para os propósitos em evidência neste ensaio, estes devem ser transcritos na sua integralidade:

A decisão do Supremo Tribunal Federal é, a rigor, manifestação pontual de considerar o concubinato adúltero contrário à ordem pública e aos bons costumes, o que transparece na expressa referência “aos fundamentos da moral constituída” ou “a dupla meação em detrimento da família legítima”. Com efeito, se o imóvel tivesse sido adquirido por um sócio, por conta de uma sociedade de fato e em virtude de atos de gestão, com vista à formação de valores economicamente comuns, não se deixaria de tratar o sócio-não-proprietário como economicamente proprietário do patrimônio social. Esta é a ordenação básica. Ao afastá-la, o Supremo Tribunal Federal desconsiderou a situação comunitária, consubstanciada pela integração do trabalho dos companheiros, porque um deles era casado. Necessidades imperiosas de harmonia da ordem jurídica e da justiça dão razão ao voto vencido do Ministro Aldir Passarinho, pois, como salientara o Desembargador José Brison, “o bem, adquirido mediante esforço comum, não se comunica à esposa na sua totalidade, para que se considere imoral ou ilegal a participação da concubina, porque essa comunicação apenas se faz na parte que corresponde ao marido, afastado o quinhão da concubina. Embora único o bem, comportava divisão e na parte restante é que poderá ser objeto de meação da esposa”.⁸⁸

No entendimento esposado pelos referidos autores estava condensada e em germe a tese que ora se busca sustentar. Perceberam com absoluta lucidez que havia notória contradição na aplicação da Súmula 380, tão somente, para os casos em que não ficasse caracterizado o

⁸⁶ O acórdão analisado recebeu a seguinte ementa: “CONCUBINA. PARTILHA PATRIMONIAL. RÉU CASADO. COMPREENSÃO DA SÚMULA 380. A ação de partilha patrimonial promovida pela concubina não pode prosperar se o réu é casado, visto que tanto conduziria ao despropósito da dupla meação. A súmula 380, interpretada à luz da jurisprudência que lhe serviu de base, e daquela que lhe sobreveio, refere-se a concubinos desimpedidos.” (STF, RE 103775-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho. DJ: 19.12.1985).

⁸⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*.... p. 118.

⁸⁸ *Ibid.* p. 119.

concubinato adúltero. Se o que estava em consideração era a sociedade de fato e não a família formada pelo concubinato, não fazia sentido suscitar a questão do impedimento ou desimpedimento dos concubinos.

Esta compreensão, todavia, embora consequente e solidamente fundamentada na mais avançada doutrina estrangeira, não logrou ser hegemônica. Ao contrário, bom número de civilistas tem insistido na distinção entre o concubinato puro e impuro, na transposição dos deveres do casamento para a união estável, e na classificação desqualificadora de dadas situações subjetivas de convivência amorosa, para marginalizá-las da tutela jurisdicional do Estado.

2.4 Código Civil de 2002: ambiguidades remanescentes

O ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere à regulamentação das relações de família, vive verdadeiro paradoxo. De um lado, a Constituição Federal, superando o modelo de família originada exclusivamente do casamento, consagrou o princípio da *pluralidade de entidades familiares*, e, de outro, o sistema do Código Civil de 2002 — ainda que, por exemplo, trate da união estável, ressuscitou a noção de *concubinato* que parecia já definitivamente superada pela Constituição Federal e pelas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996.⁸⁹ Ao que anteriormente era designado como concubinato impuro o Código Civil de 2002 denominou simplesmente *concubinato*, consagrando a seguinte definição legal em seu art. 1.727: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

A regulação da união estável pelo Código Civil de 2002 tem merecido severas críticas, tanto no que se refere à matéria da conjugalidade surgida de tal relação, como também no que respeita à matéria sucessória. Cabe, neste espaço, somente, reflexão sobre o concubinato, reconsagrado pelo já referido art. 1.727 do Código Civil.

A primeira crítica que aflora refere-se à redação deste dispositivo do Código Civil, posto que faz configurarem concubinato as relações não eventuais entre pessoas impedidas de se casarem,⁹⁰ contrariando o próprio art. 1.723 que, em seu parágrafo primeiro, admite a união

⁸⁹ A este respeito escreveu Luiz Edson Fachin: “Antes tratava-se do concubinato, suas formas e espécies, efeitos jurídicos de um fato. Não mais agora. A questão não é apenas semântica, é histórica, cultural e jurídica. (...) E aí não há mais lugar legítimo para a designação do concubinato”. (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família** – curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 62-63)

⁹⁰ A noção de que o reconhecimento da união estável somente seria possível entre pessoas para as quais não houvesse impedimento para o casamento apareceu, inicialmente, na reflexão de alguns civilistas. Por exemplo, Guilherme Calmon Nogueira da Gama especifica a figura dos *concubinos em sentido estrito*, distinguindo-a do companheirismo, e sustenta que “para a existência do companheirismo, não é possível a presença de qualquer impedimento matrimonial entre os

estável entre os companheiros, ainda que um ou ambos sejam casados, bastando que estejam separados judicialmente ou de fato. Quem é separado judicialmente ou de fato está impedido de contrair novo casamento, mas, ao estabelecer união de fato, esta enquadrar-se-á na moldura da união estável e não do concubinato, como, contraditoriamente induz a leitura do dispositivo legal tomado em consideração.⁹¹

Ainda que truncada a redação, o art. 1.727 do Código Civil prestou-se a reforçar a distinção entre concubinato puro e impuro.⁹² Nas palavras de Zeno Veloso, ao comentar o referido dispositivo, “concubinato, assim, sem adjetivação alguma, é a figura que, no passado, para distinguir do concubinato puro — atualmente chamado companheirismo ou união estável — denominava-se concubinato impuro.”⁹³ Tão ambíguas quanto a lei têm sido as conclusões ou consequências que dela são extraídas. Zeno Veloso mesmo assevera que “o concubinato não gera direito e deveres nem produz os efeitos da união estável. Isto não quer dizer, todavia, que o concubinato não produz qualquer efeito”.⁹⁴ A solução que sugere é a aplicação da antiga Súmula 380 do STF, isto é, a tutela da sociedade de fato e não da família.

A desclassificação da condição de família fica clara ao longo de sua reflexão: “Se o concubinato viola a moral, ofende os bons costumes, afronta os princípios das **verdadeiras entidades familiares**, não é por isso que se vai permitir que ocorra a exploração humana, que um dos concubinos enriqueça e prospere financeiramente, reduzindo-se à miséria o outro...” Se existem famílias que são verdadeiras é porque existem as que são falsas ou apenas arremedos de família. Assim, “a união estável é entidade familiar que, na constituição e nos efeitos, é regulada pelo Direito de Família; o concubinato, conforme o caso concreto, pode determinar efeitos patrimoniais, disciplinados pelo Direito das Obrigações”.⁹⁵

companheiros, já que do contrário estar-se-ia estimulando a proliferação de ‘uniões estáveis’ em detrimento das uniões matrimoniais, o que não é o desejo constitucional.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo** – uma espécie de família. 2 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 545). Nesta perspectiva de análise, a possibilidade da conversão da união estável em casamento prevista na Constituição Federal seria um indicativo de que ao casamento é consagrada valoração superior àquela endereçada à união estável. Em outro trecho de sua obra o autor é ainda mais contundente: “De maneira sucinta: o casamento é estimulado pela Constituição Federal, ao passo que o companheirismo é reconhecido no próprio texto, sendo que ambos, como instrumentos, devem atender ao objetivo constitucional de promoção da dignidade da pessoa dos seus partícipes. E, neste sentido, ao casamento ainda é reservada posição de destaque, representativa do ideal de união entre pessoas de sexos diferentes como um projeto de vida familiar comum.” GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo** – uma espécie de família. 2 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 79).

⁹¹ A crítica à redação é referida, entre outras, nas seguintes obras: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo código civil. Vol. XX:** da união estável, da tutela, da curatela. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 219; LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

⁹² Álvaro Villaça de Azevedo, ao comentar o referido dispositivo diz: “Certamente que esse artigo trata do concubinato impuro ou adúltero”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 421).

⁹³ VELOSO, Zeno. **Código civil comentado:** direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela: arts. 1.694 a 1.783, vol. XVII. São Paulo: Atlas, 2003. p. 155.

⁹⁴ *Ibid.* p. 156.

⁹⁵ *Ibid.* p. 156.

Ainda que faça críticas à construção gramatical, Rodrigo da Cunha Pereira conclui que “a redação do art. 1.727 traduz, em suma, uma evolução do pensamento doutrinário e jurisprudencial, que veio se fazendo ao longo das últimas décadas, especialmente após a Constituição da República de 1988. Em outras palavras, concubinato é um gênero que comporta duas espécies: o concubinato não-adulterino, denominado então de união estável, e o concubinato adulterino a que podemos nomear de concubinato propriamente dito.”⁹⁶ Não é possível concordar com tal leitura. O referido dispositivo é indicativo de retrocesso e não de evolução.

Não há como pensar o concubinato, previsto no Código Civil de 2002, sem retroagir ao passado de desclassificação da família não-matrimonializada que só encontrava amparo por meio de uma analogia forçada com a sociedade de fato, porém, como família, jamais vista ou considerada. A mesma experiência de discriminação se dá em relação à união de pessoas do mesmo sexo, consagrada atualmente pela expressão *união homoafetiva*. Em que pese a importante decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132,⁹⁷ reconheceu como união estável aquela formada entre pessoas do mesmo sexo, não faz muitos anos, o Superior Tribunal de Justiça ainda consagrava entendimento segundo o qual a dissolução de união entre pessoas do mesmo sexo constituía matéria de competência das varas cíveis, por se tratar de relação meramente obrigacional, e não das varas de família.⁹⁸

⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo código civil. Vol. XX:** da união estável, da tutela, da curatela. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 218.

⁹⁷ No dia 05 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal, julgando a ADPF 132 e a ADI 4277 reconheceu a união homoafetiva – aquela formada por pessoas do mesmo sexo – como entidade familiar e sendo que dela devem decorrer todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, consagrada no art. 226, § 3º da Constituição Brasileira e no art. 1.723 do Código Civil.

⁹⁸ “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações. 2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares. 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família. 4. Recurso especial não conhecido”. (STJ – REsp. 502995 / RN. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Data de Julgamento: 26/04/2005. DJ 16/05/2005 p. 353). Atualmente, isto é, depois de cinco ou seis anos, o Superior Tribunal de Justiça mudou completamente seu entendimento, conforme demonstra ementa de acórdão a seguir transcrita: “CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA. 1. A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas. 2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido. 3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo. 4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 5. A Lei

O signo da desqualificação e, portanto, da marginalização de determinadas famílias parece imperceptível a muitos civilistas, mesmo para alguns daqueles que advogam posições reconhecidas como muito avançadas por uma esmagadora maioria reacionária às transformações da percepção jurídica das famílias contemporâneas.

A noção de *concubinato*, reforçada pelo Código Civil de 2002, consagra-se, pois, como um estatuto de exclusão, expulsando do âmbito de proteção entidades familiares que — por força do art. 226 da Constituição Federal, e, fundamentalmente, em razão do princípio da dignidade humana — deveriam merecer especial tutela do Estado.

2.5 União estável: por uma nova conjugalidade desvencilhada do casamento

Considerado o princípio da pluralidade das entidades familiares, consagrado pela Constituição Federal de 1988, fazem-se prementes a construção doutrinária e a jurisprudencial que desvinculem a união estável do casamento. Como o casamento civil foi, por um longo período, o único meio de constituição de família reconhecido juridicamente, veio a se converter em referencial quase que natural e impositivo para o tratamento de toda e qualquer conjugalidade.

Mesmo depois de bom tempo da consagração da tábua principiológica fixada pela Constituição, o legislador, o doutrinador e a jurisprudência de um modo geral, ainda, pensam a conjugalidade a partir dos moldes do casamento. Daí resulta a dificuldade histórica, diga-se — de construção jurídica autóctone da conjugalidade no âmbito da família não fundada no casamento.

Verifica-se que houve como que uma imediata e irrefletida transposição de peculiaridades do casamento para a união estável, que nada têm em comum com a nova situação jurídica. Conquanto a experiência de uniões permanentes fora do casamento seja tão remota como são as instituições matrimoniais primitivas, certo é que a sua elevação a entidade familiar merecedora de tutela estatal é demasiado recente. Por esta razão, ainda não se desenvolveu, suficientemente, reflexão sobre este novo arranjo familiar, independente de uma visão contaminada pelo instituto do casamento.

Tanto é assim, que a própria Constituição estabeleceu que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Uma primeira leitura do texto constitucional pode levar à

Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual. 6. Recurso especial desprovido. (STJ – REsp 827962 / RS. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Quarta Turma. Data de Julgamento: 21/06/2011. DJe 08/08/2011).

conclusão de que o reconhecimento da união estável como entidade familiar é uma mera condescendência para com aqueles que não formalizaram suas famílias pelos vínculos do casamento. Pode ser que, na mentalidade do constituinte, esta fosse mesmo a noção subjacente ao enunciado. Mas a Constituição é dinâmica e sua força resulta de sua própria interpretação sempre atualizada.

Nesta direção, apontou a interpretação que Paulo Luiz Netto Lôbo deu à locução “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Para o civilista, não existe, na frase, qualquer valor de juízo ou de comparação que coloque o casamento num grau hierárquico superior à união estável. Não se pode deduzir da expressão constitucional qualquer primazia para o casamento. Segundo ele, o comando constitucional não é dirigido aos jurisdicionados de um modo geral, como se o Estado se intrometesse na vida privada a dizer para cada brasileiro qual a melhor forma de ele constituir família. O comando constitucional é, antes, dirigido ao legislador infraconstitucional para que este, ao elaborar as leis, não coloque obstáculos à transformação de uniões estáveis em casamentos.⁹⁹ Não se trata de comparação valorativa, mas, sim, de instrução operacional. Nada mais.

Esta compreensão da norma constitucional revela-se como verdadeira premissa para o desenvolvimento de substancial reflexão jurídica sobre a união estável. Enquanto a união estável for tratada como uma derivação do casamento ou como um *quase-casamento*, as formulações jurídicas a seu respeito serão defeituosas.

Necessário é ter em vista que a união estável constitui fato social da maior relevância. Não se trata de *excepcional acidente* à normalidade das uniões matrimonializadas. Os dados do IBGE revelam número expressivo de conformações familiares fundadas na união estável.¹⁰⁰ Isto já seria razão suficiente para que esta situação fática, colhida por alguns doutrinadores como ato-fato¹⁰¹ — mas, que, em verdade, revela-se propriamente como relação jurídica de

⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, n° 12, p. 40-55, jan./mar. 2002. p. 43.

¹⁰⁰ O Censo de 2010 indica que 36,41% dos brasileiros vivem em união estável, 42,92% são casados civilmente e no religioso; 17,24% são casados apenas perante Cartório de Registro Civil e 3,43% são casados apenas perante autoridade religiosa e, portanto, () vivem também em união estável, nos termos da lei. (Dados dos Resultados Preliminares da Amostra – Tabela 3329 – Site do IBGE: www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=3329&z=t&o=1&i=P. Consulta em 21/12/2011)

¹⁰¹ Paulo Luiz Netto Lôbo considera a união estável como ato-fato jurídico, indicando que “no ato-fato jurídico, a vontade está em sua gênese, mas o direito a desconsidera e apenas atribui juridicidade ao fato resultante”. (LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 169). Este enquadramento da união estável como ato-fato jurídico não parece coadunar com a caracterização que Pontes de Miranda emprestou à noção de ato-fato. De forma elucidativa explicou: o “ato humano é fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela *vontade* do homem. Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, *licito* ou *ilícito*, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação ‘fato homem’), com que se elide o último termo da primeira relação e o

direito pessoal de natureza familiar¹⁰² — recebesse sério tratamento jurídico que considere suas peculiaridades e sua complexidade. Não é admissível nem tão pouco honesto do ponto de vista acadêmico, bem como da perspectiva jurídico-prática, simplesmente, transpor para a união estável as formulações seculares construídas em torno do casamento.

Para enfrentamento da questão nuclear proposta como tese, é imprescindível, ainda que de forma pontual, demarcar contornos próprios da união estável. Tais demarcações permitirão reavaliação levada a efeito, no último capítulo, sobre a aplicação do princípio da monogamia às situações jurídicas caracterizadas como união estável.

Nas relações não-matrimonializadas reconhecidas, juridicamente, como constitutivas de família, sob a designação de *união estável*, pode ser considerada, atualmente, entre suas características, a desnecessidade de formalização contratual e cartorial.¹⁰³

O contrato escrito constitui mera faculdade para os companheiros regularem os aspectos patrimoniais de sua relação familiar. Todavia, a união estável independe, absolutamente, de qualquer termo e registro. Diferentemente do casamento, que tem existência jurídica em decorrência de um negócio solene, a união estável, em regra, obtém relevância jurídica *a posteriori*. Todavia, quando o casamento é tomado como paradigma, é verificada a tendência da união estável tornar-se cartorial.

A união estável é expressão de uma relação muito mais flexível e fluída. Ela existe e tem potencialmente a virtude de produzir efeitos jurídicos, sem qualquer declaração formal constitutiva. A união estável põe em cheque conceitos consolidados pela doutrina, quando se tinha em vista apenas o casamento. A questão acerca do *status familiae* do companheiro, por exemplo, revela-se complexa. Segundo ensina Orlando Gomes, o estado é uno e indivisível,¹⁰⁴

primeiro da segunda, pondo-se entre parênteses o *quid* psíquico, o ato-fato (independente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato.” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.) Geralmente do ato-fato são exemplo a especificação, como a pintura de um quadro, ou a produção literária e artística, etc.

¹⁰² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** – plano da eficácia. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁰³ Diferentemente do sistema brasileiro, o direito francês só admite a união estável realizada mediante contrato. O chamado pacto civil de solidariedade (PACS). Assim dispõe o art. 515 do Código Civil francês: “*Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.*” (Tradução livre: O pacto civil é um contrato celebrado entre duas pessoas naturais maiores, de sexo oposto ou do mesmo sexo, para organizar sua vida comum).

¹⁰⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 169. Na mesma direção segue o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira: “A indivisibilidade e a unidade do estado provém de ser ele a qualificação do indivíduo na sociedade. Não pode, v.g., um indivíduo, simultaneamente, ser casado e solteiro, como também não pode ser filho de dois pais ou de duas mães. Informam a indivisibilidade do estado duas categorias de princípios, uns de ordem natural e outros de ordem pública. (...) A ordem jurídica requer a certeza da qualificação individual e determina que os fatos constitutivos ou modificativos do estado sejam inscritos no Registro Civil, para que dele resulte, com sentido de ordem pública, a circunstância de ser o estado uno e obrigatoriamente reconhecido por todos na sociedade.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil (Vol. I)**. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 267 e 268)

assim, não poderia uma pessoa ter ao mesmo tempo o *status familiae* de *companheiro* e de *casado* ou, simultaneamente, o *status* de *separado* e *companheiro*. Para Caio Mário da Silva Pereira, o *status familiae* é matéria de ordem pública, logo, todos os fatos constitutivos ou modificativos de estado devem ser objeto de inscrição no Registro Civil.¹⁰⁵

Como a união estável não depende de qualquer registro para sua conformação, ou se concluirá que seu estabelecimento não altera o *status familiae* das pessoas que passam a viver em tal condição — e são mantidos os princípios já consagrados, os quais se ajustam perfeitamente ao casamento, ou se admite que a união estável altera o *status familiae* dos companheiros — passando a existir um *status familiae* registral e outro de fato. A *certeza* jurídica presumida do estado da pessoa pelos doutrinadores clássicos do Direito Civil brasileiro ficaria grandemente prejudicada neste último caso.

Não parece razoável a pretensão por parte de alguns doutrinadores de se reconhecer *status familiae* à condição de *companheiro*. Maria Berenice Dias, por exemplo, assevera que “está mais do que na hora de definir a união estável como modificadora do estado civil, única forma de dar segurança às relações jurídicas e evitar que os conviventes sofram prejuízos...”¹⁰⁶. Ao contrário do que afirma, a identificação pelo *status* de *companheiro*, em certos casos, é que pode gerar insegurança jurídica. Se alguém é separado de fato, qualificar-se-á como *companheiro*, sendo, pelo registro civil, *casado*? Dias entende que sim, e vai além: “Finda a união pela morte de um dos parceiros, o sobrevivente deve-se identificar como *viúvo*. Desarrazoado que tenha de se qualificar como *solteiro* ou até como *casado*, se eventualmente estivesse somente separado de fato, quando da constituição da união estável.”¹⁰⁷

Não é possível, neste ponto, o alinhamento com a posição de Maria Berenice Dias. A união estável, embora seja conformadora da família tanto quanto o casamento, sem qualquer distinção hierárquica, encerra natureza jurídica distinta. O *status familiae* tem referência no registro civil. Pretender que a união estável produza efeitos no *status familiae* implica seu atrelamento ao modelo formalista do casamento. Levada às últimas consequências a afirmação de Maria Berenice Dias, aos conviventes dever-se-ia assegurar a faculdade de fazer inscrever no Registro Civil sua condição de *companheiros*, averbando tal *status*, conforme o caso, na certidão de nascimento ou de casamento, da mesma forma que se averba o divórcio ou a viuvez. Definitivamente, não parece ser o caso. E, isso, por uma razão simples: a união

¹⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* (Vol. I)... p. 269.

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 175.

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 175.

estável pode ser convertida em um arremedo de casamento. Ao contrário, a ela deve ser aberto espaço próprio, adequado às suas características de informalidade.

Neste aspecto, o modelo brasileiro de união estável é diferente do francês. Como antes referido, na França, só é reconhecida a união estável se houver a formalização do *pacto civil de solidariedade – PACS*, previsto no Código Civil daquele país, em seus artigos 515-1 a 7. A *união estável* ou *parceria civil* só é reconhecida como tal em razão de declaração conjunta, devidamente inscrita perante órgão de registro.¹⁰⁸ Como demonstrado anteriormente, há razões históricas para que, no Brasil, a união estável tenha a natureza jurídica de ato-fato e não de contrato. O Direito Civil brasileiro não deve ser subserviente a modelos alienígenas. Deve seguir destino próprio, amoldando-se às demandas características e à dinâmica da realidade social brasileira.

Se reconhecida como tal apenas a união estável formalizada por contrato, um sem número de relações familiares, no Brasil, ficaria ao desamparo da tutela estatal. A inclusão da união estável entre as entidades familiares merecedoras de garantias e proteção constitucional teve como objetivo, exatamente, trazer para o âmbito da tutela legal um expressivo percentual de situações jurídicas de conjugalidade não formalizadas pelo casamento. Trata-se, portanto, no sistema constitucional brasileiro, de instituto de inclusão.¹⁰⁹ Por ele estendeu-se foro de cidadania a quantidade imensa de relações que estavam relegadas ao *status* de concubinato.

Por outro lado, não se justifica a transposição pura e simples dos impedimentos do casamento para o âmbito da união estável, como o fez o Código Civil de 2002.¹¹⁰ Se a união estável constitui relação jurídica de direito pessoal de natureza familiar, reconhecida

¹⁰⁸ É o que dispõe o art. 515-3 do Código Civil francês.

¹⁰⁹ Nesta direção, valiosas são as observações de Luiz Edson Fachin, ao tratar das leis que regularam, num primeiro momento, a união estável: “Quando presente na maior parte das populações carentes, o gesto de eleição é uma ficção. Pois bem: não casar é um ato de liberdade para os ‘livres’, os que têm patrimônio, contratam e testam, e aí sim, gozando desse discernimento econômico, social e cultural, não casar é uma opção por não se matrimonializar. Elitista e equivocada a crítica segundo a qual a nova legislação é exageradamente concessiva. Deixar ao sabor das circunstâncias a regulação destas relações é sustentar que prevaleça a opressão do mais forte (econômica e culturalmente) sobre o mais fraco. No reverso da crítica ácida à intervenção do Estado, o paradoxal elogio de uma sociedade patriarcal e da predominância dos interesses da linhagem masculina.” (FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família – curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 67)

¹¹⁰ Ao regular a união estável o codificador fez incluir o parágrafo primeiro ao art. 1.723, que assim dispõe: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”. Por sua vez, o art. 1.521 arrola os impedimentos do casamento, todos impedimentos absolutos, que restaram assim definidos: “Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”.

juridicamente, de regra, *a posteriori*, a aplicação de impedimentos matrimoniais para descaracterizar sua constituição é, no mínimo, remissão indevida ao casamento.

A união estável se apresenta como situação subjetiva de conjugalidade sem casamento. Ainda que se concorde com Paulo Luiz Netto Lôbo, no sentido de que a união livre deixou de existir à medida que foi regulada pelo Estado,¹¹¹ sua regulação não pode prestar-se a convertê-la em uma subespécie de casamento. O excesso de regulação implicaria a morte da união estável, a destruição de sua essência. Adverte Pietro Perlingieri: “É necessário cautela para individuar os elementos sem os quais a família não fundada no casamento não seria tal. Mais correto é ter consciência de que existem diversos modelos de família não fundada no casamento. As razões colocadas na base da família de fato são várias: razões ideológicas, contestadoras do sistema, ligadas a situações econômicas e de abandono cultural, à falta de confiança.”¹¹² Desta forma, quando os requisitos de validade do casamento são apreendidos em seu conjunto, com uma única exceção, para se converterem em critérios impeditivos de constituição de união livre, fica evidenciada tendência de se tomar o casamento como paradigma maior.

A união estável, porém, não é casamento. A chamada Lei dos Conviventes, Lei 9.275/96, que tinha como objetivo regulamentar o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, estabeleceu simplesmente: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Não havia, pois, na referida lei qualquer menção ao estado civil dos conviventes ou aos impedimentos do casamento.

Desta descrição legal da união estável a doutrina deduziu o entendimento de que, para sua caracterização, quatro requisitos apenas se colocam: a continuidade, a durabilidade, a notoriedade, e o objetivo de constituir família, sendo este último de natureza subjetiva. O primeiro refere-se ao lapso temporal, para que um relacionamento efêmero e circunstancial não seja caracterizado como união estável. Não há prazo pré-fixado na Lei. Das circunstâncias do caso concreto é que o juiz verificará a presença do requisito da continuidade. De qualquer sorte, ela está vinculada ao lapso temporal. Já a durabilidade diz respeito à permanência ou constância da união. Uma série de meros encontros, ao longo de muitos anos, não faz presente a durabilidade requisito indispensável à caracterização da união estável. Por sua vez, a notoriedade ou ostensibilidade indica a não-clandestinidade do relacionamento. Assim, os

¹¹¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 168.

¹¹² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 997.

companheiros devem ser reconhecidos como um núcleo familiar no meio social por eles frequentado.

Um último requisito, de natureza subjetiva, soma-se aos três objetivos, isto é, a intenção de constituir família. Este elemento volitivo, todavia, independe de uma declaração e de sua formalização por meio contratual, como anteriormente referido. Este requisito subjetivo, teleológico, é captado objetivamente do conjunto de fatos que conformam a união estável.

Estes elementos são suficientes para a caracterização da união estável. A união estável, juridicamente, só é reconhecida *a posteriorius*, ao contrário do casamento, para o qual, em razão de ser negócio jurídico formal e datado, os impedimentos se apresentam como *prius*. Logo, não faz sentido transferir para a união estável tais requisitos, pois, como bem ensina Luiz Edson Fachin, “admitindo-se a pluralidade familiar insculpida na Constituição, aquele modelo do companheirato não devia se ajustar, a qualquer custo, às molduras já conhecidas. A família é, antes de tudo, uma realidade sociológica”.¹¹³

Sendo a família, antes de tudo, uma realidade sociológica, não pode o Direito Civil negar sua existência jurídica, quando a existência sociológica constitui dado incontestável. Presentes os requisitos de continuidade, durabilidade, notoriedade e o elemento teleológico, isto é, o objetivo de constituir família — todos claramente de matiz sociológico — existe uma família no mundo dos fatos. Esta não pode ser juridicamente invisível. Desta forma, a transposição dos impedimentos matrimoniais para o âmbito da união estável, convertidos em elementos impeditivos da sua constituição, revela-se totalmente incongruente.

Ponderou Maria Berenice Dias, em forma clara e contundente, acerca da assertiva contida no § 1º do art. 1.723 do Código Civil, que dispõe: “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521.” Diz: “... em que pese a proibição legal, se ainda assim a relação se constitui, não é possível dizer que ela não existe”.¹¹⁴ Seus argumentos indicam na direção de que não há como o Estado dizer se um fato existe ou não. Não há como negar a existência de uniões incestuosas, nem tão pouco daquelas estabelecidas entre pessoas impedidas de casar, em virtude de casamento anterior e laços de parentesco por afinidade na linha reta. Sustenta a autora que “tais relações estão sujeitas à reprovação social e legal, mas, nem por isso há algum meio de coibir sua formação. Como existem, não há como ignorá-las”.

¹¹³ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família** – curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 74.

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 176.

O fio condutor da reflexão de Maria Berenice Dias aponta no sentido de que negar existência à união estável, ao argumento da ausência de requisitos objetivos de sua caracterização, trazidos dos impedimentos matrimoniais, implica condenar tal vínculo à condição de invisibilidade, gerando irresponsabilidade e ensejando o enriquecimento sem causa em favor do outro. “O resultado é mais que desastroso, é perverso: nega divisão de patrimônio, desonera de obrigação alimentar, exclui direito sucessório. (...) Estar à margem do direito traz benefícios, pois não impõe nenhuma obrigação. Quem vive com alguém por muitos anos necessita dividir bens e pagar alimentos. Todavia, àquele que vive de modo que a lei desaprova, simplesmente, não advêm qualquer responsabilidade, encargo ou ônus”.¹¹⁵

É de todo evidente que tomar os impedimentos matrimoniais como critérios autorizadores do reconhecimento da união estável constitui mecanismo de exclusão de tutela jurisdicional que não mais se justifica ante a principiologia constitucional.

A união estável é primeiro e fundamentalmente um fato sociológico que o Direito colhe como relevante à produção de certos efeitos jurídicos. Logo, não devem ser aplicados à união estável os impedimentos do casamento, como quis o codificador de 2002.¹¹⁶ Trata-se de um grande equívoco a opção do legislador. O Código Civil de 2002 segue à deriva da rota indicada pela melhor doutrina.

Na vigência da Lei dos Conviventes, Lei 9.275/96, ensinava Luiz Edson Fachin que não havia mais “lugar legítimo para a designação do concubinato” e, mais adiante, acrescia: “Sentido algum permanece na divisão do concubinato, levando-se em conta a existência ou não de impedimentos matrimoniais. Uma página virada da história jurídica da família no Brasil.”¹¹⁷ Infelizmente, a página foi apenas, temporariamente, virada. O concubinato acabou ressuscitado pelo Código Civil de 2002 em consideração e deferência explícitas aos impedimentos matrimoniais.

¹¹⁵ Ibid. p. 176.

¹¹⁶ Ainda que visíveis os ranços de conservadorismo do Código Civil de 2002, nele, também, já se destacam indícios da superação de uma aplicação estrita do princípio da monogamia. A circunstância de alguém ser separado judicialmente ou apenas de fato constitui impedimento para o casamento, nos termos do inciso VI do art. 1.521 do Código Civil. No entanto, tal circunstância não se revela como fator impeditivo ao reconhecimento da união estável, conforme dispõe o § 1º do art. 1.723 do Código Civil. Logo, se um homem casado, desde que separado judicialmente ou apenas de fato, constituir união estável, essa nova família merecerá plena tutela do Estado. O casamento existirá porque o vínculo matrimonial somente se extingue pelo divórcio, pela anulação ou pela morte, e, ao mesmo tempo, existirá e será reconhecida a união estável. Pode-se afirmar que, neste caso, há, evidentemente, marcado arrefecimento do princípio da monogamia. Privilegia-se a realidade fático-social da família e não a formalidade do matrimônio.

¹¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família** – curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 63 e 64

Se a reflexão desenvolvida permite a conclusão de que a união estável é antes de tudo um fato sociológico — que dispensa pactuação formal e registro, e que, sendo esta sua natureza, constitui-se independentemente de qualquer impedimento matrimonial, podendo mesmo contrariá-los totalmente — impõe-se a conclusão de que a regra da monogamia não alcança a união estável. Esta assertiva será devidamente aprofundada no quarto capítulo.

Na mesma linha de pensamento, impõe-se crítica à transposição dos deveres do casamento para a união estável.¹¹⁸ Contaminado pelo paradigma do casamento, o legislador fez tal arranjo sem a devida reflexão e, também, revelou-se desatento às peculiaridades desta relação de conjugalidade sem casamento. Antes mesmo que entrasse em vigor o Código Civil de 2002, a indevida ingerência regulatória estatal, no âmbito das relações não fundadas no casamento, mereceu veemente crítica.¹¹⁹

A operação legislativa é impertinente e, igualmente, inócua. Impertinente porque, como bem opinou Maria Berenice Dias, “parece que o Estado, com sua onipotência, olvida que são os vínculos e pactos íntimos que ligam o par, e não as imposições sociais ou os mandamentos legais que o mantêm unido.”¹²⁰ O comando legislativo é desprovido de força porque, muito embora enunciado como dever jurídico entre os companheiros, não tem como ser imposto. Falta-lhe cogência, elemento essencial e subjacente à ideia de dever.

O dever de fidelidade é referido no art. 1.724 do Código Civil como dever de *lealdade*. Não sendo utilizada a mesma palavra de que se lança mão para definir o dever do casado, isto é, a fidelidade, poder-se-ia concluir que o legislador reconheceu que a fidelidade não constitui dever entre os companheiros.¹²¹ Ou poderia ainda ser interpretada a palavra *lealdade* como um eufemismo de *fidelidade*. Não constituindo a união estável casamento, o dever dos

¹¹⁸ Os deveres dos companheiros foram estabelecidos pela primeira vez na Lei 9.278/1996, que, em seu art. 2º, preconizou: “São direitos e deveres iguais dos conviventes: I - respeito e consideração mútuos; II - assistência moral e material recíproca; III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns”. Por sua vez, o Código Civil, além destes, acresceu mais um. Assim, dispõe seu art. 1724: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

¹¹⁹ DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e cidadania** – o novo CCB e a vacatio legis (Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família). Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 301 – 308.

¹²⁰ DIAS, Maria Berenice. **A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável....** p. 303.

¹²¹ Nesta direção, inclusive por vezes se encaminha a jurisprudência: “União Estável – Reconhecimento – Coabitação Inexistente e Infidelidade. O hábito da moradia na mesma casa não é, no tempo atual, indispensável para a diferenciação da relação séria relativamente à aventura passageira. A fidelidade, que é dever nem sempre cumprido do casamento, não é condição indispensável para a caracterização da união estável. Reconhece-se a união estável quando é evidenciada a convivência duradoura e contínua dos companheiros como uma entidade familiar (TJMG, AC 1.0797.97.002504-5/001, 4ª Câm. Cív., rel. Des. Almeida Melo, j. 21.05.2008)”.

companheiros não seria de fidelidade, propriamente, mas de algo similar, que ainda está para ganhar densidade conceitual.

Fato é que a fixação de tal dever é desnecessária. Na hipótese de um dos companheiros descumprir o dever de fidelidade, que consequência resultará de tal ato? Evidentemente, não há como o credor da obrigação negativa buscar a tutela específica do Estado, para que o juiz, por exemplo, imponha multa diária pelo não cumprimento de ordem judicial de abstinência de relacionamento sexual fora da união estável. Mesmo para as ações de dissolução de união estável, o descumprimento do dever de fidelidade/lealdade constitui irrelevante jurídico. O rompimento da união estável revela-se como direito potestativo que pode ser exercido, a qualquer momento, independentemente da observação de qualquer requisito prévio. Desprovida de sentido, portanto, qualquer alegação de descumprimento do dever de lealdade. Tal dever imposto à união estável revela-se como mera petição de princípio. Disposição legal retórica que, todavia, traz subjacente norma de natureza moralista ancorada na ideia da monogamia.

Exercício coerente, na linha da construção de uma dogmática crítica, no que concerne à união estável, deve, necessariamente, recusar a transposição simplista dos deveres típicos do casamento para esta relação marcadamente informal. Sendo a união estável realidade sociológica — () que o ordenamento jurídico brasileiro admite, *a posteriori*, como relação jurídica de direito pessoal de natureza familiar, para imputar-lhe efeitos jurídicos — não há como, logicamente, atribuir deveres aos companheiros que a integram. A união estável situa-se fundamentalmente na instância do ser e só, secundariamente, no *locus* do *dever ser*.

Ainda que a juridicidade da união estável não seja percebida, cronologicamente, como um *posterius*, ela o é logicamente. Não há como impor deveres para o que é. Os deveres somente têm lugar no campo do *dever ser*. O dever de fidelidade/lealdade, associado tradicionalmente ao princípio da monogamia, é desprovido de sentido na união estável. A ordem jurídica pode ou não reconhecer efeitos à situação fática coexistencial, que venha a ser caracterizada como união estável, mas não tem como de forma lógica estabelecer efetivos deveres jurídicos para os partícipes de tal relação.

A autonomia e recorte próprio que a união estável adquire à medida que vai, gradativamente, descolando-se do casamento, trazem inquietações e problemas que anteriormente não estavam postos. Um dentre outros tantos pode ser formulado nos seguintes termos: Havendo reconhecida união estável entre homem e mulher solteiros — não aparentados e civilmente capazes, inclusive com celebração contratual de referida união —

configurado estaria, em razão de tal fato, impedimento para o casamento civil de um deles com outrem? À medida que qualquer forma de conjugalidade não matrimonializada é admitida como família pelo ordenamento jurídico, a estabilidade do sistema sofre abalos. A previsibilidade austera, típica das relações formalizadas pelo casamento, perde lugar, abrindo espaço para um sistema poroso capaz de interagir com a realidade social.

SEXUALIDADE E NORMATIZAÇÃO: APONTAMENTOS SOBRE O DISCURSO NORMATIVO E JUDICIÁRIO SOBRE O SEXO E O GÊNERO

SEXUALITY AND RIGHTS: NOTES OF THE LEGAL AND JUDICIARY SPEECH ABOUT SEX AND GENDER

Crishna Mirella de Andrade Correa Rosa

Maria Juliana Boljevac Csucsuly

RESUMO

Note-se que os discursos em torno da sexualidade são criados dentro da história levando em consideração práticas e valores culturais. Esses discursos estão presentes em diversos setores da sociedade, dentre outros: na educação, no judiciário, no legislativo. O discurso heteronormativo e a repressão sexual acabam resultando em uma falta de tutela adequada à liberdade sexual. Nesse sentido, este texto objetiva demonstrar as violações ocorrentes aos direitos homoafetivos quando não há tutela de suas liberdades e garantias. O método utilizado neste trabalho foi o de compilação e o comparativo com revisão bibliográfica embasada em obras sobre antropologia, história e direito. A teoria dos direitos fundamentais será analisada de maneira breve demonstrando quais direitos homoafetivos são ofendidos com a falta de tutela efetiva por parte do ordenamento jurídico brasileiro, e mais especificamente do Poder Legislativo. Para fins demonstrativos, serão analisadas as decisões de máxima importância do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que revelaram não haver mais espaço na sociedade brasileira e muito menos na seara jurídica para desigualdades advindas de orientação sexual.

Palavras-chave: Sexualidade, Heteronormatividade, Direitos Homoafetivos

ABSTRACT

It's real that the discourses around sexuality are created in the history taking into account cultural values and practices. These speeches are present in various sectors of society, among others: in education, in the judiciary, in the legislature. The speech heteronormative and the sexual repression always result in a lack of adequate protection to sexual freedom. Then, this paper aims at demonstrating the homosexual rights violations that occur when there is no protection of their freedoms and guarantees. The method used in this work is the compilation and comparative literature review based on works of anthropology, history and law. The theory of fundamental rights will be reviewed briefly, showing that homosexual rights are offended by the lack of effective supervision, by the Brazilian legal system, and more

[Digite texto]

specifically the Legislature. For demonstration purposes, we will analyze the decisions of the utmost importance of the Supreme Court, and the Superior Court of Justice, which reveal no more space in Brazilian society, much less the legal harvest for inequalities arising from sexual orientation.

Keywords: Sexuality, Heteronormatividade, homosexual rights

DESENVOLVIMENTO

Quando Foucault, em sua obra “História da Sexualidade”, intitula seu primeiro capítulo de “nós vitorianos” percebe-se o quanto tais palavras ainda podem ser tomadas como atuais, e, em análise superficial, não se identifica o porquê de tanto “vitorianismo”, tanto recato e demasiada regularização da intimidade sexual. Afinal de contas, a atualidade é a época de capitalismo avançado: a chamada pós-modernidade para alguns, segunda modernidade para outros.

Classificações à parte, atualmente há uma nova normatização, inclusive sexual, entenda-se normatização sexual por normas jurídicas e não jurídicas, aquelas, que, de alguma forma, regem a conduta sexual. Essa época é posterior à ascensão do feminismo, do aparecimento das organizações de defesa dos direitos dos homossexuais, do início das lutas pelas liberdades, da consolidação da democracia burguesa no ocidente, que trouxe consigo o que Bobbio intitula como “uma era de Direitos” e, não menos importante, da criação do Viagra.

Nesse sentido, esse texto se propõe a discutir como os discursos normativos sobre a sexualidade e o gênero foram fortemente influenciados pelos movimentos históricos que criaram na sociedade a cultura da repressão e da pré-determinação dos papéis de homem e de mulher. Para tanto, é necessário realizar um panorama histórico sobre as idéias que foram construídas na sociedade clássica sobre a sexualidade e após, analisar o discurso do direito sobre esse tema.

1 - Sexualidade e relação homossexual na história

Sobre a ética dos *aphrodisia* Michel Foucault denota que ela pode ser analisada tanto quantitativamente, representando o número da frequência dos atos, quanto qualitativamente, [Digite texto]

isto é, o papel do macho dominador na relação sexual e social. Na moral grega é importante que o homem seja marcado pelo comedimento, seja em seu relacionamento com as mulheres ou com os rapazes. Sobre isso, Platão afirma ser a relação entre homem e mulher natural, já a homossexualidade (se este termo é inicialmente cabível) é antinatural, sendo assim as relações que tem por finalidade apenas o prazer e não procriação seria a “intemperança no prazer”. Esse argumento procriativo da relação sexual será muito utilizado mais adiante pelo cristianismo (FOUCAULT, 2009).¹

O termo *aphrodisiazein* pode significar a atividade sexual, ou o papel de ativo ou passivo, este último visto como objeto. Contudo, a extrema diferenciação entre homens e mulheres na Antiguidade Clássica, pode ser entendida por essa severa demarcação entre ser ativo e passivo, pois, a mulher é naturalmente passiva. Através disso, na relação de homossexual o excesso e a passividade representam, no mesmo grau, falha de moral dos *aphrodisia* (FOUCAULT, 2009, p.59).

O domínio e o comedimento dos prazeres fazem parte da liberdade do indivíduo grego, isto é, valorizava-se o domínio do indivíduo sobre si mesmo, porém isso não significava liberdade de arbítrio. Assim, ser intemperante é se encontrar não resistente e fraco aos prazeres. Atualmente, a feminilidade do homem é vista como transgressão de seu papel sexual, pois, a demarcação entre feminino e masculino é essencial. Entretanto, para os gregos o essencial era a diferença entre passividade e atividade, por isso a questão não se trata de saber se um homem relaciona-se com um homem ou uma mulher, mas se ele exerce o domínio sobre si e seus prazeres, caso isso não ocorra ele será considerado como feminino.

Portanto, a oposição entre efeminado e viril não é o mesmo que para nós (hetero e homossexual), ela representa uma atitude sobre os prazeres, as características sexuais, mas principalmente, o papel social do homem.

Os gregos aceitavam e valorizavam as relações ente homens e rapazes. Era perfeitamente concebível um homem casado relacionar-se fora do casamento, o prazer sexual não era um mal, nem pecado para os antigos. O sexo fazia parte de uma dieta de vida saudável.

Nesse sentido pode-se falar até mesmo em uma espécie de bissexualidade entre os gregos, pois, era comum que um homem exercesse ao mesmo tempo, ou alternadamente,

¹ A palavra homossexualidade é um termo moderno, mesmo a noção de relação homossexual fundada na parceria e no afeto não era compreendida na Idade Antiga com esse vocábulo.

[Digite texto]

relações com um rapaz e uma moça. Ressalta-se que apesar dessa prática, os gregos não pensavam em duas formas de desejos, essa aparente bissexualidade existia porque para eles o que provocava o desejo por qualquer um dos sexos era somente a beleza física.

A tolerância pela homossexualidade, bem como o amor pelos rapazes era admitida não apenas pelas leis, como também pela opinião pública. Mesmo as instituições pedagógicas (como a prática da pederastia) e as religiosas não se opunham a tal prática. Mas os jovens muito fáceis ou excessivamente efeminados eram criticados por isso, motivo pelo qual parece difícil se falar em liberdade homossexual de forma tão efetiva na Grécia ou qualquer outra civilização antiga, afinal, a sociedade delimitava muitas posturas e condutas que deveriam ser exercidas nas relações. Mas, de qualquer forma, é possível dizer que para os gregos a atração de um homem por outro não era algo considerado “diferente” e não recebia leis nem regulamentos diferentes dos outros cidadãos por causa disso, o único tratamento diferenciado era o moral.

As relações que uniam um rapaz a um homem, antes de serem filosóficas, faziam parte de um jogo social. Como ressalta Foucault, em torno disso formou-se uma espécie de “corte”, cheia de convenções e comportamentos estipulados e estereotipados.

Por outro lado, o rapaz para se transformar em um homem seguro de si, livre e, portanto “masculino”, não poderia ser objeto na relação sexual, mas isso era uma prática um tanto quanto problemática, visto que o homem que mantinha o romance com ele o via como dominado.

(...) de maneira que pode surpreender à primeira vista, vemos formar-se na cultura grega e a respeito do amor pelos rapazes, alguns dos elementos mais importantes de uma ética sexual que o rejeitará em nome precisamente desse princípio: exigência de uma simetria e de uma reciprocidade na relação amorosa, a necessidade de um combate difícil e de muito fôlego consigo mesmo, a purificação progressiva de um amor que só se dirige ao próprio ser em sua verdade, e à integração do homem sobre si mesmo enquanto objeto de desejo (FOUCAULT, 2009, p. 308).

Ademais, essas diferentes formas de reflexão acerca da homossexualidade serão encontradas nas sociedades ocidentais cristãs. Porém, a liberdade sexual é vista nessas sociedades como um pensamento pagão. Contudo, desde o século IV d.C. encontra-se claramente formulada, a idéia de que a atividade sexual é perigosa, pois, está ligada a perda de substância vital. Esta última ideia está ligada ao princípio da temperança, um pouco extremada, mas acima de tudo moralista.

[Digite texto]

Nas sociedades cristãs, o sexo era provavelmente uma das maiores formas de dominação, sendo vigiado, confessado, punido (caso não ocorresse dentro do matrimônio). A homossexualidade passa a ser a pior atitude sexual, contrariando o sentido natural da vida, ou seja, contrariando a procriação e destruindo a instituição mais importante da sociedade: a família.

Segundo o materialismo histórico e dialético de Karl Marx, a nossa sociedade teve início na necessidade da sobrevivência humana, através de uma relação entre a natureza pré-existente e o humano que a transforma pelo trabalho em comunidade (FOUCAULT, 2009). Nas primeiras comunidades não havia qualquer distinção de classe quanto ao trabalho, bem como os seus frutos eram distribuídos a todos da coletividade a fim de suprir suas necessidades. Neste modo de produção, chamado de comunal ou primitivo, a sexualidade era vista e praticada da forma mais liberal possível. As vestes eram usadas com o intuito de proteger o corpo das intempéries ou para embelezar-se, e não como forma de esconder partes íntimas e proteger o pudor, até porque tudo era de todos, todos eram de todos, e os filhos eram filhos da comunidade. Diante do exposto, pergunta Foucault:

(...) na época que se explora sistematicamente a força de trabalho, poder-se-ia tolerar que ela fosse dissipar-se nos prazeres, salvo naqueles, reduzidos ao mínimo, que lhe permitem reproduzir-se? (FOUCAULT, 2009, p. 312)

Para se responder bem a esta pergunta, tem-se que entender primeiro a nossa sociedade, sua história, suas normas e como ela se relaciona com a sexualidade; qual a importância axiológica dada ao sexo, e dentro de toda essa lógica, entender o que, do sexo, é útil para a sociedade, e por quê.

À medida que a sociedade foi evoluindo em suas técnicas produtivas, o ser humano se “sedentarizou” e conheceu a propriedade privada, quase tudo era de quase ninguém e os filhos pertenciam agora não mais à comunidade, mas sim à linhagem de determinada família. Nascia o que Marx denomina modo de produção escravagista. O homem continuou buscando a sua sobrevivência no trabalho, modificando a natureza, que neste instante já tinha dono, o aristocrata. Sendo assim, as normas adquiriram um organismo mais rígido para sustentar o novo modelo social.

[Digite texto]

Uma das grandes civilizações representantes do modo de produção escravagista é a Grécia, aquela que muitos consideram como uma sociedade que valorizava as liberdades sexuais. Porém, observando a obra “A cidade Antiga” de Fustel de Coulanges (2009), percebe-se o quanto a normatização sexual estava presente naquela civilização. Havia um modelo de sociedade na qual a família mantinha-se através de vínculos sagrados com os antepassados, e estes, eram considerados como deuses, sendo assim, o local onde foram enterrados os seus corpos se tornaria sagrado para aquele grupo de pessoas, sua propriedade, sua terra, seu meio de produção.

Há três coisas que, já nas épocas mais antigas, encontramos fundadas e solidamente estabelecidas nessas sociedades gregas e italianas: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade; três coisas que tiveram entre si, na origem, uma relação manifesta e parecem ter sido inseparáveis. A ideia de propriedade privada estava na própria religião. Cada família tinha a sua lareira e os seus antepassados. Esses deuses só podiam ser adorados por ela; eles eram sua propriedade. (COULANGES, 2009, 35)

Tal vinculação entre família, religião e propriedade criou normas de conduta mais parecidas com as modernas. A propriedade, assim como o culto, era transmitida de geração em geração por via sanguínea paterna, de pai para filho. E na religião, a felicidade de seus deuses antepassados dependia de seu culto, ou seja, da prestação de oferendas e sacrifícios em seu nome. Sendo assim, para agradar aos antepassados e para que o próprio homem não caísse em desgraça (não ter alguém que lhe preste as oferendas), era obrigado a casar-se e ter filhos.

A sexualidade era vista de outro modo nessas sociedades, o homem até podia se relacionar com outras pessoas, porém tinha como obrigação a continuação de sua família e sua religião através da procriação dentro da família, com uma mulher desposada segundo os ritos daquele sistema de crenças. Já à mulher era vedada qualquer prática sexual que pudesse macular o ventre, que seria responsável pela continuação de sua família e seu culto. Entenda-se que era a família a detentora do meio de produção (meio de subsistência) e o culto era o instrumento utilizado para a dominação social e conseqüente manutenção do sistema.

Vale ressaltar que o comando usual da normativa sexual grega dirigido para o homem da época não era negativo (você não deve fazer), mas sim positivo (você deve fazer). Os comandos de não fazer geralmente estavam impressos para condutas sexuais que ferissem a sacralidade familiar como no caso exemplificado pela tragédia moralista grega “Édipo Rei”,

[Digite texto]

na qual a desgraça recai sobre Édipo por ele ter se casado com a própria mãe e ter tido dois filhos com ela, ferindo, assim, as noções de família grega e a continuidade da linhagem mantenedora da religião do lar e, porque não, da propriedade aristocrática, uma vez que não só as personagens receberam o castigo dos deuses mas também todo o reino do qual Édipo era rei.

Ainda tomando como base a Grécia, verifica-se que a noção de sexualidade se modificou muito ao longo dos tempos, até a contemporaneidade, isso pode ser demonstrado até mesmo no vocabulário grego. A sexualidade contemporânea, além de ser uma idéia mais geral, possui também funções diversas. O vocábulo grego *aphrodisia* (atos que proporcionam prazer) acrescenta ainda mais divergências entre concepções gregas e atuais, porém os *aphrodisia* podem ser gestos que advém ou não do sexo. Ademais as reflexões em volta do tema sexualidade, além de serem antigas são constantemente mutáveis e as interrogações sobre maleficência ou beneficência do sexo foram inicialmente as mais praticadas.

Mais tarde, na filosofia de Santo Agostinho existe uma interrogação acerca dos prazeres de sua juventude “desviada”, isto é, se tais prazeres (sexuais ou apenas sensitivos) são realmente carnis. Já no ponto de vista aristotélico a questão central é se da *akolesia* fazem parte todos os prazeres do corpo (SANTO AGOSTINHO, 1999).

Ademais, na passagem da Idade Antiga para a Idade Média, e no início da afirmação do cristianismo, o sujeito é levado a desconfiar e reconhecer as manifestações que levam aos atos sexuais (vistos como pecaminosos).

Deve-se ressaltar que a ideia de castidade já permeava a Antiguidade pagã, mas em outro sentido, no qual quem era casto o fazia por exercer extremo domínio de si, algo muito valorizado naquela época como no caso de Sócrates que era visto como superior a própria natureza humana e acima da verdade, um dos maiores objetivos não só da filosofia grega, mas dos gregos como um todo.

Entretanto, essa valorização da castidade apesar de assemelhar-se com a cristã tem objetivos completamente diversos. Na Grécia a castidade que advém da temperança, assim como a própria relação homossexual fazia parte de uma espécie de “enfeite” da moral. Geralmente eram mais praticadas por pessoas de *status* social mais elevado, eis aqui a primeira divergência de pensamentos.

Na Idade Média as castidades assim como a proibição da relação homossexual estavam direcionadas a todos sem distinção. Inicialmente é preciso entender que na

[Digite texto]

antiguidade clássica sexualidade e sabedoria estavam vinculadas. Poder-se-ia dizer, que a moral grega era praticamente dirigida apenas aos homens. As mulheres e escravos deviam apenas submeter-se ao poder dos homens livres.

O poder político na modernidade é visto por Foucault pela crítica à eficácia produtiva, pois, segundo o autor, é sob esse prisma que se explica o fato de o corpo ser o alvo principal de controle, afinal o importante é adestrar as atitudes humanas. Isto significa controlar as ações dos homens e aproveitar as suas qualidades úteis à sociedade, diminuindo assim também sua capacidade de revolta.

Os movimentos de liberdade sexual dos homossexuais e das mulheres no século XIX procuravam formas de especificidade da sexualidade, bem como novas formas de comunidade, coexistência e de prazer, porém essa especificidade dos homossexuais é muito mais forte. Com esses movimentos eles conseguiram ao menos remover, mais tarde no século XX, a homossexualidade dos tipos de doenças mentais.

As feministas, ao lutarem pro direito efetivos, não buscavam apenas o exercício de sua sexualidade, mas direitos muito mais sociais (políticos, econômicos). Já os movimentos homoeróticos apresentaram um caráter muito mais sexológico, pois, seus objetivos eram mais de aceitação e tolerância do que de mudança de *status*.

A heteronormatividade fundamenta-se na idéia de que, por um fato natural, só existem machos e fêmeas e por isso a relação heterossexual é exata e dotada do poder de procriação. Sendo assim, os gêneros encaixados nas categorias de feminino e masculino e a pessoa dotada de um determinado sexo físico e outro gênero incompatível com tal sexo é considerada completamente fora da orientação sexual dita como natural e normal. Portanto, o homossexual, o transexual e o bissexual estariam completamente marginalizados na sociedade (SANTOS, 2011).

No início do século XX, verifica-se uma mudança de postura homossexual com o surgimento de várias personalidades da literatura e das artes se declarando homossexuais e causando incômodo nos intolerantes como os governos ditatoriais. De fato, a luta dos homossexuais é algo pertencente à Idade Contemporânea, já que a perseguição a eles na Idade Média e Moderna era ferrenha demais para qualquer movimento contrário às regras de conduta. O século XX representou a maior mudança de comportamento dirigido aos homossexuais. A heteronormatividade, apesar de prevalecer, deixou de ser absoluta, e antigos conceitos sobre a homossexualidade como patologia física e mental foram deixados de lado.

[Digite texto]

Ainda sobre a história da sexualidade, Ussel (USSEL, 1980) acredita que as ideias sobre sexo e a desconsideração do erotismo só foram introduzidas na sociedade a partir dos movimentos de ascensão da burguesia.

As teorias heteronormativas querem unir a idéia da heterossexualidade à reprodutividade, o que atualmente seria completamente incompatível, afinal muitos casais decidem por não terem filhos e então neste caso a heterossexualidade seria também “antinatural”.

Não obstante, a sodomia, palavra utilizada para denominar perversões sexuais, representou durante muito tempo um temor aos homossexuais, visto que muitos foram queimados na fogueira na época da inquisição. Destaca-se que a palavra sodomia em si, mesmo não significou a relação homossexual propriamente dita, mas denotou a eles um tom extremamente pejorativo. Além disso, Ussel explica que apesar de a sodomia ser um termo cristão, a condenação do sexo anal entre homens é anterior ao cristianismo (USSEL, 1980).

O termo sexualidade (século XIX) é recente e talvez por isso seja um tema tão debatido das ciências sociais, mas os avanços que levaram ao descobrimento da sexualidade sua importância na vida do indivíduo não foram puramente sociais, mas biológicos, assim como novas concepções religiosas, jurídicas e medicinais. Todas essas mudanças levaram ao indivíduo a dar mais valor e sentido a sua conduta moral, afetiva e reprodutiva, assim como a realização de seus prazeres.

A própria ideia de sexualidade necessariamente não implica em satisfação de libidos, mas primeiramente uma forma de autoconhecimento ou até mesmo auto-reconhecimento do corpo. O homem ocidental reconheceu-se durante séculos como sujeito de direito para depois transformar-se em sujeito de sexualidade (ciente primeiramente de seus próprios desejos).

Nesse momento da discussão é importante destacar o abismo que separa moral sexual do cristianismo, a moral sexual do paganismo antigo e a palavra sexualidade de fato. Na moral cristã o sexo obteve aspectos negativos: mal, pecado, morte. Enquanto na antiguidade, os aspectos eram muito mais positivos. Essas diferenças não ficam restritas apenas ao ato sexual, mas também ao casamento, que no cristianismo deve ser monogâmico, com desqualificação da homossexualidade, enquanto na Grécia e Roma era aceita, pelo menos entre homens. Os antigos se demonstraram um tanto quanto indiferentes a preceitos como fidelidade, castidade, monogamia, não que não existissem delimitações sobre isso, mas nota-

[Digite texto]

se dizer que as regras de condutas sexuais e morais não eram tão fundadas na instituição matrimonial.

Foucault (2009) chama a atenção para as obsessões que a medicina e a pedagogia a partir só século XVII e XVIII em torno do abuso do órgão sexual aumentando ainda mais a credibilidade ao temor e rejeição do sexo, isto é, o prazer totalmente inserido na morte e no mal. Anteriormente, a própria medicina dizia que o excesso no uso dos prazeres era nocivo a saúde, alguns chegaram a dizer que era melhor nem praticar o sexo.

No século XIX surge um perfil de homossexual relatado nos textos, como uma espécie de homem com traços físicos e psicológicos extremamente efeminados (invertidos). Denota-se ainda que esse estereótipo completamente negativo, é o mesmo que se reflete até hoje em nossa sociedade, trazendo uma dificuldade de assimilar a troca de papéis sexuais e a relação homoafetiva. Nos antigos, a reprovação diante da homossexualidade não ocorria devido ao ato sexual, menos ainda devido à relação homossexual afetiva, mas ao comportamento excessivamente efeminado. Porém, mesmo com essa hostilidade, o homossexual encontrou na antiguidade muito mais liberdade sexual do que nas sociedades modernas européias.

Ao longo da história percebem-se vários sentidos, interpretações e noções de sexo, sexualidade e identidade de gênero. Porém, algo que é recorrente é o senso utilitário dado ao sexo, o que a sociedade considera útil para a manutenção da comunidade que transforma a natureza através do trabalho e possibilita a sobrevivência humana. Isto nos moldes da manutenção de certo modo de produção (FOUCAULT, 2009).

A matriz e força motriz que qualquer meio, modo de produção é o corpo do ser humano que trabalha e produz, daí a importância de regulamentar o seu uso.

No capitalismo somos conduzidos pelas dinâmicas de mercado, aquilo que o mercado precisa para se manter ou crescer e buscar mais lucro torna-se norma, seja ela jurídica ou não. Na infância do atual modo de produção, ele necessitou do maior contingente de proletários (trabalhadores e consumidores) possíveis, daí a valorização do sexo reprodutor e discriminação através de medidas religiosas ou médico-higienistas de todo o sexo que não contribuísse para impulsionar o novo modo de produção (FOUCAULT, 2009).

A contemporaneidade capitalista não se preocupa mais tanto com o crescimento da massa proletária, mas sim com uma melhora do tipo de consumo. O mercado percebeu que é mais rentável cinco brasileiros consumindo celular de alta tecnologia do que 20 europeus consumindo tecido de algodão. Abre-se espaço, então, para as lutas em favor de um sexo mais

[Digite texto]

voltado ao prazer e menos preocupado com sua antiga função útil. Aliás, o prazer já está sendo útil para o mercado, vale lembrar-se das inúmeras novidades que se pode encontrar em qualquer “sex-shop” ou daquelas que aparecem listadas nos serviços de inúmeras clínicas médicas.

2 – Sexualidade e Direitos Fundamentais

A repressão a alguns aspectos da sexualidade, sobretudo à homossexualidade, reflete-se no discurso normativo jurídico, sobretudo no legislativo, que reitera o mesmo conceito de família cristão, formado por homem e mulher, além de reforçar os estereótipos de gênero, definindo previamente o universo do masculino e feminino, segundo padrões estabelecidos pela cultura que afirma a força do homem e a fragilidade da mulher. No entanto, a Constituição Brasileira de 1988, baseada nos direitos fundamentais, deixa também abertura para argumentação, nos tribunais, acerca do princípio da igualdade, o que tem resultado em decisões favoráveis acerca do reconhecimento de união estável e transmissão de herança dos casais homossexuais. Nesse sentido, é importante entender a natureza dos direitos fundamentais e a sua força mesmo nos casos em que servem de argumentação contrária à própria legislação pátria.

Através da incorporação de direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo na esfera constitucional têm-se a positivação dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003).

Uma primeira concepção dos direitos naturais em termos liberais, isto é, o discurso moderno em torno dos direitos do homem assenta-se sobre duas idéias: uma é a noção subjetiva, sendo a liberdade do indivíduo, e a outra é a relação de reciprocidade de liberdades. Esse raciocínio liberal dos direitos do homem demonstra dois princípios básicos: a liberdade individual e o Estado como protetor maior destes direitos. A segunda concepção adéqua-se à visão dos direitos do homem como um ser social. Entretanto, pensamento republicano buscou a positivação política, superando o período teológico e metafísico na explicação dos fenômenos sociais (CANOTILHO, 2008).

Platão já afirmava que o homem não deve viver dentro de um ordenamento político que o humilhe moralmente. Eis a necessidade da racionalização que as leis positivas

[Digite texto]

apresentam. O direito natural fundado na natureza humana é o direito *secundum naturam*. Já o direito positivo estaria estabelecido para aqueles casos ambíguos (DIAS, 2005).

Na Idade Média, a liberdade deixa de ser argumento metafísico e passando a ser uma faculdade humana. Ademais, objetivando a restrição do poder soberano, levou ao reconhecimento dos *jura et libertates*, que mais tarde tornou-se uma das raízes dos atuais direitos humanos (DIAS, 2005).

Os fundamentos cristãos dos direitos naturais desaparecem progressivamente. A doutrina do direito natural elegeu a partir daí como pressupostos, a razão humana e a sua autonomia moral.

Os direitos humanos foram então deduzidos da *ratio* e da natureza humana, enquanto ser dotado de razão. Mas o conceito de *ratio* perdeu aos poucos toda a ligação, seja com a teologia, seja com a ética.

Através disso, os direitos humanos tiveram como pressuposto a gênese e o desenvolvimento de outras categorias filosóficas, especificamente as da liberdade e igualdade de um homem que é pessoa, dotado de uma dignidade pessoal, inata e inalienável.

No que cerne a direitos homoafetivos, é necessário que se faça uma análise destes direitos pelo prisma da igualdade e da liberdade, assegurados na Constituição Federal Brasileira de 1988. São direitos fundamentais, portanto, cabe ao Estado dar a tutela efetiva a tais direitos, que são inerentes à própria dignidade humana. Estes princípios e garantias fundamentais, base do Estado Democrático de Direito serão analisados por meio da doutrina e pela recente e grande decisão do Superior Tribunal Federal que reconheceu a união estável homoafetiva.

Nesse sentido, é preciso exemplificar porque o Estado denota a certos direitos o caráter de princípio fundamental. A própria definição de princípio precisa ser analisada, já que há uma diferença tênue entre princípios e valores. Os princípios pertencem ao âmbito deontológico (pressupõe um dever, uma proibição, uma permissão e um direito a algo) já os valores ao âmbito axiológico (denota uma qualidade) (ALEXY, 2008). Portanto, princípios são verdades ou juízos fundamentais, que garantem um conjunto de juízos. Podem também ser certas proposições, como pressupostos necessários de um sistema particular (ROTHENBURG apud REALE, 2004).

Os Direitos Fundamentais enquanto Direitos Humanos positivados (ARAÚJO, 2003), constituem um amplo ramo de dispositivos no qual se encontram os direitos individuais

[Digite texto]

perante o Estado (restrição da esfera de intervenção estatal) e num segundo plano direitos que advém, de certa forma, do direito geral de liberdade e do direito geral de igualdade. Esses direitos possuem assim uma natureza polifacética, formando através disso uma categoria de direitos com semelhanças entre si. Entretanto o artigo 5º da Constituição abarca em seu Título I direitos e garantias fundamentais, sendo necessário distinguir tais expressões. Direitos têm a característica declaratória, no entanto, as garantias têm caráter assecuratório (reparação da violação aos direitos). Ademais os Direitos Humanos diferem-se dos fundamentais, na medida em que, possuem abrangência internacional, porém não são textos positivos, portanto, não tem tutela estatal através da Constituição.

Todas as declarações dos direitos dos homens, sobretudo a francesa de 1789, puseram a igualdade entre estes direitos. Os redatores dessa declaração quiseram assim eliminar todo risco de retorno das profundas desigualdades entre indivíduos e classes sociais que caracterizaram aquele passado no qual reinavam os privilégios insolentes e a servidão (DIAS, 2005).

A própria natureza humana cria graves desigualdades entre os homens desde o seu nascimento. Assim, a singularidade que constitui o mistério da abordagem do homem torna difícil o discurso da igualdade natural (DIAS, 2005).

O Caráter universal da *humanitas*, presente em todo ser humano, constitui o fundamento natural da igualdade entre os homens. O fundamento da dignidade humana é conseqüentemente o fundamento dos direitos humanos. A universalidade dos direitos humanos tem a ver com a própria noção de justiça.

Segundo Bobbio, depois da declaração universal dos direitos do homem de 1948, pode-se ter a certeza histórica de que “toda” a humanidade compartilha alguns valores comuns. Rousseau assevera ainda que o homem nasceu livre e está em toda parte associado a outros. Mesmo quem se crê senhor dos outros, não deixa, todavia, de ser mais escravo do que eles.

Os estóicos ao desenvolverem uma doutrina sobre a igualdade demonstram que o homem é igualado aos demais no sentido de participação na razão universal (*logos*) e também por ser dotado como os outros de *ratio*. Entretanto, a igualdade não é a que se trata hoje dentro dos direitos fundamentais (MELLO, 1993).

O cristianismo através da ideia de igualdade dos homens perante Deus concebeu a igualdade ontológica, assim como a própria dignidade humana é introduzida pelo

[Digite texto]

cristianismo. São Tomás de Aquino acrescenta aos conceitos de igualdade e liberdade, a dignidade humana, elemento frontal para a categoria dos direitos humanos. Apesar disso, há ainda a ideia de escravidão *per naturam* que é uma contradição à igualdade. Verifica-se, portanto, que a noção de igualdade sofre diversas mudanças no seu fundamento.

A Lei não é a modificação da sociedade, mas sim o reflexo dela. As diferenças servem para tornar o ordenamento criador de normas cada vez mais abrangentes, que respeitem as diversidades, à medida que conserva as igualdades. O Brasil é um país inundado de diferenças raciais, sociais e religiosas e por isso necessita de leis que admitam o indivíduo dentro de suas singularidades.

A igualdade como preceito magno traz em seu significado o dever de tratamento equânime aos indivíduos e também um nivelamento das pessoas, quer perante o aplicador da lei, quer perante o próprio legislador e até mesmo perante as mesmas oportunidades. A teoria Kelseana ressalta que o traço importante do princípio isonômico está na obrigação da igualdade na própria lei (limite da lei).

No sentido de igualdade formal, cabe à lei equiparar os indivíduos para que posteriormente possam exercer efetivamente seus direitos. Sendo assim a lei tem de eleger elementos diferenciais (em certos casos), para por fim, discriminar situações para cobrir as desuniformidades. Ressalta-se aqui a lei discrimina, situações excepcionais, sendo que tais desequiparações não podem ser de forma alguma fortuitas ou injustificadas.

Ademais, Celso Bandeira de Mello (1993) assevera três questões que devem ser analisadas quando há desrespeito a isonomia: primeiramente, o elemento tomado como fator, em segundo a correlação lógica entre critério de *discrimen*² e a disparidade estabelecida no tratamento diversificado e por último, à consonância desta correlação com os interesses absorvidos no sistema constitucional. Ademais, a lei não pode singularizar absolutamente seu destinatário. Pois, diante da igualdade material, há uma diferença muito tênue entre denotar tratamento diferencial a certas parcelas da sociedade e tratar desigualmente simplesmente por critérios sem valoração constitucional. O autor ressalta ainda que, a regra simplesmente geral nunca poderá ofender a isonomia pelo aspecto da individualização abstrata do destinatário. A regra abstrata jamais poderá adversar o princípio isonômico valendo-se de individualização absoluta. A regra individual poderá ou não contrariar o princípio da igualdade na

² Termo utilizado na própria obra, que em nossa interpretação significa discriminação no sentido de seleção de caracteres cujo Estado deve tutelar de maneira diversa.

[Digite texto]

singularização atual absoluta do sujeito. A regra concreta será ou não harmonizável com a igualdade formal/ material.

Na igualdade formal, segundo Alexy (2008), a lei não tem que inserir todos os indivíduos nas mesmas categorias, nem tem a incumbência de que fazer com que todos (no limite de suas características naturais) se encontrem nas mesmas condições fáticas. Se a lei tivesse tais funções, a própria seria injusta e desigual. A própria natureza humana delimita certas diferenças, porém quando há a proteção de direitos de alguns (minorias) é necessário que ao diminuir as diferenças não se criem privilégios. Para o legislador tratar igualmente significa em primeiro plano normas que sejam universais e condicionadas.

O dever ser é expresso pelas normas jurídicas, através disso a igualdade na aplicação da lei é inerente às normas jurídicas válidas (desde as constitucionais às infraconstitucionais). Mas o princípio da igualdade formal não se finda apenas na aplicação, vincula também os órgãos de aplicação às normas criadas pelo legislador. Por outro lado, nada obsta que o legislador discrimine determinadas situações, desde que o aplicador observe-as na totalidade de casos que adentrem à sua legitimidade (ALEXY, 2008).

Além disso, quando se trata da igualdade na criação da lei é necessário vislumbrar que o legislador não deve tratar todos na mesma categoria, na medida em que não há igualdade natural (empírica) o suficiente entre as pessoas para que fosse possível nivelar a tal nível os seres humanos. É mister que haja um equilíbrio entre tratamento igualitário e diferenciação. Estes dois pontos de fundem quando o fator discriminatório e tem como causa e fim a própria igualdade formal (ALEXY, 2008).

A diferenciação será arbitrária e, portanto, proibida se não estiver acompanhada por um fundamento para tal. É perceptível que em muitas vezes a equiparação através na aplicação e criação da lei está intimamente ligada à própria ideia de justiça. É necessário que haja uma admissibilidade da diferenciação, bem como uma estrutura diferenciada das normas de tratamento igual. Nesse sentido, Alexy assevera:

A simetria entre norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um *princípio da igualdade*, que *prima facie* exige um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos (ALEXY, 2008, p. 240).

[Digite texto]

A igualdade formal implica em sua aplicação e criação, um grau elevado de valorações subjetivas através de juízos de valor. Porém, a igualdade material depende de ações estatais efetivas. É uma igualdade que pressupõe também um tratamento desigual, em certos casos, ao promover ações em torno de determinados grupos ou classes, trata os demais desigualmente, contrariando, muitas vezes, a própria igualdade jurídica (formal) (SOUZA, 2008).

A igualdade material é a que busca nivelar as pessoas no sentido de oportunidades maiores, mas conseqüentemente para que se alcance essa liberdade é preciso uma postura estatal como Estado Social.

É fato que todos possuem suas singularidades, mas a igualdade material busca diminuir as desigualdades no que tange a gozo e fruição de direitos, bem como sujeição a deveres. Porém os critérios utilizados para atingir essa almejada igualdade abarcam não só elementos jurídicos, como também metajurídicos. Busca-se, portanto, uma igualdade efetiva que denote ao indivíduo um amparo social por parte do Estado. A título de exemplo, pode-se citar a Lei n. 7.716/89, que define os crimes resultantes de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Esta lei demonstra nitidamente o amparo à igualdade formal. No entanto, para que se alcance a igualdade material são necessárias medidas de conscientização da população, campanhas e etc.

Nas democracias ocidentais, o princípio da igualdade material se insere nas Constituições sob a forma de normas programáticas, tendentes a planificar desequiparações muito acentuadas na fruição dos bens, quer materiais, quer imateriais. Assim é que, com freqüência, encontramos hoje regras jurídicas voltadas a desfazer o desnivelamento intenso ocorrido em alguns momentos históricos entre o capital e o trabalho.

A Constituição Federal brasileira elenca em seu art. 5º caput que todos são iguais perante a lei, sem distinção e acrescenta ainda a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, igualdade, segurança, e propriedade privada. A expressão liberdade empregada no artigo refere-se a uma liberdade em sentido amplo, antes de ser uma liberdade de crença, religião, raça, sexual é primeiramente um princípio norteador de uma nação democrática e decorre fundamentalmente da própria condição humana, isto é, da própria dignidade humana.

A liberdade mais próxima do que atualmente conhecemos é fruto do pensamento iluminista do século XVIII. Porém essa visão iluminista de liberdade debruçava-se mais sobre as liberdades públicas (DIAS, 2005).

[Digite texto]

A liberdade ampla a qual menciona o texto constitucional é por um lado, uma liberdade de ações e abstenções e por outro, uma liberdade que limita as intervenções estatais na esfera individual. Sendo assim, Alexy menciona que a liberdade orientada pela dignidade humana ocasiona liberdades específicas com valoração positiva, porém, ocorre não a substituição de um princípio por outro, mas sim uma complementação. A liberdade jurídica consiste na permissão que o ordenamento dá aos indivíduos para agir negativamente ou positivamente. Para Hobbes, a liberdade estaria associada à ausência de obstáculos e resistência em torno do indivíduo, sendo assim, quando o soberano não descreve nenhuma regra vedando seu comportamento, o indivíduo age de acordo com sua própria discricionariedade (ALEXY, 2008).

A liberdade como termo subjetivo que é, sugere ao mesmo tempo vários tipos de liberdade: a física, a religiosa, a política, etc. Nesse sentido, a liberdade física, ou seja, agir sem delimitações externas é o primeiro conceito de uma liberdade geral que o homem elabora. A liberdade é de algum modo a suprema aspiração do homem, a metade dos esforços comunitários e pessoais (REALE, 1987).

Através disso, a ideia de liberdade torna-se inevitavelmente ligada à ideia de livre arbítrio, que é uma liberdade de escolha, uma autodeterminação.

Na idade contemporânea, o fenômeno da socialização e das suas consequências faz considerar a liberdade, sobretudo em perspectiva social.

O indeterminismo afirma que o homem é livre, através disso, a liberdade é uma faculdade paralela ao intelecto. Entretanto, a liberdade não é um atributo da própria humanidade como também é uma aspiração ontológica, mas não significa que seja uma apenas pertencente à ordem ontológica do *ser*, ela pertence ainda ordem teleológica do *dever ser*. A liberdade compara-se também à ideia de responsabilidade devendo o homem justificar a própria escolha (DIAS, 2005).

Outrossim, a proteção constitucional da liberdade vai além simplesmente de permissões. Abrange direitos a algo juntamente com normas objetivas que garantem aos seus titulares o arbítrio de ações permitidas. Toda liberdade que é protegida pelo estado (constitucionalmente) é uma liberdade enlaçada ao menos por um direito garantido, seja direto ou indiretamente.

[Digite texto]

Porém, o conceito de liberdade por ser envolvido por uma série de valorações. Abre margem para discussões acerca de até onde cabe ao Estado intervir na liberdade de seus pátrios. A respeito dessa discussão Robert Alexy (2008, p. 210) esclarece:

Contra a ideia de que as intervenções na liberdade negativa – por mais bem fundamentadas e por mais necessárias que sejam para a proteção de outras liberdades – continuam a ser aquilo que são, isto é, intervenções em determinado tipo de liberdade, e que, portanto, tem que ser fundamentadas, insurge-se a tese da “inter-relação entre direito e liberdade”, que põe em destaque “a acepção criadora e mantenedora de liberdades do direito e do legislador. Tais concepções devem ser censuradas em razão de uma diferenciação deficiente no âmbito do conceito de liberdade. Em quase nenhum outro conceito essas diferenciações são tão necessárias quanto no caso do conceito de liberdade. (...)

O direito geral de liberdade, ao ser inserido no estado global de liberdade vincula de um lado a relação do indivíduo com sua comunidade, e por outro lado garante ao indivíduo sua independência em relação a essa (ALEXY, 2008).

A postura estatal de proteção das liberdades está intimamente ligada à relação existente entre direito e liberdade, visto que, uma liberdade sem restrições e sem tutela, além de privar o indivíduo desta, adentra no direito de outrem. O direito como criador de liberdades através de legislação seria um equívoco, pois, a liberdade de ação (p.ex. a liberdade sexual) existe no mundo ôntico, independentemente de tutela jurídica. O que o direito e mais estritamente a Constituição busca é denotar a essas liberdades um sentido jurídico, para que, por sua relevância social, sejam instrumentos de limitação à atuação dos outros indivíduos, bem como limitação à intervenção na esfera individual.

O que Alexy (2008) trata como estado global de liberdade seria o Estado justo e não se dá apenas numa maximização de liberdades negativas. É necessário que haja para tal, uma liberdade contra intervenções, mas da parte de sujeitos hierarquicamente iguais; competências jurídicas para a participação da vontade coletiva; uma liberdade negativa social (sem situações de privação econômica); liberdade positiva e democrática no sentido de participação na comunidade política. A liberdade moderna, ao revelar a autonomia do indivíduo através de direitos e garantias denota uma defesa da participação do indivíduo na formação política da sociedade. Nesse sentido, a liberdade advém primeiramente, do sufrágio universal.

Nessa perspectiva, possuir liberdade é dispor de si, ou seja, o domínio de si, mas tal liberdade nunca é completa, pois, está em sociabilidade. Já a liberdade jurídica demonstra um

[Digite texto]

campo de autonomia no qual o sujeito pode atuar ou abster estando imune a imposições dos demais, sejam estes superiores ou inferiores.

3 - A união homoafetiva e dos direitos fundamentais homoafetivos

A Carta Magna não reconhece a união homoafetiva como demonstra o artigo 226 § 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”. Entretanto, essa falha constitucional nada mais é do que reflexos de uma sociedade que mesmo convivendo cotidianamente com homossexualismo, prefere mantê-lo na obscuridade da lei por considerar essa orientação sexual completamente “anormal”. Maria Berenice Dias (2008) afirma que: “A prática homossexual acompanha a história da humanidade, pois era aceita na antiguidade clássica. O maior preconceito contra o homossexualismo provém das religiões”. Essa visão da autora esclarece que a visão de anormalidade do homossexualismo é ocasionada muitas vezes por ser considerado pecaminoso.

A família como base da sociedade e como fenômeno social, surge independente do ordenamento jurídico, porém dado seu caráter essencial, o direito de família tem buscado dar amparo às novas modalidades de família. A família informal não é originada no casamento, pode advir de relações de parentesco distante ou de afinidade, assim sendo o direito de família continua objetivando amparar e proteger essas novas famílias (CZAJKOWSKI, 1996).

Neste trabalho, verificou-se que as violações constitucionais aos direitos homoafetivos não ocorre de forma discriminatória, a Constituição cala-se diante da união homoafetiva, mas também não proíbe expressamente tal união, ficando a cargo do magistrado a decisão. Porém falta de tutela específica se não é preenchida pelos princípios fundamentais do art.5º acarreta sim violação grave aos direitos homoafetivos.

O artigo 226 § 3º da Constituição Federal Brasileira contraria os direitos fundamentais em três pontos: o princípio da dignidade humana (art. 1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção (art. 5º) e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art.5º, X). A dignidade humana é um direito natural e é violada quando o individuo é humilhado, perseguido ou alvo de preconceitos. Entrementes, deve-se observar que o respeito à isonomia não compete apenas à lei, mas a sociedade em seu todo. A Carta Constitucional brasileira contraria ainda a

[Digite texto]

Declaração de Direitos Humanos, pois, o documento não faz restrições de como deve ser constituído o matrimônio, apenas ressalta ser necessário a maioria.

Na sociedade brasileira atual, as pessoas que compõem a família, o modo de se relacionar, a instituição familiar como um todo se modificou fazendo surgir o que pode ser chamado de família informal. Família informal é a família que se origina e subsiste sem o matrimônio.

A violação do princípio da igualdade é mais nítida quando se trata da falta de tutela específica (não no sentido de lei especial) aos direitos homoafetivos. A relação homoafetiva em nada difere da relação heteroafetiva a não ser no critério reprodutivo, porém na concepção atual de família no ordenamento jurídico brasileiro bem como na Constituição Federal de 1988 não há nenhuma referência ou exigência de que haja este critério para reconhecimento de uma união.

Portanto, o art. 226 não pode ser aplicado estritamente sem que se leve em conta os direitos fundamentais da igualdade e da liberdade. A demanda processual em torno do reconhecimento da união homoafetiva vem tornando-se cada vez maior, desde que o movimento em torno dos direitos dos homossexuais tem se intensificado. Os tribunais e os juízos de primeiro grau que deparam-se constantemente com a falta de tutela específica em torno da relação homoafetiva não estão mais considerando como anteriormente: como uma sociedade de fato. As decisões atuais têm sido a favor de uma equiparação da união homoafetiva à união estável heteroafetiva (CUNHA, 1999).

O direito previdenciário foi o que evoluiu mais rápido na tutela aos direitos dos homossexuais, como é o caso da pensão por morte, essa mudança de postura se fundamentou na grande necessidade que os homossexuais encontravam nos tribunais em reconhecer sua união, assim o INSS teve que regulamentar tal situação, pois, é inegável o laço de afeto e companheirismo que rege as relações homoafetivas, assim como ocorre nas heteroafetivas.

As leis brasileiras, de fato, não tutelam a relação homoafetiva, mas devido aos princípios magnos da isonomia e da liberdade a restrição imposta pelo art. 226 § 3º “... entre o homem e a mulher”, torna-se irrelevante, visto que, tais princípios são de meritória importância.

Vale ressaltar que a liberdade e a igualdade são direitos fundamentais de primeira geração, e, portanto, inerentes à própria ideia de Estado Democrático. O reconhecimento e legalização das relações homoafetivas como entidade familiar permitiriam aos homossexuais

[Digite texto]

uma maior segurança jurídica, a tutela dos direitos homoafetivos não ficar apenas a cargo do Poder Judiciário que tem demonstrado uma mudança de postura em relação aos direitos homoafetivos.

Ao exercer seu vínculo afetivo com alguém do mesmo sexo que o seu, o homossexual está exercendo nada mais que a sua liberdade de orientação, não cabendo assim ao Estado intervir na vida privada de seus pátrios e convém facilitar o tratamento igualitário dessas relações.

A mudança constitucional referente aos direitos homoafetivos não deve ser feita com o intuito criador de normas favorecedoras ou específicas a esse grupo, mas com a equiparação de direitos entre homo e heterossexuais (DIAS, 1999). O Estado brasileiro deve através de uma legislação clara, aquiescer aos homoafetivos autoconfiança e independência.

Contudo, a falta de lei que ampare a relação homoafetiva vai além da união conjugal, visto que os direitos perdidos pelo parceiro decorrentes dessa falha são inúmeros: dentre eles, o direito à sucessão, à previdência, à divisão de bens em caso de separação. Diante disso, algumas jurisprudências iniciaram uma interpretação das leis baseadas nos direitos fundamentais, pois as uniões afetivas possuem todas as características de uma união estável, exceto a exigência de ser uma união entre homem e mulher.

Diante da falta de previsão constitucional da união estável homoafetiva (o que não significa uma lacuna, mas sim que o legislativo deve legislar a respeito), o Superior Tribunal de Federal diante do julgamento da ADI 4277 (Ação Direta de Inconstitucionalidade) ADPF 132 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) - ajuizadas respectivamente pela Procuradoria-Geral da República (PGR) e pelo governo do Rio de Janeiro - decidiu pelo reconhecimento da união estável homoafetiva (STF, 2011).

A ADI 4277 objetivou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e que os direitos e deveres das uniões estáveis fossem estendidos às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Já a ADPF 132 declarou o descumprimento dos preceitos fundamentais da igualdade, da liberdade e da dignidade humana.

O ministro e relator Ayres Britto que deu parecer favorável disse que o art. 1723 do Código Civil que reforça o art. 226 da Carta Constitucional comporta diversas interpretações e uma interpretação que contraria os direitos de igualdade e liberdade é portanto,

[Digite texto]

completamente contrário à Constituição. Argumentou ainda que o orientação sexual bem como o próprio sexo não são motivos para desigualação jurídica.

Outrossim, nesse trecho, o Ministro demonstra que não há motivos para que não seja permitida a uniao estável homoafetiva:

12. Sem embargo, em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não pode ficar à mercê da vontade ou da minoria ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito – como os homossexuais – que não são devidamente protegidos nas instancias políticas majoritarias. Afinal uma das funções básicas do constitucionalismo é a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias (STF, 2011).

Como foi destacado anteriormente, uma das funções dos direitos fundamentais assinaladas por Canotilho, é a de não-discriminação, que como sublinha o autor acentuando a função de não discriminação dos direitos fundamentais, alguns grupos defendem uma efetivação plena de igualdade jurídica numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (como aliás, são as sociedades atuais). Dada tal função primordial dos direitos fundamentais, é incompatível tratamento diferenciado das relações heterossexuais às relações homossexuais.

Cabe salientar que os direitos fundamentais homoafetivos ligam-se diretamente aos direitos sexuais (porém não se restringem a estes). Assim, de acordo com Roger Raupp Rios (2007) os argumentos contra um direito democrático da sexualidade se resumem em: a) um argumento procedimental, no qual, se a maioria da sociedade rejeita determinadas orientações sexuais, então uma decisão contrária ofenderia completamente a vontade democrática, sendo que, tal argumento viola os direitos humanos, que tem em um de seus propósitos a defesa da minoria em relação à maioria que a estigmatiza; b) o argumento moralista, que afirma que tais direitos sexuais não seriam exatamente direitos por contrariarem a moral c) o argumento biomédico patologiza identidades e práticas sexuais socialmente estigmatizadas (RIOS, 2007).

A decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2011), demonstra que o Poder Judiciário brasileiro está evoluindo com as mudanças familiares aqui ocorrentes e assevera também que o art. 226 § 3º não deve ser interpretado de maneira restritiva, já que, se interpretado desse modo estará violando os direitos fundamentais dos homoafetivos.

Desse modo, quando a ação civil foi ajuizada em primeira instância o magistrado alegou que faltaria uma das condições do processo, a possibilidade jurídica do pedido. Porém [Digite texto]

o STJ não entendeu assim porque não há previsão constitucional expressa de proibição ao casamento homoafetivo, o que há é uma caracterização de que a união estável é entre homem e mulher, mas sem nenhuma vedação à união homoafetiva.

A análise da decisão foi feita com base no voto do relator o Senhor Ministro Luís Felipe Salomão, já que é o eixo que segue a decisão final do tribunal. Por outro lado, ao Estado não cabe interferir na vida de seus cidadãos, dessa maneira não aceitar a regulação da união entre pessoas do mesmo sexo, além de ferir o princípio fundamentador do ordenamento jurídico que é a dignidade humana, impossibilita fundamentalmente a realização do indivíduo homossexual (BORILLO, 2009).

Através disso, a própria Constituição Federal de 1988 ao pretender tutelar os direitos de seus pátrios, não demonstrou de forma alguma vedação às novas caracterizações de família, pelo contrário, afirmou ainda mais o importante quando se trata de relações familiares é o afeto e não o laço consanguíneo. A família tradicional, fundada no casamento (civil ou religioso) não está sendo descaracterizada por isso, mas sim estão surgindo várias formas de família com suas próprias singularidades. Assim o Estado deve regular todas essas relações intrafamiliares, já que a família é o núcleo básico e central de toda a estrutura social (CZAJKOWSKI, 1996, p. 23).

Fica claro que para a Constituição de 1988 o importante é tutelar o núcleo familiar que possui tamanha importância para o Estado e para a sociedade em si. Como ressalta Salomão, o relator, a maior segurança jurídica às famílias só pode ser confirmada através do casamento civil:

Atentando-se a isso, o pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes, tanto desta Corte, quanto do STF -, impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas. O mais importante, não há dúvida quanto a isso, é como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado e, evidentemente, o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. (STJ, 2010).

[Digite texto]

Além do critério da diferença sexual (se levado em conta) não há motivos para que o juiz julgue improcedente o pedido. Os homoafetivos buscam a regularização das suas relações afetivas para que possam também ser respeitados como entidade familiar, assentada no afeto, no companheirismo e no respeito. Tais características não se ausentam nas relações homossexuais, sendo assim não há fundamento para que lhes seja negado o direito de unir-se em matrimônio. A sexualidade não pode jamais ser alvo de tratamento desigual por parte do direito, como ressalta o relator:

4.5. O sexo, entendido como gênero - e, por consequência, a sexualidade, o gênero em uma de suas múltiplas manifestações -, não pode ser fator determinante para a concessão ou cassação de direitos civis, porquanto o ordenamento jurídico explicitamente rechaça esse fator de discriminação, mercê do fato de ser um dos objetivos fundamentais da República - vale dizer, motivo da própria existência do Estado - "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (STJ, 2010).

A estrutura familiar de forma alguma é abalada com os avanços dos direitos homoafetivos, o que pode ocorrer sim é uma mudança conceitual, puramente teórica, o que já ocorreu, aliás, diversas vezes no Direito de Família. É fato que ainda existem muitas pessoas que demonstram preconceito diante da relação homoafetiva, porém a concepção de alguns não deve ser motivo para que sejam negados direitos a outros.

Enquanto o Poder Legislativo se cala diante das situações expostas, o Judiciário e mais precisamente o STF (como guardião da Constituição) e o STJ (como) assumem a postura que realmente defende os direitos e garantias fundamentais dos homoafetivos. Por fim, o relator conclui que:

9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio. É como voto (STJ, 2010).

Nas sociedades contemporâneas, mais exatamente na brasileira, muitas vezes práticas (anti) democráticas fazem com que os direitos sexuais esperem na fila de distribuição de liberdades. Apesar de existirem tendências históricas relacionadas à regulação jurídica da sexualidade, não há em nenhuma delas referência aos direitos sexuais. Porém, observando-se

[Digite texto]

os direitos humanos e a moderna teoria dos direitos fundamentais a falta de referência a tais direitos não significa a inexistência jurídica destes (LOPES, in RIOS, 2007).

O Brasil, como uma sociedade democrática e laica, regida pelo liberalismo deve garantir a não-discriminação, além de prever instrumentos capazes de garantir o respeito a essa diversidade, enlaçando esta aos demais princípios magnos da igualdade, liberdade e dignidade humana. A problemática está no fato de que a identidade nem sempre significa a reconhecimento e a garantia de suas consequências, como é o caso da adoção por casais homossexuais, ou mesmo a própria união homossexual BUGLIONE in RIOS, 2007).

Acerca da intolerância sexual Raupp Rios (2007) ressalta que “A intolerância viola o direito à existência simultânea das diversas identidades e expressões da sexualidade, que é um bem comum indivisível”. Através disso, o tratamento intolerante não atinge apenas à vítima de tal tratamento, isto é, não relaciona a uma condição peculiar da pessoa, como ocorre na discriminação. Os crimes de ódio como a homofobia atentam contra a própria convivência democrática (RIOS, 2007).

Como visto, não há mais compatibilidade entre a visão constitucional de família, e a ideia de uma família patriarcal, baseada na idéia tradicional de casamento. Mas isso não significa que o casamento não possui importância na formação da família, o casamento possibilita sem dúvida uma maior proteção das relações familiares. Então porque não denotar a devida proteção à família homossexual? Como foi demonstrado por tais decisões não existe motivo algum para tratamento desigual, o que deve ser levado em conta é o princípio isonômico e a liberdade, uma liberdade que não adentra nem ofende a liberdade de qualquer outro indivíduo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2008.

ARAÚJO , L.A.D.; NUNES. V. S. JR. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BORILLO, D. A Homofobia. In: LIONÇO, T; DINIZ, D.(Org.) **Homofobia & Educação: um desafio ao silêncio**. Brasília: UnB, 2009.

[Digite texto]

BUGLIONE, S. **Um direito da sexualidade na dogmática jurídica: um olhar sobre as disposições legislativas e políticas da América Latina e Caribe**. In: RIOS, R. R.(Org.) **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003. CANOTILHO, J. J. G. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CUNHA. G.L.A.; MOREIRA J. A. M. M. **Os Efeitos Jurídicos da União Homossexual**. Porto Alegre: Datacerta, 1999.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre à Luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 1996.

DIAS, J,F, de A. **Fundamentação onto-teleológica dos Direitos Humanos**. Maringá: Unicorpore, 2005.

DIAS, M. B. **União Homoafetiva: o preconceito & justiça**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: A vontade de saber**. São Paulo: Graal, 2009.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: O Uso dos Prazeres**. São Paulo: Graal, 2009.

http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_civel/inc_social_lgbtt/Julgados_LGBTT/STJ-%20REsp%201183378-casamento%20homoafetivo, 2010.pdf

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TPdescricao=ADI%20F4277>. Acesso em:22/10/2011.

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249. Acesso em 22/10/2011.

LOPES, J.R.de L. **Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna**. In: RIOS, R. R.(Org.) **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

MELLO, C. B. de. **Conteúdo Jurídico do Principio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

REALE, Miguel. **Liberdade e democracia: Em torno do anteprojeto da comissão provisória de estudos constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1987.

RIOS, R.R. **O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação**. In: RIOS, R. R.(Org.) **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

[Digite texto]

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Safe, 2004.
SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SANTOS, Ana Cristina. **Heteroqueers contra a heteronormatividade: notas para uma teoria queer inclusiva**. In: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/239/239.pdf>. Acessado em 21/2/2011.

SOUZA, I. M. C. C. de. **Homossexualismo, Uma Instituição Reconhecida em Duas Grandes Civilizações**. . In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (Org.). **Homossexualidade: Discussões Jurídicas e Psicológicas**. Curitiba: Juruá: 2008.

USSEL, Jos Van. **Repressão sexual**. Tradução Sonia Alberti. Rio de Janeiro: Campus LTDA, 1980.

**UNIÃO HOMOAFETIVA: CONTORNOS DA DECISÃO EM AÇÃO
DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE E AS RECENTES
DISCUSSÕES QUANTO A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DO
RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA EM CASAMENTO**

STABLE HOMOSSEXUAL UNION: CONTOURS OF DECISION IN
DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY AND RECENT
DISCUSSIONS ABOUT THE POSSIBILITY OF CONVERTING THE
RECOGNITION OF SAME-SEX CIVIL UNION INTO A MARRIAGE

MARCELLUS POLASTRI LIMA¹

RENATA VITÓRIA OLIVEIRA DOS S. TRANCOSO².

Resumo

As Uniões Homoafetivas vêm ganhando espaço no cenário de discussões em nosso tribunais e doutrina. Busca-se resguardar direitos aos pares homoeróticos como nas uniões estáveis heterossexuais. Assim, este artigo cuidará de realizar breve análise jurisprudencial e doutrinária quanto aos contornos constitucionais que se tem dado ao estudo do reconhecimento das Uniões Homoafetivas. Se realizará paralelo entre as posições doutrinárias e jurisprudenciais anteriores à Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, e as razões da decisão em ADI e, por fim, o mais recente questionamento quanto à possibilidade de conversão do reconhecimento da União Homoafetiva em casamento civil. Para o

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor-Doutor da Universidade Federal do Espírito Santo-Graduação e Mestrado em Direito Processual. Pesquisador Convidado da Universidade de Göttingen -Alemanha- (Instituto de Direito Criminal e Internacional). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. IBDP. Procurador de Justiça.

² Mestranda em Direito Processual da Universidade Federal do estado do Espírito Santo. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp. Especialista em Gestão Educacional Integrada Instituto Superior de Educação e Cultura Ulysses Boyd. Graduada em Direito pela Universidade de Vila Velha. Professora universitária do Centro de Ensino Superior de Vitória. Advogada.

desenvolvimento do presente artigo a metodologia utilizada foi descritiva e analítica, desenvolvida através de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: União Homoafetiva. Constitucional. Reconhecimento. Casamento.

Abstract

Unions between people of the same-sex are gaining space in discussions in our courts and in doctrine. The aim is safeguard rights of homoerotic pairs like in heterosexual stable partnerships. This article will take care to make a brief analysis of jurisprudential and jurists' opinion about the constitutional contours that has been given the study of recognition of the same-sex unions. We compared the doctrinal and jurisprudential positions before the legal action of Direct Action Of Unconstitutionality nº 4.277/DF, and the reasons for the decision in DAU, finally, we bringing the latest questioning of the possibility of converting the recognition of same-sex civil union into a marriage. The methodology and analytical and descriptive developed through literature search.

Keywords: Homoerotic pairs. Constitutional. Recognition. Marriage.

INTRODUÇÃO

O direito, em sua eterna mutação, admite que a evolução social venha contribuir para criação de novos conceitos, desta feita, ante a formação de entidades familiares fora dos parâmetros tradicionais, se faz necessário o respaldo de nossos tribunais para deferi-lhes caráter não discriminatório, com no mínimo, uma razoável igualdade com as demais uniões retirando-as da marginalização jurídica.

Observa-se que, apesar de existir lacuna legislativa quanto ao reconhecimento das Uniões Homoafetivas como entidades familiares, quando observado o sistema jurídico brasileiro, se pode concluir que há fundamento, inclusive constitucional, para que seja consolidado o aspecto jurídico familiar das uniões homoeróticas, tanto o é que o Supremo

Tribunal Federal em Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4277/DF, reconheceu à União Homoafetiva os caracteres de entidade familiar.

Assim, veremos que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4277/DF, supre a lacuna existente e declara a identidade da União Homoerótica com a União Estável entre heterossexuais.

Porém, a controvérsia que surge, após a decisão da Corte Constitucional é se o reconhecimento da entidade familiar adveio de ativismo judicial e, ainda, se do reconhecimento da união tem o efeito de também permitir o casamento do par homoafetivo.

Dessa forma, pretende-se com o presente artigo trazer argumentos visando apresentar a existência de lacuna legislativa em relação às Uniões Homoafetivas, buscando demonstrar a necessidade social da atuação da Corte Constitucional, que não deve ser simplesmente considerada como ato de ativismo judicial e, por fim, a possibilidade ou não de estender os efeitos da decisão de reconhecimento de União Estável Homoafetiva permitindo a celebração de casamentos.

1. LACUNA LEGISLATIVA E A NECESSIDADE DE SUPRIMENTO

A opção pelo par afetivo relaciona-se com o exercício do Direito de Privacidade que para Marcelo Novelino (2008, p.46) é o direito que

confere ao indivíduo a possibilidade de conduzir sua própria vida da maneira que julgar ser mais conveniente sem intromissão da curiosidade alheia, desde que não viole a ordem pública, os bons costumes e o direito de terceiros.

Assim, na esfera íntima do Direito da Privacidade, seguindo a “Teoria das Esferas”, temos que se permite ao indivíduo ter respeitado “seu mundo intra-psíquico aliado aos sentimentos identitários próprios (auto-estima, auto-confiança) e à sexualidade” (NOVELINO apud FARINHO, 2008, p.45) não havendo qualquer óbice em nosso ordenamento quanto a natural orientação afetiva humana, não cabendo, desta forma, haver discriminação dos pares que optam pela escolha homossexual.

Note-se, que o ordenamento jurídico brasileiro, quanto à união entre pessoas de mesmo sexo, além de não excluir os pares homoafetivos também nada regulamentou, havendo, assim, aparente lacuna legislativa.

Ora, o art. 226, § 3º, CRFB, estende o conceito de entidade familiar aos conviventes em União Estável. Em igual sorte, o Código Civil, em seu Título III, do livro de família, regulamenta a União Estável, nada comentando quanto à união existente entre homossexuais, apenas repetindo o texto constitucional, quanto à formação da entidade familiar entre homem e mulher.

Portanto, não houve a exclusão expressa da união homoerótica pelo legislador, não cabendo, portanto, ser alvo de exclusão pelo intérprete.

Assim, não há dúvida quanto à existência de lacuna legal do texto constitucional, nesse sentido, os ilustres ensinamentos da Desembargadora Maria Berenice Dias (2008, p.15):

Limitou-se o constituinte a citar expressamente as hipóteses mais frequentes – as uniões estáveis entre um homem e uma mulher e a comunidade de qualquer dos pais com seus filhos – sem, no entanto, excluir do conceito de entidade familiar outras estruturas que têm como ponto de identificação o enlaçamento afetivo. O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Assim, não há como deixar de reconhecer que a comunidade dos filhos que sobreviveram aos pais ou a convivência dos avós com os netos não constituem famílias monoparentais. Da mesma forma não é possível negar a condição família às uniões de pessoas do mesmo sexo. Conforme bem refere Roger Raupp Rios, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano”.

Ainda, em texto publicado na Revista Brasileira de Direito de Família, pelo advogado, membro da Comissão de Combate ao Preconceito e à Discriminação OAB/SE, Diogo de Calazans Melo Andrade citando José Carlos Texeira Giorgis, assim afirma (2005, p.59)

Segundo Giorgis, o art. 226, §3º, da carta Política não é taxativo, não apresenta proibição expressa para a constituição das relações entre pessoas do mesmo sexo e deve ser interpretado com o auxílio do método da “unidade da constituição” pelo qual o operador do direito deve integrar todas as normas constitucionais: “Portanto, tendo prescrito que o casamento e a união estável seriam constituídos por homem e mulher, deixou de antever que a entidade familiar ainda podia ser formada por um homem (ou mulher) e seus descendentes, o que impele concluir que o texto não é taxativo ao conceituar como entidade familiar apenas os modelos que descreve. Na ausência de proibição expressa, ou de previsão positiva, postula-se a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da “unidade da Constituição”, segundo o qual uma interpretação adequada ao texto exige a consideração das demais normas, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias, pois sob o ponto do direito de família a norma do § 3º do art. 226, da CF/88 não exclui a união estável ente homossexuais.

Apenas para solidificar a necessidade de se realizar interpretação extensiva do dispositivo constitucional, veja-se, recente pensamento lançado no voto-vista, do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo Medina:

Por sua vez, dispõe o § 3º do art. 226, § 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. “Como se vê, a legislação infraconstitucional reportou-se ao dispositivo constitucional para delimitar, melhor dizendo explicar, o que venha ser companheiro ou companheiro para fins de benefício previdenciário. Entretanto, conforme preceitua Luís Roberto Barroso, “(...) toda interpretação é produto de uma época, de uma conjuntura que abrange os fatos, as circunstâncias do intérprete e , evidentemente, o imaginário de cada um. ” (Interpretação e Aplicação da Constituição, Editora Saraiva, 2002, p. 1). *Dessa forma, estou a entender que não se trata de um conceito jurídico hermético, que não se possa interpretar de maneira extensiva para melhor atender a uma realidade que não foge aos olhos”.*(STJ, 2011)

Configurada lacuna cabe ao intérprete utilizar-se dos demais meios oferecidos pela hermenêutica para suplantá-los. Nesse diapasão, inicialmente cuidaremos da interpretação constitucional e, por conseguinte, da legislação infraconstitucional, realizando paralelo com a decisão da Suprema Corte na ADI 4277/DF, que deu entendimento conforme à Constituição Federal ao art. 1.723, Código Civil.

2. O ART. 226, §3º, CRFB, E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A clássica doutrina entende serem os princípios constitucionais são normas, que sobrepõe, inclusive, às regras constitucionais, já que, são os princípios, a fonte de outras normas.

Crisafulli (PIMENTA, 1999, p. 127) procura desenvolver seus estudos dando nova dimensão à teoria da normatividade quando além de pugnar pelo caráter normativo dos princípios, procura ainda desenvolver as funções integrativa, interpretativa e programáticas dos princípios. Observe-se que todas as três características existiriam como fundamento de qualquer princípio, porém com contornos diferenciados. Por função integrativa, entende ser a que, na ausência de norma específica, caberia ao princípio atuar como regulamentação desses casos e, assim, se afastaria a possibilidade do “non liquet”, já a função interpretativa teria o condão de permitir ao jurista alcançar para a norma um significado que esteja de acordo com

os padrões estabelecidos por todo o sistema jurídico. À função programática caberia revelar a potencialidade e diretrizes do Poder Legislativo e, portanto, ostentaria eficácia mediata.

Para Konrad Hesse (CARRAZA, 2004, p.:42) em “ A força normativa da Constituição”, deve haver sempre respeito ao que, orientam os princípios constitucionais e, nesse diapasão, assim afirma:

[...] aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado democrático. Aquele ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.

Nesse sentido, ante a omissão legislativa quanto ao reconhecimento da União Estável Homossexual, cabe ao intérprete, visando evitar e coibir o “*non liquet*” e, ainda, resguardar valorosos princípios constitucionais, adequar o Direito à moderna concepção de entidade familiar, suprimindo inadequações legais.

Note-se, que a inserção do art. 226, §3º, CRFB, não esgota a matéria quanto à existência de demais entidades familiares, já que, a regra insculpida no dispositivo constitucional, deve estar em consonância com os princípios pugnados em nossa Constituição. Orientando-nos, no mesmo sentido, “o texto constitucional, não importa se brasileiro ou americano, faz com que a validade de um direito dependa não de uma determinada regra positiva, mas de complexos problemas morais” (CHUERI, 1995, p. 82). Tem-se que o dispositivo em comento, é uma “clausula de inclusão” “não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade” (DIAS, 2008 p.: 183). No mesmo sentido é do entendimento de Paulo Diniz Neto Lôbo, citado por ANDRADE (2005, p.: 103), que não é cabível a exclusão de qualquer entidade familiar do rol do art. 226, CRFB, quando preenchidos os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade, assim:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226, CRFB, da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos no âmbito da abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade abertas, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

Portanto, não tendo o dispositivo constitucional, realizado exclusão de qualquer entidade familiar, cabe-nos, apenas a análise dos princípios constitucionais que fornecem subsídio ao reconhecimento da união homossexual como organismo familiar.

Enfim, no que cuida ao reconhecimento do relacionamento homoerótico como, entidade familiar, podemos identificar, na doutrina e na jurisprudência, o clamor aos ditames dos princípios da Dignidade Humana, Igualdade, Liberdade e da não discriminação, com o objetivo de dirimir a lacuna legislativa.

Em relação ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento de nossa legislação constitucional (art. 1º, III, CRFB), cabe ao Estado, resguardar o interesse do casal homoerótico, como forma de promover a dignidade humana. Nesse sentido, a sábia doutrinadora e desembargadora Maria Berenice Dias (2008, p.: 60) citando Daniel Sarmento, afirma que:

O princípio da dignidade humana, significa em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.

Cabe nos limites do Princípio da Igualdade Humana a liberdade de escolha da entidade familiar que se queira constituir, que melhor se adegue ao interesse afetivo, não restando, ao legislador ou ao aplicador do Direito, resguardar apenas os direitos das formações familiares que entendem serem mais adequadas, posto que tradicionais, sendo, portanto, ilegítima, qualquer atitude que traga prejuízo ao ser humano, fundamentando a exclusão apenas em função de sua orientação sexual.

Ademais, para que haja o resguardo do melhor interesse da pessoa humana, não cabe, a marginalização de determinados organismos familiares, protegendo o ideal clássico de família e deixando, a mercê das circunstâncias, as demais entidades, assim, afirma Lôbo (2013):

Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.

Outro princípio a que fazem alusão os aplicadores do Direito é o princípio da igualdade, estabelecido, especialmente no art. 5º, caput, CRFB, veja-se:

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;"

A aplicação do princípio da igualdade propõe a tentativa de tratamento paritário das várias entidades familiares, assim, por certo, cabe a aplicação dos mesmos termos da União Estável Heterossexual à União Homoerótica. Esse entendimento, que se funda no Princípio da Igualdade, vem sido ostentado em várias decisões judiciais e, nesse diapasão, observa-se decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento - voto-vista do ministro Paulo Medina - do Recurso Especial nº 395.904 – RS (STJ, 2005, p. 165), interposto pelo Instituto Nacional de Seguridade Social, impugnando decisão que determinou a inserção de parceiro homossexual para percepção de pensão pós morte, assim, decidiu ilustre ministro:

O fato de existir uma união estável momento algum foi questionado. A autarquia não se insurge quanto a isso, mesmo porque isto não seria matéria a ser analisada por esta Corte. Daí, depreende-se que a questão é de mera interpretação das normas infraconstitucionais, tendo em vista a Constituição Federal como uma unidade . Conforme ensina o autor antes citado: *"O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições. "* (ob. cit. 192) E não se pode negar que se está diante de uma tensão e contradição. De um lado, a Lei 8.213/91 adotou como conceito de entidade familiar o modelo da união estável entre homem e mulher, ***sem, entretanto excluir expressamente a União Homoafetiva. De outro lado, há uma realidade em que o segurado contribuiu uma vida toda para a Previdência Social e tinha como seu dependente um companheiro do mesmo sexo, constituindo assim, de acordo com as provas carreadas aos autos, uma verdadeira entidade familiar.***"

(...) Destarte, quero ressaltar que, onde o legislador não determinou uma exclusão expressa, não cabe ao interprete do direito fazê-la, sob pena de se descumprir preceito fundamental da Constituição, que ***é a igualdade entre homens e mulheres.***

(...) A Lei 8.213/91, deve, portanto, ser interpretada conforme a Constituição, empregando-se uma interpretação extensiva, onde há uma verdadeira lacuna deixada pelo legislador. Posto isso, meu voto é para acompanhar relator, negando-se provimento ao recurso do INSS. *(Grifo nosso)*

Faz-se a defesa da isonomia de tratamento da União Homoafetiva e a união heterossexual, se posicionando, grande parte da moderna doutrina familiarista, pela utilização da interpretação analógica buscando suprimir a lacuna legal existente, esta que, ocasiona a discriminação das uniões não convencionais, em grande desrespeito aos princípios constitucionais.

Veja-se, que o princípio da liberdade de escolha, também é proclamado na defesa dos interesses de uniões homoeróticas, culminando na garantia do direito de escolha de parceiro afetivo e, por conseguinte, constituir família ao seu modo e de acordo com sua orientação sexual. Lôbo (2013), assim menciona: “A liberdade do núcleo familiar deve ser entendida como “liberdade do sujeito de constituir a família segundo a própria escolha e como liberdade de nela desenvolver a própria personalidade” .

Enfim, deve se extrair do texto constitucional a defesa das várias entidades familiares, em relevo, a União Homoafetiva, posto que a interpretação conforme a Constituição, nos leva a pugnar pela prevalência dos princípios constitucionais, com o fim de se alcançar os ideais de proteção ao ser humano e de respeito as desigualdades na escolha do par afetivo, cabendo ao Estado, garantir de forma efetiva a não marginalização de tais uniões.

Notadamente, ante aos princípios citados, observa-se que o acórdão da ADI 4277/DF restou consignado:

I - Princípio da Igualdade: o legislador e o intérprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (inciso IV do art. 3º);

II - Princípio da Liberdade: a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação;

III - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento;

IV - Princípio da Segurança Jurídica: a atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas conseqüências jurídicas acarreta insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade;

V - Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade: a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral.

Portanto, não como fonte de ativismo como afirmam alguns autores, a decisão de ADI atendeu a preceitos já muito defendidos em doutrina e jurisprudência para o reconhecimento de direitos às Uniões Estáveis Homoeróticas tais como os deferidos às Uniões Estáveis Heterossexuais.

3. O ART 4º, DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (LICC) – A ANALOGIA E OS REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL.

Apesar da existência de lacuna legal quanto à regulamentação dos efeitos da união Homoerótica, não cabe marginalizá-las sem deferir a elas garantias e direitos, já que, existem normas principiológicas que determinam o reconhecimento de direitos aos pares afetivos de mesmo sexo, assim, em busca de solução hermenêutica, cabe realizar interpretação analógica entre as Uniões Livres e a União Estável Heterossexual, é o que veremos.

Note-se, que há uma grande semelhança entre a União Estável heterossexual e a homossexual, já que, são uniões de afeto, não formalizadas de pessoas que convivem como casados fossem, portanto, a analogia ente os dois institutos, vem sendo o meio mais razoável de solução da omissão legislativa.

A boa doutrina e a jurisprudência, vêm se atribuindo dos ditames da Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 4º, que define os meios de solução de omissão legislativa, com a utilização da analogia, para conferirem à União Estável Homoafetiva, iguais valores e direitos aos atribuídos à União Estável Heterossexual.

Como fonte do Direito a produção doutrinária dá grande relevo científico aos estudos do Direito de Família, introduzindo novos conceitos e entendimentos que, por vezes, são contemporâneos a atuação legislativa. Assim, em relação à isonomia existente entre o relacionamento homoafetivo e o heterossexual, boa parte de nossa doutrina, se mostrava favorável ao deferimento dos efeitos jurídicos, para além da formação de apenas uma sociedade de fato entre os pares homoeróticos, mas também, que lhe sejam reconhecidos todos os demais direitos resguardados à União Estável Heterossexual. Nesse sentido, faz-se menção ao entendimento lançado por Fuguie (2002, p. 5.)

“Não há, pois, obstáculo algum para que o conceito de união estável estenda-se tanto às relações homossexuais quanto às heterossexuais. A convivência diária, estável, sem impedimentos, livre, mediante comunhão de vida e de forma pública e notória na comunidade social independe de orientação sexual de cada qual”.

No mesmo sentido ANDRADE apud FERNADES (2004, p.: 111)

Tais parcerias representam, sim, uniões estáveis; só não são, é claro, as uniões estáveis entre homem e mulher de que trata a Constituição naquele dispositivo. Mas todo regramento sobre as uniões estáveis heterossexuais pode ser estendido às parcerias homossexuais, dada a identidade das situações, ou seja, estão presentes, tanto em uma quanto em outra, os requisitos de uma vida em comum, como respeito, afeto, solidariedade, assistência mútua e tantos outros. E se num residuo de excesso formalístico, estando convencido do pedido, o juiz não se sentir à vontade para proclamar que ali existe uma 'união estável', que declare, então, que a situação configura uma entidade familiar, uma relação inequívoca, uma união homossexual, em que os efeitos, praticamente, serão os mesmos, atendendo-se, sobretudo o

fundamento constitucional que rejeita o preconceito em razão de sexo – ou orientação sexual, como preferimos (CF, art. 3º, IV).”³

Observe-se, em perpasso, que nossos tribunais, já lançavam entendimentos, em relação à utilização da interpretação analógica como forma de resguardar os direitos e garantias constitucionais que delimitam a matéria da União Homoafetiva. Note-se que a matéria vinha ocupando não só os Juízos de Família, mas também outros ramos do Direito, chegando, inclusive, questionamentos, ao Tribunal Superior Eleitoral (RESP 24.564/PA), em matéria de inelegibilidade e, na oportunidade, restou decidido que a união homossexual estável possui o condão tornar inelegível um dos companheiros, vez que, assemelha-se à União Estável Heterossexual, visando coibir a manutenção de um mesmo grupo no poder e, assim foi assentado o entendimento:

Em todas essas situações- concubinato, união estável, casamento e parentesco – está presente, pelo menos em tese, forte vínculo afetivo, capaz de unir pessoas em torno de interesses políticos comuns. Por esta razão sujeitam-se à regra constitucional do art. 14, § 7º, da Constituição Federal. [...] Assim, entendendo, que os sujeitos da relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil alemão) à semelhança do que ocorre com os sujeitos da união estável, concubinato e de casamento, submetem-se a regra de inelegibilidade prevista do art. 14, § 7º, Constituição Federal.

Outros muitos entendimentos, como já dissemos, sugeriam a analogia entre o relacionamento estável homossexual e o heterossexual, quanto se faz necessária decisão quanto ao benefício previdenciário e inserção do companheiro em plano de saúde, assim, coaduna com o afirmado, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 238.715 – RS (2006, p. 263), que teve como relator o ministro Humberto Gomes de Barros, que fez o seguinte recorte do acórdão recorrido:

8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais.”

E por fim, expressou seu entendimento:

É grande a celeuma em torno da regulamentação da relação homoafetiva (neologismo cunhado com brilhantismo pela e. Desembargadora Maria Berenice Dias do TJRS). Nada em nosso ordenamento jurídico disciplina os direitos oriundos dessa relação tão corriqueira e notória nos dias de hoje. A realidade e até a ficção (novelas, filmes, etc) nos mostram, todos os dias, a evidência desse fato social. Há projetos de lei, que não andam, emperrados em arraigadas tradições culturais. A construção pretoriana, aos poucos, supre o vazio legal: após longas batalhas, os tribunais, aos poucos proclamam os efeitos práticos da relação homoafetiva.”

Apesar de tímido, já se percebia algum avanço no reconhecimento dos direitos advindos da relação homossexual.

[...] Há, contudo, uma situação de fato a reclamar tratamento jurídico. A teor do Art. 4º da LICC, em sendo omissa a lei, o juiz deve exercer a analogia. O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto. Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.

[...] Finalmente, não tenho dúvidas que a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro como dependente em plano de assistência médica. O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.”

De forma mais detida, havia sido acolhido, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o reconhecimento de União Estável Homoafetiva, assim:

DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parcerias matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA.” (Embargos Infringentes Nº 70011120573, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 10/06/2005).

Nesse sentido, foi o clamor pela interpretação analógica, estabelecida em nosso ordenamento jurídico para que, se desse contorno de União Estável às Uniões Homoeróticas, já que, subsume todos os requisitos legais configuradores da União Estável, ou seja, convivência pública, contínua, duradoura, com o objetivo de constituir família, clamor este atendido pelo Supremo Tribunal Federal.

4. AS ARGÜIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) DE Nº 132 e Nº 178.

A matéria envolvendo o reconhecimento das Uniões Homoafetivas para fins de lhe serem aplicadas o regime jurídico das uniões estáveis entre pessoas de diferente sexos, alcançou nossa corte superior por meio de iniciativa do Governo do Estado do Rio de Janeiro, quando propôs a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 132 e a ADPF 178.

A ADPF 132, teve por objetivo ver declarada constitucional a equiparação entre a união estável e as Uniões Homoafetivas no que cuida ao regime jurídico a ser aplicado , para incidência da legislação previdenciária estadual carioca, fundamentando o pedido nos princípios constitucionais da igualdade, liberdade, dignidade e segurança jurídica, além de pugnar pela aplicação analógica do Código Civil Brasileiro, em seu art. 1723.

De certo, ante a tamanha relevância do tema, a ação proposta contava com doze interessados reunidos em grupos representativos de homossexuais, de associações voltadas à defesa dos Direitos Humanos, o Instituto Brasileiro de Direito de Família e o Instituto Brasileiro de Direito Público, todos com o desejo único de participar do debate constitucional

Ainda, há de mencionar, que os tribunais de justiça de todos os estados brasileiros foram chamados a prestarem informações quanto ao entendimento que vem sendo adotado pelos tribunais quanto ao reconhecimento das Uniões Homoafetivas. E, nesse diapasão, pode-se perceber que não há unanimidade entre os tribunais, alguns sendo favoráveis e outros contrários ao reconhecimento da união homoerótica como equiparada à União Estável entre homem e mulher.

Diferente da dissonância existente entre os tribunais, tanto o Advogado Geral da União José Antônio Dias Toffoli quanto a Procuradoria Geral da República, por meio de manifestação de autoria de

Já a ADPF 178, foi protocolizada pela Procuradoria Geral da República e, teve por pedidos:

“a) declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos

os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e

b) declarar que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros das uniões entre pessoas do mesmo sexo.” (Fonte: www.stf.jus.br. Acesso em: 14 de março de 2010).

Note-se que a ADPF 132 e a ADPF 178, foram convertidas na ADI 4277.

Em relação a ADPF 132 o ministro Gilmar Mendes entendeu que a ação não esclareceu quais os atos dos poderes públicos estariam violando preceitos fundamentais, assim, afirmou o ministro:

“a inexistência de um objeto específico e bem delimitado a ser impugnado pela via da presente ADPF, o que torna, a primeira vista, a petição inicial inepta, conforme dispõe o artigo 1º e o artigo 4º da Lei 9882/99 (Lei das ADPFs)” .

A ADPF 132 foi conhecida como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime.

Apesar do entendimento da corte, já a ADPF 178, não foi extinta e, sim, convertida em ADI tendo por objeto o art. 1723, do Código Civil brasileiro, vez que na exordial havia pedido subsidiário para a conversão da ADPF em ADI, em caso de não satisfeitos os requisitos formais necessários para seu conhecimento.

Após a conversão seguiu-se ao julgamento da ADI 4277/DF, que foi julgada considerando, inicialmente a proibição da realização de discriminação de pessoas em razão do sexo, dado o gênero ou a orientação sexual, nesse sentido, assim restou consignado em ementa:

[...] 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 desigualação 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.

Suprimindo lacuna legislativa o Supremo Tribunal Federal entendeu por reconhecer à União Homoafetiva o “status” de família, afirmando que a “a Constituição Federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica” (STF, 2011, p. 341)

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.

Assim, restou interpretado o art. 1.723, CCB, conforme a Constituição Federal, excluindo do dispositivo qualquer tratamento diferenciado entre “a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. E a União Heterossexual, o que se abstrai da ementa do julgado: “Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (STF, 2011, p. 341)

5. A ADEQUAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE RECONHECIMENTO DO CASAMENTO CIVIL DE PARES HOMOAFETIVOS

Certamente, que o casamento é considerado como uma instituição sagrada, altamente valorizada socialmente - se ousa inclusive afirmar que confere às uniões afetivas “status” de maior relevância na pirâmide social – e, portanto, há o desejo de grupos sociais diversos em unirem-se por casamento.

Notadamente, para além dos interesses sociais e afetivos, há interesse do indivíduo em patrimonializar as uniões de afeto, buscando defender o patrimônio advindo desta união. E, resta claro, que o Direito das Famílias e Sucessório, resguarda de maneira algumas vezes

mais ampla as uniões formadas pelo casamento, quando comparadas aos direitos conferidos às uniões formadas apenas pela continuidade das relações afetivas e demais características.

Sabe-se que o casamento é instituto previsto no Código Civil, no seu art. art. 1.514, o qual estabelece que o casamento será realizado no momento em que o homem e a mulher manifestarem, perante o juiz, a vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declarar casados. Observando o dispositivo legal se abstrai que o requisito necessário ao casamento é a dualidade de sexos e, portanto, partindo desse pressuposto, seria negada, aos pares homoafetivos, a possibilidade de casarem.

Nesse passo é que doutrina e jurisprudência costumam justificar a impossibilidade de realização de casamento civil entre os pares homoafetivos, veja-se:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO HOMOSSEXUAL. HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.514, 1.517, 1535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL QUE TIPIFICAM A REALIZAÇÃO DO CASAMENTO SOMENTE ENTRE HOMEM E MULHER. Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Bélgica, Holanda e da Espanha, e atualmente o estado de Massachussets, nos USA, que prevêem o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na hipótese, a interpretação judicial ou a discricionariedade do Juiz, seja por que ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação (harmônica) dos poderes. Ainda que desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos civis de uniões de pessoas do mesmo sexo, não passa, a hipótese, pelo casamento, instituto, aliás, que já da mais remota antiguidade tem raízes não somente na regulação do patrimônio, mas também na legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a mulher. Da mesma forma, não há falar em lacuna legal ou mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento homossexual não encontra identificação no plano da existência, isto é, não constitui suporte fático da norma, não tendo a discricionariedade do Juiz a extensão preconizada de inserir elemento substancial na base fática da norma jurídica, ou, quando não mais, porque o enunciado acima não cria direito positivo. Tampouco sob inspiração da constitucionalização do direito civil mostra-se possível ao Juiz fundamentar questão de tão profundo corte, sem que estejam claramente definidos os limites do poder jurisdicional. Em se tratando de discussão que tem centro a existência de lacuna da lei ou de direito, indesejável a abordagem das fontes do direito e até onde o Juiz pode com elas trabalhar. Ainda no que tange ao patrimônio, o direito brasileiro oferta às pessoas do mesmo sexo, que vivam em comunhão de afeto e patrimônio, instrumentos jurídicos válidos e eficazes para regular, segundo seus interesses, os efeitos materiais dessa relação, seja pela via contratual ou, no campo sucessório, a via testamentária. A modernidade no direito não está em vê-lo somente sob o ângulo sociológico, mas também normativo, axiológico e histórico. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70030975098, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 30/09/2009).

No entanto, em entendimento contrário, doutrina e jurisprudência defende que o requisito da dualidade de sexo, por si só, não teria o condão de impossibilitar fosse celebrado

o casamento entre pessoas de mesmo sexo, nesse sentido, Marianna Chaves (2011, p.12) explica:

A doutrina favorável ao reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, no Brasil, fundamenta-se na lógica de que a expressão "o homem e a mulher" não possuiria o condão de impedir o casamento entre um par do mesmo sexo. Afirma-se que os impedimentos matrimoniais são as proibições expressamente elencadas pelo CC, no art. 1.521, ou em outros dispositivos esparsos que determinam a anulabilidade ou nulidade do casamento civil. Assevera-se que a referência a homem e mulher indica apenas a regulamentação.

Ademais, para além da previsão no Código Civil, não se pode descurar que o art. 226, §3º da CRFB, afirma que: “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.”, dessa maneira, certo é que se impõe ao legislador o dever de facilitar a conversão da União Estável em casamento.

Assim, como amplamente discutimos no presente artigo, tendo a decisão do Supremo Tribunal Federal, reconhecido a igualdade de direitos entre as uniões estáveis heterossexuais e as uniões estáveis homossexuais, certamente que, a previsão do art. 226, § 3º, passa a permitir que haja a convalidação da União Estável Homoafetiva em casamento. Dessa maneira, tendo dispositivo constitucional sido devidamente regulamentado pela Lei nº 9.278/1996, a qual estabelece em seu art. 8º, a possibilidade dos conviventes a qualquer tempo convolarem a União Estável em casamento, bastando para tal apenas simples requerimento ao oficial do registro civil.

Rolf Madaleno (2013), defendendo a permissão da convalidação da União Homoafetiva em casamento, assim aduz:

Entre nós, especificamente quanto ao tema da união homossexual, o Supremo Tribunal Federal conhece as ações direta de inconstitucionalidade e a de arguição de descumprimento de preceito fundamental e, por votação unânime, com eficácia geral e efeito vinculante as julga procedentes, para reconhecer como entidade familiar a união estável homoafetiva, que pode ser convertida em casamento e se pode ser convertida em matrimônio, também podem os casais do mesmo sexo, querendo, simplesmente casar.

Interessante é notar a visão de Alexandre Freitas Câmara, ao que se tem por costume denominar união estável. O autor diferencia casamento de matrimônio, fazendo paralelo entre “o ato solene destinado a inaugurar uma relação familiar, com a própria relação jurídica que se estabelece entre homem e mulher” (CÂMARA, 2012, p. 258), assim, o ilustre professor denomina casamento o ato solene de comparecimento à autoridade oficiante e de matrimônio

a relação jurídica. Dessa maneira, procura CÂMARA distinguir matrimônio advindo do casamento e sem casamento.

Oras, partindo do pressuposto de que pode haver matrimônio sem casamento, Alexandre Freitas Câmara afirma que a “relação estável entre homem e mulher, constitui-se matrimônio, advindo essa união de casamento ou não” (2012, p. 259). O mesmo raciocínio CÂMARA utiliza para as Uniões Homoafetivas, quando afirma:

É que, admitida a existência da entidade familiar homoafetiva, a partir das normas aplicáveis à “união estável”, e aceito o raciocínio até aqui desenvolvido, então se conclui que pode haver relação matrimonial heteroafetiva e relação matrimonial homoafetiva (sendo possível a qualquer das duas espécies de relação matrimonial inaugurar-se com o casamento ou sem casamento (CÂMARA, 2012, p. 261).

Por fim, defende o autor que a “união estável ou – como me parece mais adequado dizer – o matrimônio sem casamento, deve ser equiparada, para todos os efeitos, ao matrimônio com casamento” (2012, p 260), portanto, haveria a possibilidade de reconhecer a União Homoafetiva como entidade familiar, estaria configurada espécie de matrimônio e, assim o sendo, daria ensejo a que fossem aplicados a esses uniões todos os efeitos advindos do casamento.

Assim, sedimentando o entendimento doutrinário, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ser possível a convalidação da União Homoafetiva em casamento, solidificando o entendimento e indo de encontro a decisões judiciais que estariam negando a convalidação em virtude de ausência de possibilidade jurídica do pedido, veja-se decisão do STJ:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n.132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação

conforme à Constituição para dele excluir todo 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.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os

críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido. (STJ, 2012).

Certamente, que a decisão do Superior Tribunal de Justiça, buscou suplantar inércia do legislador e acalantar os anseios de parcela da sociedade marginalizada por nosso ordenamento.

Mais recentemente, derrubando de vez os entraves construídos em desfavor do casamento de pares homoafetivos, firmando-se na havendo a previsão legal quanto à conversão da União Estável em casamento e amparados na decisão da Ação Declaratória de Constitucionalidade, alguns estados regulamentaram a conversão da União Homoafetiva em casamento, pelos cartórios de registro civil, o que foi pioneiramente realizado no estado do Alagoas em janeiro de 2012 e, posteriormente, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, São Paulo.

Certamente, que o reconhecimento à União Homoafetiva dos mesmos direitos que amparam a União Estável Heterossexual donde provém a possibilidade de realização do casamento homoafetivo é novidade em nosso país, porém, não o é na comunidade internacional, pois cita-se a Noruega, Dinamarca, Suécia, Holanda, Argentina, como países que reconhecem a possibilidade de casamento entre pares de mesmo sexo, ademais, ao que tange à União Européia, cita-se que em seu tratado, no art.13, se impede seja proibido o casamento entre homossexuais e de eles se beneficiarem dos efeitos do matrimônio (LISBOA, 2012, 223-224).

Portanto, anda bem a doutrina e jurisprudência, quando confere em plenitude de direitos, igualdade às uniões de afeto, considerando os fundamentos constitucionais há que está fundamentado nosso Estado Democrático de Direito.

6. CONCLUSÃO

Nota-se que apesar de existir lacuna legislativa quanto ao reconhecimento das Uniões Homoafetivas como entidades familiares, se for observado o sistema jurídico brasileiro, termos parâmetros para concluir que há fundamento, inclusive constitucional, para que seja

consolidado o aspecto jurídico familiar das uniões homoeróticas, mormente depois que o Supremo Tribunal Federal em Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4277/DF, reconheceu à União Homoafetiva os caracteres de entidade familiar.

Ora, na esfera íntima do Direito da Privacidade, seguindo a “Teoria das Esferas”, é permitido ao indivíduo ver respeitados sentimentos identitários próprios e a escolha da opção de sexualidade’ não havendo óbice em nosso ordenamento a esta orientação afetiva humana, e assim, não pode haver discriminação dos pares que optam pela escolha homossexual.

O que ocorre é que apesar do ordenamento jurídico brasileiro, parecer admitir a união entre Pessoas de mesmo sexo, não bem regulamentou a questão, havendo, assim, aparente lacuna legislativa.

Mas pode ser defendida esta posição na doutrina e na jurisprudência, principalmente considerando os ditames dos princípios da Dignidade Humana, Igualdade, Liberdade e da não discriminação, tudo *com o objetivo de dirimir a lacuna legislativa*

A interpretação conforme a Constituição, pode ser utilizada com o fim de se alcançar os ideais de proteção ao ser humano e de respeito as desigualdades na escolha do par afetivo, só cabendo ao Estado, garantir de forma efetiva a não marginalização de tais uniões, principalmente melhor regulamentando a matéria.

O casamento é instituto previsto no Código Civil, no seu art. 1.514, que deixa transparecer que o casamento será realizado no momento em que o homem e a mulher manifestarem, perante o juiz, a vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declarar casados. Assim, fica parecendo que o dispositivo legal exige como requisito necessário ao casamento é a dualidade de sexos e é pro isso que parte da doutrina negada, aos pares homoafetivos, a possibilidade de casarem.

No entanto, existe forte entendimento contrário, onde doutrina e jurisprudência defendem que o requisito da dualidade de sexo, por si só, não teria o condão de ossibilitar fosse celebrado o casamento entre pessoas de mesmo sexo.

De qualquer forma, para além da previsão no Código Civil, não se pode descurar que o art. 226, §3º da CRFB, afirma que: “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.”, o que demonstra ser possível que o legislador o dever de facilitar a conversão da União Estável em casamento.

Assim, como foi demonstrado neste trabalho, a decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecido a igualdade de direitos entre as uniões estáveis heterossexuais e as uniões estáveis homossexuais, nos parece que a previsão do art. 226, § 3º, pode ser entendida como permissível de que haja a convalidação da União Estável Homoafetiva em casamento. De outra parte, tendo o dispositivo constitucional sido devidamente regulamentado pela Lei nº 9.278/1996, a qual estabelece em seu art. 8º, a possibilidade dos conviventes a qualquer tempo convolarem a União Estável em casamento, bastaria para tal apenas um simples requerimento ao oficial do registro civil.

O que parece que vai prevalecer é que união estável ou o matrimônio sem casamento, deverá ser equiparada, para todos os efeitos, ao casamento, sendo aplicáveis a essas uniões todos os efeitos advindos do casamento.

Tanto assim, que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ser possível a convalidação da União Homoafetiva em casamento, solidificando tal entendimento e se conflitando com outras decisões judiciais que estariam negando a convalidação em virtude de ausência de possibilidade jurídica do pedido.

Ante os fundamentos jurídicos apresentados, necessária a resolução do conflito, com estabilizando a interpretação da Lei Federal principalmente levando em conta a Constituição Federal, se resolvendo sob a possibilidade ou não de estender os efeitos da decisão de reconhecimento de União Estável Homoafetiva de molde a permitir a celebração de casamentos.

Para suprir a lacuna legislativa, a princípio será necessário que nossos julgadores possam resguardar os princípios fundamentais previstos em nosso ordenamento pátrio, dando aos pares homoafetivos tratamento jurídico capaz de suprir o vazio legislativo existente, até que o legislativo venha suprir tal lacuna.

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. **Revista de Direito de Família, Adoção por casais Homossexuais**. v. 7, nº 30, jun/jul. Porto Alegre: Síntese, 2005.

_____, apud FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 395904/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, sexta turma, julgado em 13/12/2005, DJ 06/02/2006, p. 365).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 238715/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 02/10/2006, p. 263).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 932.653/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (desembargador convocado do TJ/SP), sexta turma, julgado em 16/08/2011, DJe 03/11/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **“União Estável” hetero ou homoafetiva: relação matrimonial sem casamento**. Revista trimestral de direito civil. V.50 (abril/junho 2012) – Rio de Janeiro: Padma, 2000.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**, 20a. ed., São Paulo : Malheiros, 2004.

CHAVES, Mariana. **Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF**. Revista Síntese de Direito de Família. Continuação de Revista IOB de Direito de Família. V.13, n.66, jun/jul.2011. São Paulo: Síntese, 2011.

CHUERI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM editora, 1995.

DIAS, Berenice Maria. **Homoafetividade – o que diz a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FUGIE, Érica Harumi. **Inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, da Constituição Federal**. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 15. SP, Síntese, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito de Civil**, v.5: direito de família e sucessões. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além Do Numerus Clausus**. Disponível em: <http://mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto086.doc>. Acesso em: 17 de março de 2013.

MADALENO Rolf . **O matrimônio invertido**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/871>. Acesso em 16/03/2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Método, 2008.

PIMENTA, Paulo Lyrio. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: editora Max Limonad, 1999.

Mutabilidade dos regimes de bens e a autonomia da vontade: Um caso de colisão do princípio da não-intervenção nas entidades familiares e a interferência do Poder Judiciário

La mutabilidad de los regímenes económicos matrimoniales y la autonomía de la voluntad: um caso de colisión del principio de no intervención em las familias u la injerencia del Poder Judicial

Fernanda Pontes Pimentel¹

PALAVRAS CHAVE: AUTONOMIA PRIVADA; SOCIEDADE CONJUGAL; REGIME DE BENS. MUTABILIDADE.

PALABRAS CLAVE: AUTONOMÍA PRIVADA; MATRIMÓNIO; RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL; MUTABILIDAD.

Resumo: O presente artigo objetiva compreender alguns fundamentos do instituto da autonomia privada e sua incidência sobre a liberdade dos cônjuges regulamentarem o regime patrimonial de bens do casamento e sua alteração. Busca-se verificar o processo de submissão destas pretensões ao Poder Judiciário e os requisitos necessários ao acolhimento dos pedidos realizados. Visa ainda identificar as "justas razões" para o deferimento ou indeferimento do pedido de mudança. Para tanto, propõe-se uma análise da autonomia privada na ordem constitucional e os limites das manifestações de vontade do sujeito de direito no âmbito da incidência do regime de bens sobre a sociedade conjugal

Resumen: Este artículo tiene como objetivo comprender algunos de los fundamentos del instituto de la autonomía privada y su efecto sobre la libertad de los cónyuges para regular el régimen de los bienes patrimoniales del matrimonio y de su enmienda. Tratamos de verificar el proceso de presentación de reclamaciones a la judicatura y los requisitos para la recepción de los pedidos realizados. También se pretende identificar las "causas justas" para la aprobación o rechazo de la solicitud de cambio. Se propone un análisis de la autonomía privada en el orden constitucional y los límites de la expresión de la voluntad del sujeto de derecho bajo el impacto del programa sobre lo régimen económico matrimonial de la sociedad conyugal.

I – Introdução

O direito privado contemporâneo² passa por uma crise axiológica ao migrar da proteção ao *ter*, que se consubstanciava na propriedade como eixo da proteção normativa, para o *ser*, calcado no fundamento da dignidade da pessoa humana como valor máximo da tutela constitucional³. A autonomia da vontade, corolário máximo da celebração e estipulação

¹ Professora assistente do departamento de direito privado da Universidade Federal Fluminense (SDV/UFF). Professora do Programa de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Privado da Universidade Federal Fluminense. Doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense ,

² Em uma evolução dos paradigmas de liberdade que surgem a partir da Revolução Francesa, o direito privado é estruturado como um espaço de não-intervenção no âmbito dos espaços individuais, o que traz uma imposição ao Estado da preservação dos interesses dos particulares. Fica o Estado Liberal concebido sobre um contrato social, onde prevalecia a noção de uma sociedade política capaz de proteger os espaços individuais através do poder outorgado por seus membros. Para Locke (2001:132-133) este modelo de Estado era decorrente da renúncia ao poder decorrente do estado de natureza dos homens e a sua transferência a um centro de poder humano capaz de compreender regras imparciais para garantia dos direitos individuais, em uma modalidade de “contratualismo horizontal” capaz de harmonizar os interesses particulares.

³ Para TEPEDINO (2008:54) a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como a verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.

das relações jurídicas humanas, passa a ser balizada por cláusulas gerais e princípios normativos, a exemplo da função social, que reduzem ou minimamente trazem a necessidade de se repensar este valor jurídico.

Neste cenário surge a codificação civil de 2002 que, a despeito de seus críticos, faz uma nítida aproximação valorativa à Constituição da República de 1988, dispondo de institutos através de normas abertas e que permitem uma efetiva atuação do magistrado na solução dos litígios que porventura venham a surgir. Há alterações na função do contrato, da propriedade e da família, institutos fundamentais que passam a ser regidos por cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados.

Tais transformações ficam bastante evidentes no direito de família contemporâneo, que está construído sobre uma nova base: o princípio da não-intervenção nas entidades familiares⁴.

Desde o século XIX já se delineava o preceito hoje contido no artigo 1.513 da Lei Civil, que consagra o “princípio da não-intervenção” na família. Já existia a percepção de que as “relações que formam a teia da vida íntima pertencem ao domínio da moral; o direito só intervém para regular e garantir aqueles deveres, cuja inobservância, contrariando o fim do casamento, pode ocasionar graves perturbações” (PEREIRA, 2004:105).

O desafio que se instaurou foi a efetivação desta nova ordem jurídica. Houve um acolhimento real da principiologia estabelecida a partir do Estado Social e especificamente após a Constituição de 1988? Como partir dos modelos teóricos, meras construções lógicas, para trazer solução às situações cotidianas? José Eduardo Faria acredita “que o problema é saber se podemos continuar agindo e pensando com base em padrões, categorias, conceitos e instrumentos analíticos que privilegiam o formalismo jurídico”, uma vez que nos prendemos a uma cultura jurídica formalista que

(a) insiste em associar o direito a um sistema fechado e racional de normas produzido por um legislador idealizado e (b) não costuma indagar se os direitos de direito cumprem ou não as normas, o motivo pelo qual o fazem e, menos ainda, se dessa conduta resultam efeitos desejados sobre a realidade. Trata-se de uma formação dogmática, de viés quase exclusivamente forense, que chega a ser constrangedoramente singela quando contrastada com o grau de complexidade do universo normativo do mundo globalizado (FARIA, 2008:114)

A partir deste cenário surgem as transformações do Direito de Família: de sub-ramo do Direito Civil marcado por características peculiares, por ser regido por normas cogentes que sempre limitaram essencialmente as livres disposições de vontade típicas do direito privado a eixo da liberdade humana de estabelecer vínculos e pactos, tanto de conteúdo extrapatrimonial, caracterizado pela liberdade de permanecer casado, constituir entidade familiar diversa do matrimônio ou uma família monoparental quanto disposições de natureza patrimonial, a exemplo da capacidade de testar e de regular, conforme a conveniência do casal, o regime de bens vigente no casamento.

Contudo, essa liberdade manifestada através da autonomia da vontade vem sofrendo limitações do Judiciário, especialmente no tocante à questão de regulação do regime patrimonial de bens e sua alteração ao longo da sociedade conjugal. A partir destas afirmações, o objetivo deste trabalho é analisar o que tem se considerado como princípio da não-intervenção e o seu acolhimento no direito privado atual, especialmente em relação à atuação do Juiz na possibilidade do casal alterar seu regime patrimonial de bens.

⁴ Artigo 1513 do Código Civil: É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Para tanto, propõe-se uma análise das liberdades individuais no âmbito do direito de família e por consequência, da livre manifestação de vontade e a possível intervenção do Estado nas relações familiares.

Parte-se da concepção de que há um necessário redimensionamento do conceito de autonomia da vontade no âmbito da relação familiar e dos seus limites impostos pela lei. Pode-se indicar que há uma autonomia volitiva claramente assegurada, estando, contudo, sempre balizada por uma intervenção do Judiciário, justificada sob o fundamento de preservação da idoneidade dos atos negociais e dos interesses das partes integrantes do núcleo familiar.

II - A noção de autonomia privada na família: sinônimo de autonomia de vontade?

Ao longo da trajetória cumprida pelas pessoas a partir do Estado Liberal⁵, as relações entre particulares foram pautadas em uma presunção⁶ inexorável: a noção de que a autonomia da vontade garantiria a preservação dos interesses das partes envolvidas e criaria um equilíbrio natural nas relações negociais, fruto de um conceito de liberdade individual que é marcado no direito privado como “uma função nitidamente negativa, porém cognoscível no plano fenomenológico: a liberdade como não-intervenção” (SILVA, 2006:139).

A família passa a ser vista como uma garantia da moralidade natural⁷ e se realiza em três aspectos: *a)* Na forma do seu conceito imediato, como casamento; *b)* Na existência exterior: propriedade, bens de família e cuidados correspondentes; e, *c)* Na educação dos filhos e na dissolução da família. Fica claro em Hegel (1997:149,158) que o indivíduo é o fundamento do direito, mas que se encontra inserido em uma unidade familiar que como “pessoa jurídica⁸” será representada pelo homem, como seu chefe e será capaz de titularizar direitos patrimoniais em nome de todos os que a compõem. A partir daí segue sua trajetória como um dos eixos da sociedade ocidental, manifestando-se por uma face pública e outra privada que trouxe a estruturação dos valores fundamentais privados expressos no Código de Napoleão: o indivíduo como sujeito de direito, conferindo um formato jurídico novo à tutela dos interesses humanos⁹.

Deste ideal de liberdade de agir, assegurado pela não-intervenção do Estado surge a capacidade de auto-regulamentação dos interesses e do estabelecimento de pactos como a tônica das relações jurídicas privadas. Sob o fundamento desta liberdade, os particulares¹⁰

⁵ A partir daí, pode-se ter como início da construção do direito privado como é concebido atualmente, pois a partir do *Code Civil*, que entrou em vigor em 1804, houve a consagração de que todos que estão na França são titulares de direitos civis (*Art. 16: Tout Français jouira des droits civils*).

⁶ “Presunção é a ilação que se tira de um fato certo, para a prova de um fato desconhecido” (Pereira, 2009, p. 517)

⁷ Na obra *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, Engels (2000:18) assinala a força social e econômica da família, assinalando que o surgimento da família monogâmica “foi um grande progresso histórico, mas, ao mesmo tempo, iniciou, juntamente com a escravidão e as riquezas privadas, aquele período, que dura até nossos dias, no qual cada progresso é simultaneamente um retrocesso relativo, e o bem-estar e o desenvolvimento de uns se verificam às custas da dor e da repressão de outros. É a forma celular da sociedade civilizada, na qual já podemos estudar a natureza das contradições e dos antagonismos que atingem seu pleno desenvolvimento nessa sociedade.”

⁸ No contexto atual a família é considerada como um ente despersonalizado, configurando-se como um centro de interesses e objeto da proteção do direito, sendo incompatível com a definição atual de pessoa jurídica, pois não poderia prescindir de registro e atos constitutivos próprios que lhe trariam uma existência jurídica autônoma a dos seus membros, na forma dos artigos 45 e 46 do Código Civil vigente.

⁹ Expressão utilizada pelo prof. dr. Ronaldo Lobão. Apontamentos realizados na disciplina Epistemologia e Pesquisa dos Fenômenos Sócio-Jurídicos I no Programa de Doutorado do PPGSD-UFF, em 22 de março de 2010.

¹⁰ Considerando como tais as pessoas naturais e as pessoas jurídicas de direito privado (Nesse sentido, Steinmetz, 2004, p. 74)

passaram a exercer seus interesses sob o manto protetivo da lei civil, considerando-a como um direito natural, inato e inatingível do homem. (GILISSEN, 1995: 536-544). Ao longo deste tempo se percebe a prevalência do ideal de autonomia da vontade, expressão maior da subjetividade do interesse humano, que vem revelar o “querer” humano em essência, adquirindo um conteúdo psicológico com efeitos jurídicos capazes de gerar obrigações entre as partes, dentro da expressão máxima da liberdade contratual, a cláusula *pacta sunt servanda*.¹¹

Nestas codificações, durante o que se denominou Estado Liberal, sob o reino da autonomia da vontade, o valor jurídico predominante era a propriedade e o seu *ius utendi, ius fruendi* e *ius abutendi*¹². A proteção normativa girava em torno da liberdade de agir inerente à pessoa humana e de seus interesses patrimoniais. Havia uma evidente preocupação em tutelar os interesses proprietários em detrimento dos interesses existenciais (TEPEDINO, 2008:26).

Esta liberdade de agir incidia não apenas sobre os atos negociais, mas especialmente sobre a liberdade exercida pelo homem no âmbito da entidade familiar. Em referência ao modelo de família do século XIX, Lafayette Rodrigues Pereira conceituava o casamento como um “ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão da vida” e que transcende a lógica do contrato por dispor de interesses para além dos interesses meramente patrimoniais, criando a família legítima, reprimindo as paixões, providenciando sobre o futuro da prole e cercando a família, sobre a qual repousa a sociedade civil (2004: 29-31).

Neste período, a família como “rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família é um fluxo de propriedades que depende primeiramente da lei” e tem como uma das suas funções centrais a acumulação de patrimônio, especialmente imóveis, signo principal de ascensão e distinção burguesa (PERROT: 2010 105-107).

No direito brasileiro, o modelo de família instaurado no século XIX se consolida ao longo da primeira metade do século XX. Contudo, já na segunda metade deste século, surge a necessidade de uma releitura do conceito de igualdade e de liberdade, pelo advento do *Welfare State*. A partir daí pode-se identificar a necessidade de uma releitura dos direitos e liberdades individuais. Habermas (2003:118-120) analisa que com o fim da 2ª Grande Guerra, advém uma debilidade aos direitos individuais privados em detrimento da nova ordem jurídica instaurada pelo Estado Social.

Instaura-se a partir daí uma reinterpretação necessária dos valores inerentes ao direito privado, passando-se do paradigma do direito formal burguês para o direito materializado do Estado Social. Deixa-se de lado a noção de igualdade formal adotada a partir dos ideais liberais e percebemos nitidamente um largo passo das legislações em busca de uma igualdade material. Outorga-se ao ser humano a liberdade de querer e buscar seus objetivos em idênticas condições. Determinismos como condição social, nascimento ou gênero sexual deixam, ou ao menos deveriam deixar, de ser determinantes para o alcance de uma vida digna e plena¹³.

No âmbito da família esta igualdade material veio a se consagrar através da efetivação de dois princípios constitucionais: isonomia entre o marido e a mulher e a absoluta igualdade jurídica entre os filhos, contidos respectivamente nos artigos 226, parágrafo 5º e 227, parágrafo 6º da Constituição da República.

¹¹ “O princípio da autonomia da vontade foi cristalizado como fundamento jurídico de uma política econômica liberal que garantia à vontade do indivíduo o papel de causa primeira das relações jurídicas”. (MEIRELES: 2009: 66)

¹² Poderes de uso, gozo e disposição.

¹³ Neste sentido, cabe a referência a Tércio Sampaio Ferraz na obra Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2003, nas páginas 88-89

A partir da vigência da Carta Constitucional de 1988, as transformações sociais ocorridas neste período se encaminharam para um modelo de família instrumental e que assimilou as alterações das estruturas familiares ocorridas ao longo do século XX. Neste cenário, a certeza jurídica estabelecida deixou de conceder respostas à formação dos vínculos familiares.

A noção de família legítima, nascida do casamento, passa a conviver com a concepção de que a família decorre de um fato, de uma realidade que antecede o direito e que necessita ser recebida pelo sistema jurídico como uma construção tópica e sistemática de soluções não previstas taxativamente no direito legislado e que instaura novos desafios para sua instituição e aplicação¹⁴.

Com tais transformações, a valorização dos “quereres” protegida pela autonomia da vontade cede lugar à compreensão da autonomia privada como um poder emanado da ordem jurídica¹⁵, conferido aos particulares para que sejam capazes de auto-regular os seus interesses na medida de valores existenciais que preservem toda a integridade do sistema jurídico, mantendo-se como uma expressão privada da liberdade jurídica. Pode-se identificar um poder de autodeterminação e de auto-vinculação das situações jurídicas nas quais se inserem, constituindo um estatuto jurídico “pessoal”, ou, seja, cláusulas que regerão determinadas situações jurídicas existenciais ou patrimoniais (STEINMETZ, 2004: p. 190-191).

É também forçoso ressaltar que o Direito de Família possui características próprias ao possuir um forte conteúdo ético e moral, sendo instituição fundamental ao desenvolvimento humano e por consequência, de toda a sociedade. É o campo do direito privado onde se regula de forma mais evidente as questões referentes ao *estado*¹⁶ da pessoa natural, incidindo sobre a esfera dos direitos pessoais através da incidência de normas cogentes e sendo em geral, indisponível, intransmissível e insuscetível de avaliação econômica¹⁷. A partir destas particularidades é que se infere necessária uma atuação contundente do Poder Judiciário.

Neste novo cenário, o direito privado necessitou de um redimensionamento. A dogmática patrimonialista cede lugar aos valores existenciais. Contudo, esta nova dimensão existencial será aplicável ao modelo ainda vigente de família, que se mantém em um *locus* próprio de interesses privados? São as pretensões patrimoniais decorrentes das relações familiares sujeitas às mesmas disposições volitivas inerentes às relações contratuais?

Pode-se perceber que o Direito de Família contemporâneo caminha para uma crescente valorização da autonomia da vontade das partes e das liberdades individuais como fruto da autonomia privada¹⁸. Há um movimento normativo pela liberdade na configuração das relações familiares, a exemplo da promulgação da Emenda Constitucional 66, de 13 de julho

¹⁴ FACHIN, 2008:269

¹⁵ A autonomia privada como princípio norteador da relação entre particulares começa a se firmar desde o direito romano. Contudo, chega a seu ápice com a Revolução Francesa, em 1789 e após, com o liberalismo econômico que se consolidou ao longo dos séculos XVIII E XIX. A partir do Código Civil de Napoleão, a autonomia privada passa a ser princípio informador do sistema jurídico de direito privado (MARTINS-COSTA, 2000, p. 203).

¹⁶ O estado do ser humano nesta perspectiva pode ser considerado como um valor primário e como a unidade de seus direitos e deveres fundamentais e além, tratando-se do *status familiae* deve ser atribuído a mesma indisponibilidade do estado pessoal, uma vez que é composto por um conjunto de situações jurídicas existenciais que visando o livre e pleno desenvolvimento da pessoa (PERLINGIERI, 2007:138).

¹⁷ Sendo o organismo familiar a primeira base da sociedade, há uma fuga do arbítrio quase que pleno das relações privadas em geral, pois há um conjunto de normas imperativas que faz com que a lei seja o principal norte destas relações (RUGGIERO, 1999b: 34).

¹⁸ A liberdade aqui estabelecida se coloca na concepção de Hannah Arendt (2004:41), tratando da evolução do conceito de liberdade dispos que “ser livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro e também não comandar. Não significava domínio, como também não significava submissão”, ou seja, liberdade de manifestação de vontade acarretando ao sujeito de direito autonomia para agir dentro de sua esfera social e familiar.

de 2010, que alterou o artigo 226 da Carta Constitucional permitindo a realização do divórcio, como forma de dissolução do casamento, a partir da única e exclusiva manifestação de vontade de um dos cônjuges, da possibilidade de se estabelecer livremente o regime de bens do casamento e da união estável através de contratos formais e solenes e do livre planejamento familiares assegurado constitucionalmente.

III – O regime patrimonial de bens e sua incidência sobre as relações conjugais

O casamento, união entre homem e mulher na forma da lei, sempre foi justificado pela necessidade de formação de uma família legítima. Para KANT (2010:85), o casamento era um contrato necessário por força da lei da humanidade, ou seja, uma relação que se justificava pelas leis do próprio direito e da razão pura e que traz como consequência imediata a *igualdade de posse*, no princípio como uma posse recíproca do outro, mas também a posse dos bens materiais. Nesta órbita, os cônjuges não poderiam abrir mão dos direitos sobre o outro, mas estariam “autorizados a abrir mão do uso de uma parte, embora apenas mediante um contrato separado”. Pode-se compreender esta referência como a compreensão de que as consequências patrimoniais advindas desta relação seriam dotadas de uma liberdade quanto à disposição dos bens que poderiam integrar o patrimônio comum.

Ruggiero (1999b: 34-35) sustenta que nas relações de Direito de Família existem os chamados direitos familiares-patrimoniais que decorreriam dos denominados direitos familiares puros e que estariam dotados de características próximas aos direitos obrigacionais e reais, estando sujeitos a atos de disposição, tais como a renúncia, transmissão e alienação. Estariam aí compreendidos o usufruto legal dos bens dos filhos menores, o direito real de habitação decorrente do óbito de um dos cônjuges, a obrigação de alimentar e as relações patrimoniais decorrentes dos regimes de bens. Contudo, como decorrente da existência das relações jurídicas familiares, estes direitos estariam informados não por seu conteúdo patrimonial, mas pela finalidade de sua existência, qual seja “proteger os interesses superiores da família, como organismo, e não o interesse particular do indivíduo”, trazendo um enfraquecimento da esfera da liberdade deixada ao indivíduo.

O regime de bens é tratado como o estatuto patrimonial do casamento¹⁹, onde prevalece uma natureza de autorregulamentação dos interesses do casal na constituição e gestão do seu patrimônio²⁰, trazendo, contudo, uma clara limitação à autonomia da vontade dos cônjuges. Embora o *caput* do artigo 1639 estabeleça ser lícito aos cônjuges disporem o que lhes aprouver quanto ao regime de bens do casamento há no artigo 1655 uma nulidade textual que confere invalidade a todo ato que confronte a lei.

No Código Civil em vigor, a matéria é tratada no Título II do Livro IV, referente ao Direito de Família, onde se dispõe sobre os direitos patrimoniais a partir do artigo 1639. Esta regulação do regime patrimonial de bens mantém como fundamentos a pluralidade de regime de bens e a liberdade de estabelecimento dos pactos antenupciais²¹, que devem ser tutelados

¹⁹ Cabe esclarecer que por força do artigo 1725 do Código Civil é aplicável à União Estável o regime da comunhão parcial de bens bem como a possibilidade dos companheiros livremente estabelecerem sua situação patrimonial. Para Tepedino, “O regime de bens afigura-se tipicamente vinculado ao ato-condição solene que deflagra sua validade e eficácia: o casamento. Daí ter o codificador civil determinado a aplicação do regime de comunhão parcial de bens às uniões estáveis, *no que couber*.” (2008:08)

²⁰ Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira (2010:189, 190); Roberto de Ruggiero (1999b: 185-187).

²¹ “A imaginação humana, a serviço das conveniências dos cônjuges, tem trabalhado no sentido de combinarem em e outro critério, e, desta sorte, sugere a manutenção das formas puras originais, ou a criação de outros regimes em que comunicam alguns valores, enquanto outros se conservam destacados no patrimônio dos consortes. É, pois, lícito aos cônjuges escolher o regime de suas preferências, combiná-los ou estipular cláusulas de sua livre escolha e redação, desde que não atentem contra os princípios de ordem pública, e não contrariem a natureza e os fins do casamento” (PEREIRA, 2010:189).

pelo Judiciário sempre que tiverem por finalidade a dignidade dos integrantes da família e a promoção de sua dignidade. Para Tepedino (2008; 16) a liberdade de regulamentação dos interesses no âmbito familiar traduz um “pluralismo de escolhas” e que deve refletir a “liberdade fundamental de cada um, como expressão de sua individualidade, a organizar a vida comunitária”. Esta liberdade se reflete na possibilidade do casal alterar, na forma do parágrafo 2º do artigo 1639 da Lei Civil, o regime de bens do casamento, a partir do preenchimento dos requisitos legais que serão objeto de análise adiante.

Dentro da autonomia da vontade negocial se estabelece a possibilidade de eleição através do pacto antenupcial do regime da comunhão universal de bens, da participação final nos aquestos e da separação absoluta de bens, com a faculdade assegurada aos nubentes de fixarem um regime patrimonial misto, isto é, reunindo através da manifestação de vontade elementos de vários regimes de bens. Há arraigada discussão²² na doutrina acerca dos limites da autonomia da vontade neste ato, indagando-se se o seu conteúdo é limitado a disposições de conteúdo patrimonial ou às situações jurídicas existenciais, cabendo disposição referente à guarda e visitação de filhos que o casal venha a ter, indenizações para o caso de configuração de responsabilidade civil no âmbito da relação conjugal

Ressalve-se a manutenção da lei civil do regime da separação total de bens obrigatória, prevista no artigo 1641 do Código Civil e que exige a separação patrimonial entre aqueles inobservarem as causas suspensivas da celebração do casamento²³, daqueles que necessitarem de autorização judicial para se casar e para os maiores de 70 anos²⁴.

IV – A mutabilidade (?) do regime de bens e a sua admissibilidade pelo Poder Judiciário

Certamente que a maior inovação quanto ao estatuto patrimonial do casamento foi o acolhimento da possibilidade dos cônjuges alterarem após as núpcias o regime patrimonial de bens, que segundo as disposições do Código Civil de 1916²⁵ era imutável.

A mutabilidade do regime de bens, prevista no artigo 1639, § 2º, exige que para a alteração do regime patrimonial haja procedimento judicial, com pedido formulado por ambos os cônjuges, com exposição dos motivos e a ressalva dos direitos de terceiros. Ainda é exigido que se apresente perante o juiz a veracidade das razões que levaram o casal ao pedido de alteração.

Os requisitos contidos no artigo 1639, parágrafo 2º traz a lume reflexões como a de Heloísa Helena Barboza (2004:102) que o considera tal mutabilidade inexistente, pois há uma incongruência latente na disposição acerca da matéria: “A vontade dos interessados é bastante para escolher o regime, ressalvadas à evidência as hipóteses do regime obrigatório, mas não para modificá-lo” e ainda, o possível indeferimento traz ao arbítrio do juiz a alteração, não sendo um ato volitivo típico.

²² Pela exclusiva disposição patrimonial, cabe a visão de Washington de Barros Monteiro, de que “em primeiro lugar, fazendo lavrar o pacto antenupcial, devem os nubentes ater-se, tão-somente, às relações econômicas, não podendo ser objeto de qualquer estipulação os direitos conjugais, paternos e maternos” (2007:193). Para Maria Berenice Dias, “nada impede que os noivos disciplinem também questões não patrimoniais. Ora, se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas” (2010:233).

²³ As causas suspensivas não acarretam a invalidade do vínculo matrimonial, mas apenas a restrição da manifestação de vontade quanto ao regime patrimonial e encontram-se previstas no artigo 1523 do Código Civil.

²⁴ Objeto de severas críticas na época da publicação do Código Civil de 2002, o artigo 1641 em seu inciso II previa o regime da separação total obrigatória para as pessoas que fossem maiores de 60 anos, uma vez que limitaria a vontade de sujeitos de direito plenamente capazes e em plena condição física e mental. A Lei 12.344, de 9 de dezembro de 2010 alterou esta idade mínima para 70 anos.

²⁵ O artigo 230 do Código Civil de 1916 previa que “O regime de bens entre cônjuges começa a vigor desde a data do casamento e é irrevogável”.

A livre manifestação negocial no campo do Direito Civil se configura através da existência da vontade e da autonomia privada, cuja consequência não reside apenas na faculdade de celebrar determinados atos, mas também ter a livre estipulação de seu conteúdo (AMARAL, 2006:372). A capacidade de estipulação é um corolário da vontade individual e se destina essencialmente a produzir os efeitos pretendidos pelo agente. Utilizando KANT (2003:32), pode-se compreender que a autonomia da vontade é “a propriedade que a vontade possui de ser lei para si mesma (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, pois: escolher sempre de modo tal que as máximas de nossa escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer. Que esta regra prática seja um imperativo”, ou seja, nessa órbita, a vontade deve ser capaz de gerar uma vinculação entre a sua manifestação e os efeitos jurídicos pretendidos.

A necessidade do juiz interferir e avaliar “a procedência das razões invocadas²⁶” parece ferir mortalmente a percepção de que se está diante de um ato negocial, abalando a autonomia da vontade nesta relação, especialmente em um Direito de Família onde está explicitado o princípio da não-intervenção. Na compreensão de TEPEDINO (2008:16),

uma efetiva aplicação do princípio da não-intervenção está em coibir qualquer tipo de interferência externa à família. Essa proibição deve ser compreendida de forma ampla, possibilitando ao ordenamento a tutela das mais variadas formas de constituição da família, desprovida de preconceitos de qualquer tipo. Não é dado ao Estado impor a estrutura familiar que julgar acertada, sob pena de restringir ilegitimamente a esfera de liberdade dos indivíduos. TEPEDINO, 2008:16

Este princípio se justifica pela autonomia conferida à família como instrumento de desenvolvimento do ser humano, onde deve sempre prevalecer seu aspecto afetivo ou amoroso. Para Sérgio Gischkow Pereira (2003:153) toda interpretação deve ser realizada de modo a prestigiar e fazer prevalecer esta característica. Para o autor “se um novo regime é mais consentâneo com a realidade da vida afetiva dos cônjuges, deve ser acatada a mudança do regime precedente. O plano patrimonial não deve se sobrepor ou prejudicar o plano pessoal”. Não atender a estes parâmetros violaria a comunhão de vida inerente à relação conjugal²⁷.

É certo que em nome da confiança e da boa-fé objetiva que, como fundamentos da Lei Civil devem permear todas as relações jurídicas negociais, há que se preservar os interesses de terceiros e ainda, assegurar que há efetivamente a concordância de ambos os cônjuges, para que não se permita nenhum tipo de ofensa à liberdade de agir e à idoneidade dos negócios jurídicos celebrados. A comprovação destes requisitos se faz em nome da efetivação da solidariedade social, cristalizada através da tutela jurídica da confiança (FARIAS, 2006: 247), impondo um dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses daqueles que firmaram relações negociais com o casal, sejam elas pessoas naturais ou jurídicas ou ainda, aqueles que tem vínculos familiares e o prejuízo poderia vir através de simulações ou lesões a percepção de prestação alimentar²⁸ ou direitos sucessórios.

V - O papel do Juiz no procedimento judicial de alteração do regime de bens

²⁶ CCB, artigo 1639, § 2º, *in fine*.

²⁷ CCB, artigo 1511: O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

²⁸ Embora os alimentos se traduzam em uma prestação pessoal, sua fixação é mensurada a partir da necessidade do alimentado e da possibilidade do alimentante, portanto, uma modificação do regime patrimonial de bens poderia afetar eventual meação e ao diminuir o patrimônio de um dos cônjuges, afetar sua condição para cumprir eventual obrigação alimentar.

A prestação da tutela jurisdicional como desdobramento do exercício da jurisdição²⁹ nasce hoje de uma necessidade de se buscar uma resposta efetiva às demandas sociais levadas ao Judiciário (DINAMARCO, 2000:807-808). Jurisdição esta que deve ser compreendida como o poder específico que alguns órgãos estatais tem de resolver os conflitos de interesses que lhes são propostas e que deve ser utilizada como o instrumento mais efetivo para dinamizar a relação entre direito e sociedade, lugar onde este é aplicado³⁰ (GALVEZ, 2007:384).

Se considerarmos que há o dever do Estado em prestar uma tutela efetiva aos direitos, deve-se dar aos titulares de uma posição jurídica carente de tutela jurisdicional o procedimento que seja idôneo à sua obtenção, no que MARINONI (2005:516) vislumbra uma dimensão prestacional do direito à tutela jurisdicional efetiva. Portanto, deve haver a elaboração de procedimentos distintos que venham a satisfazer as diferentes situações substanciais carentes de tutela.

Analisando a perspectiva da jurisdição como um poder-dever e uma função, cabe indagar qual o papel deste exercício em uma demanda que traga em si um interesse eminentemente privado e decorrente de uma relação conjugal, onde a própria norma consagra um princípio da não-intervenção.

Na leitura de COURTIS (2006:106), percebe-se que talvez um dos pontos centrais da questão esteja no fato do direito ter elegido “o ordenamento jurídico como o grande mistério a ser desvendado, o tratando como universo exclusivo de interesse” e não há uma adequada análise dos pontos de tensão que são necessários para que haja uma efetiva compreensão do uso da norma aos seus destinatários. Inexistindo o conflito de interesses, estando o pedido fundamentado por ambos os cônjuges, tem o Estado o condão de interferir nesta esfera da vida privada?

A partir da existência da nova ordem constitucional, são estabelecidos princípios de concretização da dignidade da pessoa humana³¹, igualdade substancial, da preservação do mínimo existencial e que devem acarretar uma atuação do Estado-Juiz no sentido de dar efetividade a estes direitos, em uma busca de equilibrar os interesses da família como instituição socialmente tutelada e protegida e a liberdade e autonomia de seus membros. Dessa forma, de um lado se estabeleceu uma verdade jurídica construída ao longo da história humana, onde se prestigiou uma forma externa de construção da verdade³² que valorizou a autonomia privada como corolário da liberdade da pessoa humana.

²⁹ Conforme DINAMARCO (2000:808), “a tutela jurisdicional, assim enquadrada no sistema de proteção aos valores do homem, não se confunde com o próprio serviço realizado pelos juizes no exercício da função jurisdicional. Não se confunde com a jurisdição. A tutela é o resultado do processo em que essa função se exerce”.

³⁰ Para Gálvez, “la llamada función jurisdiccional o más específicamente jurisdicción, es el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses inter subjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social e justicia”.

³¹ Este Princípio pode ser considerado como a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano. (SARLET, 2006, p. 78)

³² “parece-me que existem, na sociedade, ou pelo menos, em nossas sociedades, vários outros lugares onde a verdade se forma, onde um certo número de regras de jogo são definidas — regras de jogo a partir das quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios de objeto, certos tipos de saber — e por conseguinte podemos, a partir daí, fazer uma história externa, exterior, da verdade.

As práticas judiciárias — a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a

Um dos argumentos pela discricionariedade do juiz em deferir ou não a alteração do regime patrimonial de bens está na defesa dos interesses do cônjuge considerado “mais fraco”. Contudo, usando as palavras de Rolf Madaleno (2003:1999), em um cenário de “igualdade dos cônjuges e dos sexos consagrada pela Carta Política de 1988, soaria sobremaneira herege aduzir que em plena era de globalização, com absoluta identidade de capacidade e de compreensão dos casais, ainda pudesse um dos consortes, apenas por seu gênero sexual, ser considerado mais frágil, mais ingênuo e com menor tirocínio mental do que o seu parceiro conjugal”. Portanto, entender cabível a discricionariedade do juiz nestes casos, é presumir uma incapacidade material das pessoas casadas em decidirem o que melhor lhes cabe na condução da vida conjugal.

Reforça-se que a atuação do juiz nas relações privadas deve estar marcada pela percepção de que a lei hoje está subordinada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Na lição de MARINONI (2005:26), cabe ao juiz³³ uma compreensão da lei à luz destes princípios e direitos, posto que a lei deixa de ser objeto e passa a ser um componente que vai “levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, portanto, como um novo ou outro objeto”. Ancorado na liberdade de agir assegurada constitucionalmente, permitindo a celebração de pactos e de formação da família como núcleo de proteção especial do Estado, ao juiz é permitida ou até mesmo imposta (?) a interpretação da norma a partir dos princípios da não-intervenção e da autonomia privada.

Neste sentido, cabe a transcrição do voto proferido pelo Ministro Jorge Scartezini no Recurso Especial nº 730.436-MG³⁴, julgado em 23 de agosto de 2005 e que inicia a pacificação de uma questão que se tornava tormentosa até então: havia a possibilidade de pessoas casadas sob a vigência do Código Civil de 1916 se valerem da mutabilidade do regime? Como ficaria a proteção ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido? Não haveria notória violação?

A estas indagações, seguiu a interpretação da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

A Turma proveu o recurso, decidindo não serem obstáculos os arts. 1.639, § 2º, e 2.039 do novel Código Civil de 2002, para possibilitar a pretendida alteração do regime jurídico de bens - de comunhão parcial para separação total -, de casamento celebrado na vigência do Codex de 1916, revogado. **Outrossim, inibir essa alteração incidental de regimes matrimoniais de bens na vigência da legislação anterior desestimula a aplicação teleológica do art. 5º, da LICC, quanto aos "fins sociais" e "exigências do bem comum", incentivando, ademais, a fraude em divórcios para que casais contraíam novo casamento, em função do regime de bens mais vantajoso.** (Grifou-se)

reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história — me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas. (FOUCAULT: 2002: 11)

³³ É findo o tempo do juiz como a boca da lei e passamos a um tempo em que o juiz é um projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição (MARINONI, 2005:30).

³⁴ Informativo nº 0257, Período: 22 a 26 de agosto de 2005.REsp 730.546-MG, Rel. Min. Jorge Scartezini, julgado em 23/8/2005, disponível em www.stj.gov.br.

O posicionamento acima tem se firmado de maneira sólida no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais inferiores³⁵, consolidando-se a possibilidade da mudança do regime de bens nos casamentos celebrados anteriormente à vigência do Código Civil de 2002. Contudo, permanece a interpretação dominante de que a “apuração das razões invocadas” é requisito essencial para a concessão da alteração de regime, conforme decidiu a Terceira Câmara do Superior Tribunal de Justiça em voto prolatado pela Ministra Nancy Andrichi no Recurso Especial nº 821.807/PR, julgado em 19/10/2006:

Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade. A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, **desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido.** - Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, **tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida.**

- Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico. - Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC/02, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal.

- Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. Recurso especial não conhecido.

Contudo, em 28 de fevereiro de 2013, foi publicada no “Notícias do STJ” decisão onde se fortalece o reconhecimento da autonomia privada na regulamentação da situação patrimonial do casal. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça decidiu que

“a divergência conjugal quanto à condição da vida financeira da família é justificativa, em tese, plausível para a alteração do regime de bens. Segundo ele, essa divergência muitas vezes se manifesta ou se intensifica quando um dos cônjuges ambiciona nova carreira empresarial. ‘Mostra-se razoável que um dos cônjuges prefira que os patrimônios estejam bem delimitados, para que somente o do cônjuge empreendedor possa vir a sofrer as consequências por eventual empreendimento malogrado’, destacou o relator³⁶

Fica evidenciada no trecho transcrito a possibilidade de se adotar como predominante a vontade das partes, sem que haja inquirição de um motivo concreto e passível de comprovação, bastando a discordância na gestão patrimonial para que fosse deferida a alteração.

³⁵ Neste sentido, os julgados REsp 1.112.123-DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 16/6/2009, REsp 812.012-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 2/12/2008, REsp 821807 / PR, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 19/10/2006. Disponíveis em www.stj.gov.br.

³⁶ Notícias do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Luiz Felipe Salomão. Disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108706. Acesso em 04 de março de 2013.

Este entendimento segue para além da posição adotada pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível nº . 1.0439.09.112664-9/001³⁷ que deferiu a alteração do regime patrimonial de bens de um casal em razão do reconhecimento de filho havido fora do casamento, levando ao questionamento sobre eventual prejuízo futuro para aquele que, fruto de uma relação extraconjugal, tem proteção constitucional idêntica aos filhos do matrimônio:

I - A individualização do patrimônio dos cônjuges, por meio da alteração do regime de bens da comunhão para o da separação como faculta o art. 1.639, § 2º, do CCB/02, é solução razoável e que se impõe quando, tendo o varão um filho nascido de relacionamento extraconjugal, os cônjuges querem a preservação da família e dos direitos da filha comum sobre o patrimônio amealhado com o esforço do trabalho de sua mãe. II - Como a má-fé não se presume e como o filho tido fora do casamento pelo varão tem mera expectativa de herdar os bens deixados por este, não é lícito imaginar que seu pai não mais mantenha ou adquira bens após a alteração aqui pretendida, causando-lhe, assim, prejuízos efetivos, o que, conjugado à documentação que atesta à boa índole dos cônjuges, autoriza afastar a ideia de fraude que justificou a improcedência do pedido de alteração do regime de bens do casamento. (grifou-se).

Já na Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em voto prolatado pela relatora desembargadora Elizabete Filizzola, na Apelação Cível Nº 0100586-2.2008.8.19.0001 e publicado no ementário 17 do ano de 2009³⁸, manteve como fundamento para o indeferimento da pretensão do casal a ausência de prejuízo entre o casal e além, a possibilidade, em face da existência de inúmeras execuções fiscais e trabalhistas contra o cônjuge mulher, de existir lesão ou grave ameaça de prejuízo a credores.

Por outro lado, o mesmo Tribunal afastou a imutabilidade do regime de bens na separação obrigatória, onde o casamento foi precedido de união estável e havia a cooperação e o esforço comum entre o casal³⁹, atendendo às peculiaridades da situação em concreto ao dispor que a

³⁷Relator Desembargador Peixoto Henriques, julgamento: 02/10/2012. Publicação: 19/10/2012. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=68&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=mudan%E7a%20e%20regime%20e%20bens%20e%20c%F4njuges&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>

³⁸ APELACAO CIVEL Nº 0100586-2.2008.8.19.0001 (2009.001.12069)- - 1ª Ementa DES.ELISABETE FILIZZOLA - Julgamento: 15/04/2009 - SEGUNDA CAMARA CIVEL CASAMENTO. ALTERACAO DO REGIME DE BENS. DIVIDA ANTERIOR AO CASAMENTO. RAZAO IMPROCEDENTE. INTERESSE DE TERCEIRO. INTERESSE DOS CREDITORES. APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS. INOBSERVÂNCIA DO ART. 1639, PARÁGRAFO 2º DO CÓDIGO CIVIL. EXISTÊNCIA DE EXECUÇÕES TRABALHISTAS E FISCAIS. INTERESSES DE TERCEIROS QUE DEVEM SER PRESERVADOS, NA FORMA DA LEI. Recurso interposto contra sentença que julgou improcedente o pedido de alteração de regime de bens da comunhão universal para a separação total de bens. **A existência de múltiplas execuções trabalhistas e fiscais, advindas de dívidas anteriores ao casamento é causa suficiente para o indeferimento da pretensão ante a possibilidade de lesionar direito de terceiros.** Ademais, não demonstrado o alegado prejuízo para o cônjuge virago, uma vez que o artigo 1668, inciso III do Código Civil, exclui da comunhão universal as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de aprestos ou reverterem em proveito comum. Sentença que se mantém. RECURSO DESPROVIDO. Ementário: 17/2009 - N. 6 - 07/05/2009

³⁹ APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002558-13.2008.8.19.0081 (2009.001.40371) - APELACAO - 1ª Ementa DES. ODETE KNAACK DE SOUZA - Julgamento: 09/06/2010 - VIGESIMA CAMARA CIVEL. ALTERACAO DO REGIME DE BENS. UNIAO ESTAVEL. ANTERIORIDADE. DECURSO LONGO DE TEMPO. NOVO CODIGO CIVIL. ADMISSIBILIDADE. APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. NUBENTES QUE SE CASARAM COM IDADE SUPERIOR A SESSENTA ANOS, O QUE ENSEJOU A ADOÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS. CASAMENTO PRECEDIDO DE CONVIVÊNCIA

imutabilidade do regime de bens não é mais absoluta. O legislador não impôs um tempo mínimo de casamento, tampouco estabeleceu condições para o referido requerimento, determinando apenas, que seja feito em documento fundamentado por ambos os cônjuges. (...) Um casamento que segue à longa união estável, com filhos em comum, não pode receber o mesmo tratamento, pelo julgador, daquele realizado entre duas pessoas que ainda irão experimentar a vida em comum. (Grifou-se).

No julgado apresentado, parece clara a intervenção do juiz ao considerar as peculiaridades da situação em concreto e da vontade manifestada pelo casal. Não há qualquer ofensa ao texto legal, somente uma interpretação que veio a atender efetivamente à pretensão das partes.

O caminho trilhado até aqui claramente demonstra a necessidade de se redimensionar os limites do direito privado e a sua aplicação. Há que se investigar o papel do estado-juiz nestes processos decisórios: a “imparcialidade” do juiz se manifesta por sua condução “neutra” do processo e sua decisão judicial. Contudo, o juiz está inserido nas mesmas relações do cotidiano que lhe são trazidas pelas partes, notadamente nas relações de família.

Assim, cabe indagar em que medida sua experiência e sua capacidade de contextualizar a história nas relações do cotidiano influenciará a aplicação do direito (SCHAPP, 2004: 139) e, se na construção do processo decisório, há uma preocupação em transpor os limites da decisão fundada em um saber dogmático⁴⁰ e valorar os aspectos da realidade social que permeiam a questão, prestigiando o princípio da autonomia da vontade e seus reflexos na vida das partes.

Neste sentido, Leonardo Greco (2008:45-46) pondera que nas relações privadas há uma necessidade de um juiz menos interventivo, necessário ao pleno exercício da liberdade pelo jurisdicionado, que permita às partes uma maior ingerência na condução de seus próprios interesses. Não se defende aqui a existência de um juiz-fantochê, mas sim de um juiz que realize uma ponderação racional dos elementos que venham a ser apresentados no processo.

V- Conclusão

A partir deste novo cenário, surge a necessidade de um novo olhar para as relações privadas. Redimensionaram-se os conceitos de contrato, família, empresa⁴¹ e propriedade e o direito privado passou a ser enxergado sobre os fundamentos da nova ordem constitucional. Na perspectiva teórica do Direito Privado contemporâneo, a autonomia privada deve ser

ANTERIOR, HAVENDO, INCLUSIVE, QUATRO FILHOS EM COMUM. A IMUTABILIDADE DO REGIME DE BENS NÃO MAIS É ABSOLUTA. O LEGISLADOR NÃO IMPÔS UM TEMPO MÍNIMO DE CASAMENTO, TAMPOUCO ESTABELECEU CONDIÇÕES PARA O REFERIDO REQUERIMENTO, DETERMINANDO, APENAS, QUE SEJA FEITO EM DOCUMENTO FUNDAMENTADO POR AMBOS OS CÔNJUGES. SUA FINALIDADE, AO IMPOR O REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO DA PESSOA MAIOR DE SESSENTA ANOS, INDUBITAVELMENTE, REPOUSA NA PROTEÇÃO DE SEU PATRIMÔNIO. UM CASAMENTO QUE SEGUE A LONGA UNIÃO ESTÁVEL, COM FILHOS EM COMUM, NÃO PODE RECEBER O MESMO TRATAMENTO, PELO JULGADOR, DAQUELE REALIZADO ENTRE DUAS PESSOAS QUE AINDA IRÃO EXPERIMENTAR A VIDA EM COMUM. ASSIM, A ADOÇÃO DE INTERPRETAÇÃO LITERAL DO ART. 1641, II, DO CC/02 NÃO É A MELHOR TÉCNICA QUE SE IMPÕE AO DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. EXTINGUIR, SUMARIAMENTE, O FEITO, SEM OPORTUNIZAR AOS REQUERENTES A COMPROVAÇÃO DE SUAS ALEGAÇÕES, SERIA OFENDER, ENTRE OUTROS, AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. RECURSO PROVIDO; Ementário 30/2010 - N. 3 - 05/08/2010

⁴⁰ Para Ferraz Jr. (2001, p.316), as decisões podem ser programadas procedimentalmente através da fixação dos meios decisórios, deixando em aberto suas consequências ou, permitir ao juiz se fixar nas consequências, deixando em aberto os meios a serem utilizados.

⁴¹ Partiu-se da concepção de empresa como sinônimo da sociedade empresária

exercida sob o manto dos direitos fundamentais. Esta nova compreensão demonstra que a pessoa humana é o elemento finalístico da proteção estatal, destinatário principal da tutela emanada do direito positivo e que o Direito Privado deve ter um conteúdo instrumental, aplicando ao *fattispecie*⁴² a cláusula geral de tutela da pessoa humana (CRFB, art.1º, III). Nesta órbita, as relações privadas não devem ser valoradas em si mesmas, mas como um instrumento de realização da pessoa humana (Tepedino, 2004, p.356).

Nesta órbita de efetivação da proteção à pessoa humana, deve-se repensar o papel do juiz nestas relações, especialmente aquelas em que, embora haja um “pano de fundo” existencial, guardam interesses eminentemente patrimoniais e que estão compreendidos na órbita da liberdade contratual. Ao juiz caberá investigar e estabelecer uma compreensão da norma que seja capaz de atender às demandas pessoais.

No tocante à possibilidade da mudança do regime patrimonial de bens, é forçoso que se realize uma interpretação sistemática desta regra, confrontando-a com o princípio da não-intervenção e da autonomia da vontade. Manter uma posição do judiciário de uma intervenção absoluta em todos os aspectos da vida familiar traz à memória a atuação de um juiz positivista, que se limitava ao papel de “boca da lei”.

É fato que a aplicação essencialmente dogmática, dentro de uma lógica de subsunção não tem mais como se sustentar à luz da realidade contemporânea e que a verdade na nova ordem familiar estará em se estabelecer um espaço amparado pela norma que possibilite um pleno desenvolvimento pela pessoa humana em todas as suas dimensões. Não há que se falar em uma tutela dos interesses existenciais ou pessoais, mas de todos os aspectos da vida que sejam capazes de propiciar um pleno desenvolvimento, assegurando a livre manifestação de vontade como um dos corolários da liberdade e do exercício da dignidade.

VI– Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed., 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. SP: Malheiros, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª reimpressão da Edição de Julho de 2003, Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 4ª. ed. 2000.

COURTIS, Christian. **Observar la ley. Ensaio sobre metodologia de la investigación jurídica**. Madri: Editorial Trotta, 2006.

⁴² Situação em concreto que devem ser solucionados à luz da ordem jurídica vigente (PERLINGIERI, 2007:18).

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª Ed, SP: Revista dos Tribunais, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. In: **Fundamentos do Processo Civil moderno, vol. II**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade e do Estado**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica: Direito e Conjuntura**. SP: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves. A tutela jurídica da confiança aplicada ao Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. BH: IBDFAM, 2006.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GALVEZ, Juan F.Monroy. **Teoría General del Proceso**. Lima: Palestra Editores, 2007.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Revista de Processo**, SP: RT, ANO 33, n. 164, out. 2008, p.29 a 56.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade, vol. I**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEGEL, G.W.F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HUNT, Lynn. **Revolução Francesa e Vida Privada**. In: PERROT, Michelle. **História da vida privada**. 2ªed., São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. Martins Claret. São Paulo, 2003.

_____ **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos**. 3ª ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MADALENO, Rolf. Do Regime de Bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. In: NI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, vol. II**, 38ª ed., SP: Saraiva, 2007.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **Idéias jurídicas e autoridade na família**. RJ: Revan, 2007.

NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Função do Direito Privado no atual momento histórico**. SP: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. 1. 23ª Ed., Rio de Janeiro: Grupo Gen/Forense, 2009.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família. História do Direito Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2004.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. O Direito de Família e o Novo Código Civil: Alguns aspectos Polêmicos ou Inovadores. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, nº 18, Jun-Jul, 2003, pp. 147-162.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3ª ed. SP: RENOVAR, 2007.

PERROT, Michelle. **História da vida privada**. 2ªed., São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Porto Alegre: L&PM, 2008.

_____. **Do Contrato Social**. 3ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2009.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil, vol. I**, Campinas: Bookseller, 1999a.

_____. **Instituições de Direito Civil, vol. I**, Campinas: Bookseller, 1999b.

SARLET, Ingo W., **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHAPP, Jan. **Metodologia do Direito Civil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

SILVA, Denis Franco. **O princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução**. In: MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.) **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 139.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª ed., RJ: Renovar, 2008.

_____ “Controvérsias Sobre Regime de Bens no Novo Código Civil”,
in **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões n° 02**, pp. 05/21.

**A DOAÇÃO ENTRE OS CÔNJUGES CASADOS PELO REGIME DA SEPARAÇÃO
OBRIGATORIA DE BENS NO NOVO CODIGO CIVIL: POSSIBILIDADE OU
VIOLAÇÃO DA LEI?**

**DONATION BETWEEN SPOUSES MARRIED BY THE MANDATORY
SEPARATION OF PROPERTY IN THE NEW CIVIL CODE: POSSIBILITY OR
VIOLATION OF THE LAW?**

Sérgio Tadeu Pupo¹

RESUMO

O presente examina o contrato de doação utilizado como forma de disposição patrimonial entre os cônjuges, não tratada pelo regime de bens, especificamente para aqueles casados no regime da separação obrigatória de bens. Nessa hipótese, busca-se analisar os entendimentos antagônicos sobre o tema: de um lado, o posicionamento dos doutrinadores no sentido de que, a doação entre cônjuges constituiria uma violação da vontade do legislador que restringiu a comunicação de bens no regime da separação obrigatória para proteger um ou ambos os cônjuges de lesões patrimoniais causadas pelo outro consorte; e de outro lado, o posicionamento que considera que o contrato possibilita e valida as liberalidades entre os cônjuges casados sob o regime de bens imposto pela lei, sob o fundamento de se tratar do exercício de liberdade de disposição de bens e tratamento isonômico entre as entidades familiares. A pesquisa realizada utilizou-se do método indutivo e como técnica de pesquisa a bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: DOAÇÃO; CASAMENTO; SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (Uninove). Professor de Direito Civil da Universidade Nove de Julho (Uninove). Advogado.

ABSTRACT

This examines the donation agreement used as a form of disposal assets between spouses, by untreated property regime, specifically for those married under the system of mandatory separation of property. Seeks to analyze the antagonistic understandings on the issue: on one hand, the position of the commentators in the sense that the donation between spouses would be a violation of the will of the legislature that restricted the communication of goods in the regime of mandatory separation to protect one or both spouses of injuries caused by other consort, and on the other hand, the position which considers the agreement makes possible and valid the donations between spouses married under the regime of property imposed by law, under the grounds of being the exercise of freedom of disposition of goods and isonomic treatment between family entities. The survey was used as the inductive method and technique of the bibliographic search.

KEYWORDS: DONATION; MARRIAGE; MANDATORY SEPARATION OF PROPERTY.

SUMÁRIO: Resumo. Abstract. Introdução. 1. Doação. Natureza jurídica e elementos. 2. Da possibilidade da doação entre os cônjuges. 3. Da doação entre cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O contrato de doação constitui uma das formas que o sujeito de direito tem de dispor de sua propriedade a outrem, sem o recebimento de uma prestação equivalente, caracterizando, assim, uma das maiores demonstrações dos poderes do proprietário, ao lado da renúncia e do abandono.

Embora se trate de uma relação de direito privado, surgida da autonomia da vontade e que, a princípio será regida pelo doador no exercício de uma liberalidade, a questão demanda de uma análise pormenorizada, uma vez que, pode colidir com preceitos de ordem

pública do próprio direito contratual, como a proibição de doação universal, quanto do direito de família e sucessões, nas hipóteses de doações inoficiosas ou que tendem a beneficiar o concubino.

Especial atenção merecem as doações feitas entre cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens, aos quais não é concedida a autonomia para tratar da escolha do regime, o que serve de entrave com relação à comunicação dos bens particulares.

Neste caso, verificar-se-á se a doação entre esses cônjuges é válida ou se constitui uma tentativa de burla a lei, cuja consequência é a declaração de nulidade relativa ou absoluta.

Assim, serão abordados neste estudo os elementos característicos do contrato de doação para verificar a extensão e os limites da manifestação de vontade do doador frente aos dispositivos de ordem pública contidos no Código Civil de 2002, findando com a análise dos dispositivos aplicáveis ao casamento sob a égide do regime da separação obrigatória de bens.

A pesquisa realizada utilizou-se do método indutivo e como técnica de pesquisa a bibliográfica.

1. DOAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA E ELEMENTOS

O legislador pátrio ao tratar da doação no artigo 538 do Código Civil definiu-a como “o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

Assim, ao se incumbir de definir a doação, o legislador acabou por dispor de forma expressa a sua natureza jurídica de contrato, se alinhando ao direito alemão, suíço, português, polonês, japonês, argentino, uruguaio, peruano e mexicano².

Não se trata de um posicionamento uníssono em todos os sistemas jurídicos, pois o direito francês, por influência direta de Napoleão Bonaparte, coloca o contrato de doação entre as formas de aquisição da propriedade, como testamento, uma vez que, no seu entendimento, a ausência de bilateralidade das prestações descaracteriza o negócio contratual³.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. 3, p. 207.

³ **Op. cit.**, mesma página.

A doação é, em regra, um contrato *unilateral*, tendo em vista a criação de obrigações para uma só das partes; *consensual*, aperfeiçoando-se com a manifestação da vontade das partes; *gratuito*, pois apenas o donatário goza de vantagens, sem qualquer ônus, entretanto, nas doações com encargo, o contrato passa a ser oneroso; *formal*, porque deve ter forma escrita como regra, somente se admitindo a doação *manual*, na hipótese de bens móveis, de pequeno valor, com tradição imediata⁴ (artigo 541, § único do Código Civil); acrescenta Agostinho Alvim, que se trata, também, de um contrato *benéfico*, pois não empobrece o doador⁵, sendo nula a doação universal (artigo 548 do Código Civil).

O contrato de doação se verifica entre vivos, posto que não se admite no nosso direito a doação *causa mortis*, afinal, a liberalidade que produz efeitos com o falecimento do titular do patrimônio, obedece a um regramento especial na forma de testamento⁶.

Como deve haver a convergência de vontade das partes, de um lado o doador é movido por um sentimento de *liberalidade (animus donandi)*, a intenção de beneficiar, de enriquecer o donatário, com a diminuição do seu patrimônio; enquanto o donatário deve aceitar, ainda que, de forma ficta⁷ (artigo 543 do Código Civil).

Acerca da liberalidade, essa não está presente em todas as doações, podendo não existir interiormente, como “no caso em que algumas pessoas façam doação a um parente que está mal de vida. Um deles pode se aborrecer por ter que doar, não o escondendo, mesmo aos estranhos. Não obstante, e como *noblesse oblige*, a pessoa, por não querer ser exceção, acaba contribuindo”⁸.

Pela análise de seus elementos é inegável que este contrato constitui o cume dos poderes de proprietário, visto que, há a disposição de bem de seu patrimônio de forma gratuita, merecendo, portanto, a regulamentação legislativa para garantir esse ato benéfico do doador, mas, também, para evitar que a sua manifestação de vontade o leve a ruína ou a terceiros interessados.

Nesse sentido, escreve Arnold Wald:

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 3, p. 257.

⁵ **Da doação**, p. 8.

⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**, p. 213.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de direito civil**, v. 3, p. 212.

⁸ ALVIM, Agostinho. **Da doação**, p. 9.

Na realidade, as doações que desempenham importante função social e ética e concretizam aspirações de solidariedade humana provocam, por parte do legislador e do jurista, duas espécies de reações. Por um lado, as leis visam facilitá-las atendendo à sua finalidade benemérita. Por outro, há um justo receio de que sejam provocadas dolosamente, deixando muitas vezes o doador e sua família em situação precária⁹.

A antipatia de alguns pelo contrato, sob o argumento de que poderia ser utilizado para lesar os interesses do próprio doador ou de seus familiares, parece não se justificar diante dos instrumentos fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico para repelir tais condutas.

Sobre este aspecto, convém analisar as doações feitas entre os cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens, porque, aparentemente, o legislador impede o amplo exercício da liberdade do proprietário de dispor de seus bens, resultando na discussão acerca da validade do negócio jurídico na hipótese fática ventilada.

2. DA POSSIBILIDADE DA DOAÇÃO ENTRE OS CÔNJUGES

Os fundamentos para a permissão ou proibição dessa modalidade de doação variam de acordo com a época nas legislações nacionais e estrangeiras.

No direito romano, entre o fim da república e o início do principado eram proibidas as doações entre cônjuges, cujo objetivo era evitar situações de constrangimento ou pressão imoral entre marido e mulher, na qual um dos cônjuges fizesse doação ao outro para que não houvesse a dissolução do casamento. Tal proibição foi atenuada em 206 d.C., admitindo-se a validade do ato, desde que, o doador não modificasse sua vontade até o seu falecimento¹⁰.

O princípio romano serviu como fundamento para o artigo 781 do Código Civil italiano de 1942¹¹, pelo qual era vedada a doação entre cônjuges; entretanto, tal regra foi declarada inconstitucional pela Corte Constitucional Italiana em julgamento de 27 de junho de 1973 (acórdão nº 91), uma vez que estaria ferindo a igualdade entre os consortes e a autonomia privada da vontade.

⁹ **Direito Civil**, v. 3, p. 57.

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**, v. 2, p. 209.

¹¹ *“i coniugi non possono, durante il matrimonio, farsi l'uno all'altro alcuna liberalità, salve quelle conformi agli usi”* (RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil**, v. 3, p. 344).

Com os mesmos preceitos romanos, no sentido de evitar o abuso da influência de um cônjuge sobre o outro, o Código Civil português, em seu artigo 1.762, considera nula a doação entre casados, na hipótese de imposição legal do regime da separação de bens¹².

O Código Civil brasileiro de 1916 seguia a mesma linha do direito português, dispondo no artigo 226 que, “no casamento com infração do art. 183, XI a XVI, é obrigatório o regime da separação de bens, não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro”; porém, tal dispositivo não possui correspondente no Código Civil vigente, estando, portanto, revogado.

“*A priori*” com a revogação do artigo 226 do Código Civil de 1916 teria desaparecido qualquer restrição para a realização de uma doação entre os cônjuges; mas, a questão ainda demanda de uma análise pormenorizada, levando em consideração a compatibilização da doação com o regime de bens do casamento¹³.

O Código Civil de 2002, ao tratar do contrato de doação, passou a prever expressamente a possibilidade de doação entre os cônjuges, conforme a dicção do artigo 544: “A doação de ascendente a descendentes ou de um cônjuge a outro, importa em adiantamento do que lhes cabe por herança”.

Trata-se do chamado “adiantamento da legítima”, cujos efeitos variam de regime para regime de bens.

Com relação aos regimes da comunhão parcial de bens e da comunhão universal de bens, a questão acerca da possibilidade de doação entre cônjuges está ligada a existência ou não de bens particulares ou exclusivos, como sendo aqueles trazidos por cada um dos cônjuges ao se casar ou que não se comuniquem por força das exceções legais.

Assim, na comunhão parcial de bens, os cônjuges podem fazer doação entre si dos bens que não entraram na comunhão, devendo atentar para que essa doação não ultrapasse a parte disponível que o doador poderia dispor em testamento (artigo 549 do Código Civil), caso contrário ocorreria a afronta a legítima e, conseqüentemente, o prejuízo dos herdeiros necessários.

¹² VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p. 60.

¹³ Remanesce na legislação a restrição da doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, conforme redação do artigo 550 do Código Civil, alcançando tanto o chamado concubinato impuro, decorrente de relacionamento “adulterino, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como o de um homem casado ou concubinato que mantenha, paralelamente a seu lar, outro de fato”, quanto as relações eventuais do doador, de cunho sexual, sem o intuito de manter outro lar, uma vez que, o legislador cuidou de utilizar a expressão “cúmplice” e não concubino (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**, p. 165).

Todavia, com relação ao regime da comunhão universal de bens, via de regra, não há bens particulares a ser objeto de doação, “visto ser o acervo patrimonial comum a ambos”¹⁴. Logo, a doação é impedida pela impossibilidade jurídica do próprio objeto¹⁵.

Para Jones Figueirêdo Alves, “a conclusão de que a doação versará sobre os bens particulares de cada cônjuge, certo que, no regime de comunhão universal, o acervo patrimonial é comum a ambos, o que seria ocioso doar”¹⁶.

Em outras palavras, o doador não pode receber aquilo que já é seu, pois enquanto perdura a comunhão, não existe, via de regra, entre os consortes o verbo “meu”, mas “nosso” patrimônio.

Outrossim, não pode um dos cônjuges ao receber por doação ou sucessão um bem gravado com cláusula de incomunicabilidade pretender a doação para o outro cônjuge, pois estaria burlando a vontade do doador ou testador, tornando letra morta o dispositivo previsto no artigo 1.668, inciso I do Código Civil.

Cabe aqui, numa interpretação sistemática, fazer menção do artigo 1.829, inciso I do Código Civil, o qual, na sucessão “*causa mortis*” restringe ao cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens, a concorrência sobre os bens particulares e afasta a aludida concorrência na hipótese da adoção do regime da comunhão universal de bens.

Nota-se que o legislador já fez justiça com o cônjuge ao elevá-lo a condição de herdeiro necessário e, ainda, ao lhe dar a possibilidade de “concorrer com os descendentes, comuns ou exclusivos do *de cuius*, corrigindo, de certo modo, uma injustiça que se praticava contra o cônjuge no direito anterior, que somente sucedia o falecido na hipótese de não haver descendentes e ascendentes”¹⁷.

No que tange a participação final dos aquestos, extrai-se que, a principal característica é a incomunicabilidade dos bens durante a sociedade conjugal, estando, portanto, sob a égide da separação de bens, somente havendo o levantamento dos aquestos na hipótese de dissolução do vínculo por morte ou pelo divórcio.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**, v. 3, p. 236.

¹⁵ STJ, 2ª Seção, Ação Rescisória nº 310-0-PI, Rel. Min. Nilson Naves, j. 26-05-1993, m.v. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 16-03-2013.

¹⁶ **Novo código civil comentado**, p. 481.

¹⁷ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Sucessão concorrencial pelo cônjuge e pelo companheiro de acordo com o novo código civil**. Disponível em: <http://www.fujitaadvocacia.com.br/artigo_fujita_002.html> Acesso em: 16-03-2013.

Portanto, trata-se de um regime misto de comunhão e separação. Logo, no tocante a doação entre os cônjuges na constância do casamento são aplicáveis as mesmas regras aplicáveis à separação de bens oriunda da manifestação da vontade das partes por pacto antenupcial, ou seja, impera a vontade dos cônjuges com relação aos aspectos patrimoniais do vínculo conjugal.

Para fins deste estudo, não merece maiores divagações a questão atinente a restrição da liberdade de disposição patrimonial nas hipóteses em que os cônjuges optaram por um regime de bens, pois a limitação do direito decorre da manifestação de vontade dos próprios interessados; contudo, em se tratando de regime imposto pelo Estado, a questão ganha outro contorno, tendo em vista que, aos cônjuges poderá ser vedada a efetivação de liberalidades entre si, como será abordado a seguir.

3. DA DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES CASADOS SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Em sentido *lato*, a separação de bens se caracteriza pela “completa distinção de patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens”¹⁸.

O Código Civil de 2002 dispõe que, o regime da separação de bens pode advir da manifestação da vontade das partes (artigo 1.687), levada a termo através do pacto antenupcial lavrado por escritura pública (artigo 1.640), o qual passa a produzir efeitos a partir do casamento (artigo 1.639); ou, pode ser imposto pela lei (artigo 1.641) para as pessoas que: a) se casarem com inobservâncias das causas suspensivas (artigo 1.523); b) se um ou ambos os cônjuges contarem com mais de 70 (setenta) anos¹⁹; c) e para todos aqueles que dependerem, para casar, de suprimento judicial, como, por exemplo, o nubente que não alcançou a idade mínima de 16 (dezesseis) anos (artigo 1.520).

Observa-se que, o legislador impôs um regime de bens, limitando a autonomia da vontade dos nubentes para fixar as regras quanto a comunicabilidade ou não do patrimônio, com o objetivo de proteger os bens de cada um dos cônjuges ou de terceiros, como por

¹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, v. 6, p. 338.

¹⁹ A redação original do Código Civil de 2002 que, impunha o regime da separação para aqueles que se casassem aos 60 (sessenta) anos, foi alterada pela lei 12.344, de 09 de dezembro de 2010.

exemplo, no casamento da viúva que não efetuou a partilha de bens do falecido, cuja imposição do regime evita a confusão entre o patrimônio dos herdeiros do falecido e aquele que surgirá com as novas núpcias da cônjuge sobrevivente.

Em todas as espécies de separação, o patrimônio surgido, a princípio, fará parte dos bens particulares de cada cônjuge não se comunicando por força do regime de bens.

No caso da separação voluntária de bens – oriunda de pacto antenupcial – não há qualquer óbice para que a doação se efetive, uma vez que, tal qual na escolha do regime de bens, as partes (doador e donatário) estarão exercendo a autonomia da vontade ao formalizar o contrato.

A diferença, portanto, reside no fato de que, a instituição de patrimônio comum ou de disposição de bens deverá surgir a partir da manifestação expressa de vontade, visto que, a regra estabelecida entre o casal é a da prevalência da inexistência de bens comuns.

Com relação a separação obrigatória de bens, a questão não se mostra tão simples, considerando que, neste caso vigora a imposição da lei sobre a vontade dos consortes.

A doação entre os cônjuges na separação obrigatória de bens pode gerar o entendimento de burla a lei, pois a autonomia da vontade das partes foi limitada pela norma imperativa.

Ademais, a limitação atinge inclusive os direitos sucessórios dos cônjuges, pois o artigo 1.829, inciso I do Código Civil vedou a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes se o casamento fora realizado sob a égide do regime da separação obrigatória de bens. Logo, ainda que, se utilize uma interpretação sistemática, a resposta para a possibilidade de doação “*inter vivos*” ou “*causa mortis*” pode ser negativa.

Contudo, não se deve se afastar da realidade da vida, do fato concreto para apresentar uma solução que garanta aos cônjuges o livre exercício ao direito de propriedade privada, previsto pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXII e pelo Código Civil no artigo 1.128, o qual estabelece os poderes do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa.

Caio Mário da Silva Pereira ensina que a propriedade advém “da ideia de ‘meu e teu’, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de

cumprimento ou do desenvolvimento intelectual”. Acrescenta, ainda que, “os menos cultivados, os espíritos mais rudes, e até crianças têm dela noção inata (...)”²⁰.

Não se pode ignorar que, atualmente a propriedade não goza do caráter absoluto sustentado em sua origem, pois sofre limitações impostas pelo interesse público²¹.

Desta forma, se justifica o zelo do legislador quanto a administração e disposição do patrimônio no caso de seus titulares serem incapazes (artigo 2º e 3º), necessitando de uma tutela especial do Estado ou ainda, quando o interesse público o exigir, diante da prevalência da ordem pública nos interesses particulares²².

Entretanto, com relação à liberalidade entre cônjuges, se observa uma tentativa desarrazoada do Estado de gerir os afetos da pessoa acabando por remontar o temor de que um dos cônjuges estaria contraindo núpcias com o único intuito de obter uma vantagem patrimonial sobre o outro.

A restrição neste caso pode parecer, a princípio, intransponível, mas o próprio Código Civil vigente trouxe consigo instrumentos para viabilizar a liberdade dos cônjuges quanto às questões envolvendo a realização de liberalidades mútuas.

A primeira solução para essa questão foi trazida pelo próprio Código Civil de 2002, ao permitir a alteração do regime de bens entre os cônjuges, por força do previsto no artigo 1.639, § 2º, que assim dispõe, “*in verbis*”: “É admissível alteração do regime de bens mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

O legislador destacou que, a alteração é possível, desde que haja uma motivação que possa convencer o juízo e, ao mesmo tempo, não venha a prejudicar a terceiros.

Assim, na hipótese do casamento ter se realizado com a imposição do regime da separação de bens por força do artigo 1.641, incisos I e III do Código Civil, verifica-se que, a mudança será possível se cessada a causa que gerou a subsunção.

Sobre o tema exemplifica Maria Berenice Dias²³:

²⁰ **Instituições de Direito Civil**, v. 4, p. 74.

²¹ Dentre as limitações, observam-se aquelas decorrentes da função social da propriedade, como preconiza o artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal de 1988.

²² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**, p.27.

²³ **Manual de direito das famílias**, p. 234.

Celebra-se pelo regime da separação obrigatória de bens o matrimônio do viúvo que, tendo filhos, não havia feito inventário. Vindo ele a ultimar o inventário durante o casamento, comprovando a inexistência de prejuízo à prole, possível pedir a alteração do regime do novo casamento.

O mesmo entendimento deve ser aplicável àqueles que se casaram com autorização judicial, como nas hipóteses de suprimento de idade, pois se o legislador pretendeu proteger o patrimônio do menor para evitar a dilapidação do mesmo em virtude de inexperiência decorrente da juventude, com a maturidade deste cônjuge, não há motivo para a manutenção da restrição.

O tema foi objeto da III jornada de direito civil realizado pelo Conselho da Justiça Federal em Brasília, no qual foram aprovados os seguintes enunciados relacionados com o tema, “*in verbis*”:

Enunciado nº 260 – Arts. 1.639, § 2º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior.

Enunciado nº 261 – Art. 1.641: A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.

Enunciado nº 262 – Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs.

Por conseguinte, tem-se que, sendo possível a alteração do regime da separação obrigatória em decorrência da cessação da causa que a justificara, poderão os cônjuges realizar doações entre si.

O problema ainda persiste com relação ao maior de 70 (setenta) anos que se casa, pois, embora o enunciado nº 261 tenha tratado da possibilidade de mudança de regime se o casamento for precedido de união estável anterior a essa idade, nos demais casos, a causa da imposição do regime não cessa, tolhendo o direito de mudança de regime e, conseqüentemente, da realização de doações entre os cônjuges.

Acerca da imutabilidade do regime da separação obrigatória de bens, sustenta Silvio de Salvo Venosa: “(...) qualquer tentativa de alteração do regime imposto será fraudatária”²⁴, contudo, deixa a questão em aberto para eventual mudança de rumos sobre o tema, o que de

²⁴ **Direito Civil**, v. 6, p. 318

fato já vem acontecendo como demonstrado anteriormente. No mesmo sentido escreve Maria Helena Diniz²⁵ e Paulo Lôbo²⁶.

Por sua vez, Regina Beatriz Tavares da Silva ao atualizar a obra de Washington de Barros Monteiro, entende haver um impedimento para a alteração de regime da separação obrigatória, sem a cessação da causa, sustentando o seguinte:

Trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. É de se lembrar que, conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de sessenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras²⁷.

Desta análise, apenas os casados sob o regime da separação obrigatória por força de contarem com 70 (setenta) anos ou mais, ficam irremediavelmente prejudicados com a impossibilidade de realizar doações entre si, por força da impossibilidade de alteração do regime de bens pela não cessação da causa que gerou a imposição legal.

O que implicitamente acompanha o entendimento doutrinário pelo impedimento de doação entre os cônjuges maiores de 70 (setenta) anos é a declaração de incapacidade das pessoas nessa faixa etária, mesmo não estando no rol do artigo 2º e 3º do Código Civil, ou seja, “não se pode deixar de concluir que se trata de uma *capitis deminutio*, uma limitação na liberdade, um rebaixamento de categoria, uma diminuição da capacidade da pessoa, sem que a discriminação tenha alguma base a não ser a presunção de que o idoso está senil (...)”²⁸.

Contrário à justificativa da restrição no sentido de que, o maior de 70 (setenta) anos estaria sujeito ao engodo praticado pelo outro nubente, destaca Caio Mário da Silva Pereira:

Essa regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir²⁹.

No entanto, prevalecendo na doutrina e nos Tribunais o entendimento acerca da impossibilidade de alteração do regime de bens na hipótese supracitada, tem-se que, a solução para viabilizar a doação entre esses cônjuges pode advir da declaração de

²⁵ **Curso de direito civil brasileiro**, v. 5, p. 159.

²⁶ **Famílias**, p. 298.

²⁷ **Curso de direito civil brasileiro**, v. 2, p. 251.

²⁸ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p.63.

²⁹ **Instituições de direito civil**, v. 5, p.196.

inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, exatamente por impor uma *capitis deminutio* e ferir a isonomia entre as entidades familiares previstas na Constituição Federal³⁰.

Ao se considerar inconstitucional a regra do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, a consequência é a perda da sustentação legal e assim, o casamento será considerado como celebrado pelo regime supletivo, qual seja: da comunhão parcial de bens³¹.

Note bem que, o Supremo Tribunal Federal já havia mitigado os efeitos da restrição de composição de um patrimônio comum no regime da separação obrigatória de bens ao editar a Súmula nº 377, dispondo que: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”; portanto, ainda que se discuta a manutenção ou não da citada Súmula após a revogação do Código Civil de 1916³², conclui-se não ser a melhor solução a manutenção de tamanha restrição a liberdade de disposição dos próprios bens, pois significaria um retrocesso e conseqüente afronta ao espírito Constitucional vigente.

Nossos tribunais vêm endossando esse entendimento, conforme se observa nas ementas das decisões a seguir, “*in verbis*”:

ANULAÇÃO DE DOAÇÃO - PRELIMINARES - REJEIÇÃO - CASAMENTO REALIZADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA - CÔNJUGE SEXAGENÁRIO - VALIDADE DA DOAÇÃO FEITA À ESPOSA DESDE QUE OBSERVADA A LEGÍTIMA - PRINCÍPIO DA LIVRE DISPOSIÇÃO DOS BENS. Alargar o sentido da norma prevista no artigo 1641, II do CC para proibir o sexagenário, maior e capaz, de dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, é um atentado contra a sua liberdade individual. A aplicação da proibição do cônjuge, já de tenra idade, fazer doação ao seu consorte jovem, deve ser aplicada com rigor naquelas hipóteses onde se evidencia no caso concreto que o nubente mais velho já não dispõe de condições para contrair matrimônio, deixando claro que este casamento tem o único objetivo de obtenção de vantagem material.³³

CASAMENTO. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível

³⁰ Maria Berenice Dias escreve que “a lei é implacável”, sendo “escancarada afronta ao princípio da isonomia que a regra legal encerra. É que essa restrição não existe na união estável” (**Manual de direito das famílias**, p. 230).

³¹ VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**, p.67.

³² SIMÃO, José Fernando. **O Regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória?** Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html> Acesso em: 16-03-2013.

³³ TJ/MG, 1ª Câm. Cível, AC 1.0491.04.911594-3/001, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 29-05-2005. v.u. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/juridico>> Acesso em: 16-03-2013.

com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II, do Código Civil³⁴.

Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Casamento. Regime da separação legal de bens. Cônjuge com idade superior a sessenta anos. Doações realizadas por ele ao outro cônjuge na constância do matrimônio. Validade. - São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (i) o CC/16 não as veda, fazendo-no apenas com relação às doações antenupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, §3º, da Constituição Federal. Recurso especial não conhecido³⁵.

O legislador, recentemente, ao discutir o assunto teve a oportunidade de revogar a norma restritiva, mas preferiu simplesmente majorar a idade para a imposição do regime de bens, mantendo viva a discussão acerca do tema.

Embora a questão ainda gere acalorados debates, considerando a falta de uma posição uniforme dos Tribunais³⁶, observou-se que existem inúmeros fundamentos jurídicos aptos a possibilitar a doação entre os cônjuges casados sobre o regime da separação de bens, não constituindo burla à lei, mas a interpretação conforme os preceitos Constitucionais da Isonomia, da Dignidade da Pessoa Humana e que garantem o exercício da Propriedade Privada.

Assim, a impugnação a efetivação das doações entre cônjuges ficaria restrita às hipóteses legais decorrentes de vícios gerais aplicáveis a todos os negócios jurídicos ou específicos da espécie contratual em exame, como por exemplo, na doação universal, na inoficiosa (artigo 549 do Código Civil)³⁷ e na decorrente de ato desleal do cônjuge adúltero

³⁴ TJ/SP, 2ª Câ. Dir. Priv., AC 007.512-4/2-00, Rel. Des. Cezar Peluso, j. 18-08-1998. v.u. Disponível em: <<https://juris.aasp.org.br/contextpressNbGf/resultado.do>> Acesso em: 16-03-2013.

³⁵ STJ, 3ª Turma, REsp nº 471.958-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18-12-2008, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 16-03-2013.

³⁶ Vide TJ/SP, Ap. nº 512.240-4/8-00;

³⁷ Aponta Agostinho Alvim que, tais doações são chamadas de inoficiosas, pois “contrariam o ofício do doador. O pai, que doar excessivamente a um dos filhos ou a um estranho, peca contra o estado de pai, o dever, o ofício de pai. Por isso a doação é inoficiosa (*in*, prefixo negativo)” (**Da doação**, p. 171).

(artigo 550 do Código Civil)³⁸, ou seja, situações aplicáveis a todas as espécies de doação, independentemente do regime de bens adotado.

CONCLUSÃO

Se de um lado o contrato de doação serve como instrumento para que o sujeito tenha liberdade de disposição de seus bens, de outro, tal disposição deve obedecer às normas de ordem pública, no sentido de evitar a ruína do doador ou seus herdeiros necessários.

Assim, observou-se que, o legislador impôs uma série de limitações que, podem acarretar a nulidade relativa ou absoluta de uma doação, principalmente dentro do ambiente familiar, cuja liberalidade pode advir do abuso de confiança ou atos escusos do donatário.

Ao vedar a doação universal, inoficiosa e aquela feita pelo cônjuge ao seu cúmplice do adultério, pretendeu o legislador assegurar a manutenção do sustento do doador; garantir que a legítima não seja dilapidada; e impedir que, o cônjuge adúltero atente contra a entidade familiar ao fazer uma doação para o seu cúmplice, ainda que, simulada na forma de contrato oneroso ou para interposta pessoa.

Entretanto, o excesso de zelo do legislador ao impedir a doação entre cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens, em decorrência de um ou ambos os consortes contarem com 70 (setenta) anos de idade, permite concluir que, não há um tratamento igualitário com relação a outros que tenham se casado sob regime diverso ou cujo casamento esteja sob a égide do regime da separação obrigatória, mas com fundamento outro.

A restrição à liberdade de escolha do regime de bens dos maiores de 70 (setenta) anos e, conseqüentemente, a impossibilidade de doação entre os cônjuges é inconstitucional, pois viola o princípio da isonomia e da livre disposição de bens, tal qual aconteceu na declaração de inconstitucionalidade do artigo 781 do Código Civil italiano.

Este estudo está alinhado com essa corrente doutrinária e concluí que, tal restrição não deve prevalecer em nosso sistema, pois os seus fundamentos acabam por considerar o maior de 70 (setenta) anos como incapaz para gerir os seus bens e, conseqüentemente, escolher o melhor regime de bens para o seu casamento, mesmo não estando preenchidos os

³⁸ A lei visa proteger o patrimônio da família contra as atitudes do cônjuge adúltero, não importando o regime de bens, tampouco a classificação do bem, se móvel, imóvel, bem particular ou comum dos cônjuges, pois a punição se dá pela injúria ao dever conjugal (ALVIM, Agostinho, **Op. cit.**, p. 197).

pressupostos da incapacidade biológica ou psicopatológica previstas nos artigos 2º e 3º do Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo código civil comentado*. Coord. de Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, v. 2. 6ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ALVIM, Agostinho. *Da doação*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Estatuto da família de fato*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5ª ed. rev., atual., e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, v. 3. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu, Sucessão concorrential pelo cônjuge e pelo companheiro de acordo com o novo código civil. Disponível em: <http://www.fujitaadvocacia.com.br/artigo_fujita_002.html> Acesso em: 16-03-2013.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, v. 3. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil: direito de família*, v. 2. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; FICHTNER, Regis. *Instituições de direito civil*, v. 3. 14ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____; PEREIRA, Tânia da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 5. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*, v. 3. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

SIMÃO, José Fernando. O Regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória? Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html> Acesso em: 16-03-2013.

VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, v. 6. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008

WALD, Arnoldo. *Direito civil: contratos em espécie*, v. 3. 18ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

**O PAPEL DA FAMÍLIA NA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:
UMA ANÁLISE À LUZ DA PROBLEMÁTICA DA PROSTITUIÇÃO INFANTIL**

THE ROLE OF THE FAMILY IN PROTECTION OF THE HUMAN PERSON DIGNITY:
AN ANALYSIS FROM THE LIGHT OF PROBLEM CHILD PROSTITUTION

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão¹
<http://lattes.cnpq.br/4532145888110686>

Priscila Caroline Gomes Bertolini²
<http://lattes.cnpq.br/8159498250465198>

RESUMO: A temática da prostituição infantil embora bastante controversa precisa ser interpretada enquanto um fato social. O objetivo deste artigo é abordar o papel da família na proteção e no respeito da dignidade da pessoa humana. Por meio de uma breve construção histórica pretende-se chegar ao conceito atual de família, decorrente de um momento de pluralismo na concepção de “família”, onde o afeto e a solidariedade são considerados o fundamento maior da instituição familiar. O problema da prostituição infantil será analisado partindo da premissa do papel singular exercido pela família, que é de relevante importância no desenvolvimento e formação da personalidade de cada um de seus membros e principalmente na efetivação do Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana, considerando-se que, dos elementos que conduzem a esta triste realidade, a família normalmente é tida como elemento comum. No que diz respeito à criança, ser humano em peculiar estágio de desenvolvimento, diversos foram os documentos com intuito protetivo no decorrer da história, entretanto não diminuindo seu valor, resta visível o descompasso entre a legislação e a prática. Apesar de se considerar a relevância de uma cooperação entre Estado, sociedade e família na proteção infantil, tem-se nesta última o principal foco do presente trabalho, considerando-se a família como o primeiro agente socializador do ser humano.

PALAVRAS-CHAVE: Família; Dignidade da Pessoa Humana; Prostituição Infantil.

ABSTRACT: The issue of child prostitution although quite controversial to be interpreted as a social fact. The purpose of this article is to address the role of the family in the protection and respect of human dignity. Through a brief historical construction is intended to reach the current concept of family as a result the moment of pluralism in the conception of "family", where the affection and solidarity are considered the foundation of the largest family institution. The problem of child prostitution is analyzed based on the premise of the unique role played by the family, which is relevant in developing and shaping the personality of each members and especially the realization of human dignity constitutional principle, considering that the elements that lead to this sad reality, the family is usually taken as a common element. With regard to children, in particular human being development stage, several documents

¹ Doutora em Direito das relações sociais pela UFPR (Universidade Federal do Paraná), Mestre e graduada em Direito pela UEM (Universidade Estadual de Maringá); professora no Programa de Mestrado, especialização e graduação do CEUMAR (Centro Universitário de Maringá); membro do IBDFAM; do Instituto dos Advogados do Paraná; Advogada. Endereço eletrônico: cleidefermentao@gmail.com

² Mestranda em Direito pelo CESUMAR (Centro Universitário de Maringá); Pós-graduada em Direito Empresarial pela UEL (Universidade Estadual de Londrina); Graduada em Direito pelo CESUMAR (Centro Universitário de Maringá); Advogada. Endereço eletrônico: pri_bertolini87@hotmail.com

were aiming protective along the history, although not decreasing its value, remains visible the gap between law and practice. Despite considering the importance of cooperation between state, society and family in child protection, the latter has the main focus of this work, considering the family as the first socializing agent of human beings.

KEYWORDS: Family; Human Person Dignity; Child Prostitution.

INTRODUÇÃO

A família evolui de acordo com a evolução da sociedade. Nos últimos tempos o fundamento da instituição família tem sofrido alterações significativas em seu fundamento, passando de um conceito único de família patriarcal, para um conceito plúrimo, de valorização do afeto, da solidariedade e preocupação com cada um de seus membros.

Em tempos de forte prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana a tutelar a pessoa humana, tem-se na família papel de relevante destaque. A família enquanto primeiro agente socializador do indivíduo possui plena responsabilidade na proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano que venha ferir a dignidade de seus membros, e ainda, na garantia de condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

A elevação do papel da família na sociedade conduziu o legislador a proteger a criança e o adolescente, por meio do ECA e outros institutos, no entanto, os valores sociais e morais da sociedade se chocam com a triste realidade da prostituição infantil. Se por um lado verifica-se um forte esforço legislativo no intuito de edição de documentos protetivos da infância e adolescência, tanto no plano nacional como internacional, na prática o que se constata é a lamentável realidade de violência infantil, que possui na maioria das vezes como elemento causador comum, a família.

A partir de uma análise crítica da situação social atual do comportamento infantil, com enfoque na prostituição infantil, o objetivo do estudo é demonstrar o importante papel da família no respeito e aplicabilidade do Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana, utilizando-se do método teórico, constituindo-se na pesquisa de obras doutrinárias, artigos científicos, legislação nacional e documentos eletrônicos.

1 DA FAMÍLIA

1.1 Conceito de Família

O conceito de família evolui juntamente com a evolução da sociedade. Etimologicamente, a palavra família é derivada do latim *familia*, de *famel* (escravo doméstico), e geralmente é observada, em sentido restrito, como a *sociedade conjugal*. Neste sentido, então, *familia* compreende simplesmente os *cônjuges* e sua *progênie*, constituindo-se, desde logo, pelo *casamento*³. A esse respeito, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal destacam que em sua origem “a família não tinha significado idealístico, assumindo uma conotação patrimonial, dizendo respeito à propriedade, designando escravos pertencentes a alguém, a sua casa, a sua propriedade”⁴.

A família é interpretada como uma construção cultural, considerada como a base da sociedade⁵, recebendo especial proteção estatal⁶. Trata-se de uma das instituições mais antigas da sociedade se não a mais antiga, diretamente vinculada às transformações sociais⁷. Já no ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XVI.3, instruiu que “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. E, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969 fez constar que “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

No Brasil, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, tinha-se um conceito jurídico de família demasiadamente limitado e taxativo, tendo em vista que o Código Civil de 1916 somente conferia o *status familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio⁸. Ao longo do século XX no entanto, principalmente após o advento do Estado

³ SILVA, De plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro, 1998, p. 347.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 9.

⁵ Tem-se inclusive que “A própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar”. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

⁶ Conforme artigo 226 da Constituição Federal: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁷ José Sebastião de Oliveira orienta que “[...] a família, como instituição social, é uma entidade anterior ao Estado, anterior à própria religião e também anterior ao direito que hoje a regulamenta, que resistiu a todas as transformações que sofreu a humanidade, quer de ordem consuetudinária, econômica, social, científica ou cultural, através da história da civilização, sobrevivendo praticamente incólume, desde os idos tempos [...]”. OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.

⁸ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família: o Artigo 5º, II, Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 131-153, abr./jun. 1999, p. 131.

Social, a família presenciou visíveis alterações de função, natureza e composição, como consequência de concepção⁹. Justamente em decorrência de toda essa alteração, ou seja, dos novos contornos assumidos é que se apresenta como um desafio, a possibilidade de se encontrar um conceito único para identificar família¹⁰. A esse respeito inclusive, Sílvio de Salvo Venosa adverte que “nos diversos direitos positivos dos povos e mesmo em diferentes ramos de direito de um mesmo ordenamento, podem coexistir diversos significados de família”¹¹.

Ainda que reconhecendo a impossibilidade de atribuir um conceito único e absoluto de Família, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, se propõem a apresentar uma conceituação atual entendendo para tanto, que “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes, segundo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”¹². Nessa vertente, Tânia da Silva Pereira considera a família o primeiro agente socializador do ser humano¹³. E assim, de modo a complementar Carlos Alberto Bittar tece considerações no sentido de que:

Como centro irradiador de vida, de cultura e de experiência, a família é a célula básica do tecido social, em que o homem nasce, forma a sua personalidade e se mantém, perpetuando a espécie, dentro de uma comunidade duradoura de sentimentos e de interesses vários que unem os seus integrantes¹⁴.

A análise conceitual da instituição família, conduz ao que se pode afirmar, que em decorrência de sua capacidade de transformação, resultado de sua estrutura cultural, é capaz de, em cada sociedade, a partir dos mais diversificados valores, assumir diferentes funções, influenciada pelas circunstâncias de tempo e lugar, o que lhe permite reinventar-se, reconstruir-se, renovar-se¹⁵ e conseqüentemente conceituar-se¹⁶.

⁹ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 1.

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

¹³ PEREIRA, Tânia da Silva. Da Adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2003, p. 151.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 1.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 9.

¹⁶ A esse respeito, Rodrigo da Cunha Pereira consigna que: “Desta ou daquela forma, com estas ou aquelas palavras, o conceito de família atravessa o tempo e o espaço, sempre tentando clarear e demarcar o seu limite,

1.2 Breves considerações históricas acerca da Família

A família brasileira nos moldes hoje conhecidos sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. No direito romano vigia o princípio da autoridade onde o *pater familias* tinha total controle sobre os filhos e a mulher. Já no século IV com o imperador Constantino, o direito romano voltou-se para a concepção cristã da família, valorizando questões de ordem moral. Defendiam a presença do *affectio* durante toda a constância do casamento em contraposição aos canonistas que tinham no casamento um sacramento, não aceitando a ideia de dissolução pelo homem de uma união realizada por Deus¹⁷. Acerca deste período, Carlos Roberto Gonçalves complementa e explica que:

Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica¹⁸.

O século XX, no entanto, de modo geral, é o grande detentor de visíveis alterações no tocante à família e conseqüentemente no Direito de Família. Consideram-se que as mudanças tem como causa principal o declínio do patriarcalismo, com raízes históricas na Revolução Industrial e na Revolução Francesa¹⁹. Até a Revolução Industrial a família era patrimonializada, com perfil hierarquizado e patriarcal, consistia verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação eis que os membros eram considerados força de trabalho. Com a Revolução e a necessidade de mão de obra a mulher se tornou força de trabalho, chegando ao fim o caráter produtivo reprodutivo da família, que acabou por migrar do campo para as cidades, passando a conviver em espaços menores, levando a uma aproximação dos seus membros e um maior prestígio do vínculo afetivo que envolve seus integrantes²⁰.

especialmente para fins de direito”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 7.

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 31-32.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 32.

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

No Brasil, o Código Civil de 1916, regulava um modelo único de família, relacionado ao instituto do casamento, mantendo o patriarcalismo conservador das Ordenações. Nesse período, a felicidade pessoal dos integrantes, na maioria das vezes, era preterida em nome da manutenção do vínculo familiar a qualquer custo²¹. Com a Constituição Federal de 1988, especificamente com os arts. 226 a 230, deu-se lugar a um modelo igualitário de família, com prevalência do respeito à dignidade dos seus integrantes²². Observa-se que “[...] o conceito de família se abriu, indo em direção a um conceito mais real, impulsionado pela própria realidade”²³. Ressaltando a inovação trazida com a Constituição Federal de 1988, Maria Berenice Dias ensina que esta,

Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações²⁴.

Com as alterações havidas na segunda metade do século XX e o advento da Constituição Federal de 1988, adveio a aprovação do Código Civil de 2002, e, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “a convocação dos pais a uma ‘paternidade responsável’ e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA”²⁵.

Os princípios constitucionais, de forma bastante clara, no que se refere à “constitucionalização do privado” e “publicização do privado”, tem gerado crescente influência ou interferência sobre os interesses privados, principalmente no que diz respeito ao

²¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família: o Artigo 5º, II, Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 131-153, abr./jun. 1999, p. 131.

²² Salutar registrar a observação de Paulo Lôbo no sentido de que “As Constituições brasileiras reproduzem as faces históricas que o país viveu em relação a família, no trânsito do Estado liberal para o Estado social. As Constituições de 1824 e 1891 são marcadamente liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares [...] Em contrapartida, as Constituições do Estado social brasileiro (de 1934 a 1988) democrático ou autoritário destinaram à família normas explícitas”. LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6.

²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 8.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 34.

Direito de Família, campo em que verificou-se profunda alteração principiológica e valorativa. A esse respeito, Paulo Lôbo esclarece que:

O Estado social, desenvolvido ao longo do século XX, caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, tendo por fito a proteção dos mais fracos. Sua nota dominante é a solidariedade social ou a promoção da justiça social. O intervencionismo também alcança a família, com o intuito de redução dos poderes domésticos – notadamente do poder marital e do poder paterno –, da inclusão e equalização de seus membros, e na compreensão de seu espaço para a promoção da dignidade humana. No Brasil, desde a primeira Constituição social, em 1934, até a Constituição de 1988, a família é destinatária de normas crescentemente tutelares, que assegurem a liberdade e a igualdade materiais, inserindo-a no projeto da modernidade²⁶.

Constata-se, portanto que a evolução da família está diretamente ligada ao avanço do homem e da sociedade, alterando conforme as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, “não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes”²⁷. No cenário nacional a responsabilidade pela visível transformação na concepção de família é atribuída à transição de um período fortemente influenciado pelo ideário liberal para um momento de valorização dos princípios instaurados pelo Estado Social.

1.3 Concepção moderna de Família

De toda evolução ou transição assistida, observa-se, na atualidade, a compreensão de família como aquela capaz de valorizar cada um de seus membros, incluindo-se as crianças, prezando principalmente pela solidariedade e afeto em detrimento de interesses patrimoniais. Entende-se que as funções da família idealizadas por Santo Agostinho, *proles, fides e sacramentum*, não podem mais ser aceitas²⁸. Acerca da alteração da perspectiva no tocante à família, Paulo Lôbo consigna que:

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas

²⁶ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

²⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 267.

funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua²⁹.

Acima de qualquer objetivo, o que se pretende da família na contemporaneidade é que esta seja realmente o núcleo capaz de possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros, concentrando-se na qualidade das relações entre os entes e no desejo de cada um deles com fundamento maior no afeto, igualdade e solidariedade. A família hoje deve constituir o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa, instrumento para realização integral do ser humano³⁰. Não tendo mais fundamento em interesses econômicos, baseia-se na cumplicidade, na solidariedade mútua e no afeto existente entre seus membros, este último considerado enquanto elemento definidor do grupo familiar, sentimento que dá origem à família³¹. Acerca da correlação existente entre família e afeto, José Sebastião de Oliveira ensina que:

É dentro da família que os laços de afetividade tornam-se mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar contra os males externos; é nela que seus membros recebem estímulo para pôr em prática suas aptidões pessoais. Daí então ser a característica da afetividade, aliada, por óbvio, à nuclearidade, a responsável pela plena realização pessoal de cada membro familiar³².

Invocando o conceito da *família eudemonista*, aquela caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald advertem que:

[...] a família cumpre modernamente um *papel funcionalizado*, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a *promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servido como alicerce fundamental para o alcance da felicidade*³³.

²⁹ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 13.

³¹ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes; LOPES, Sarila Hali Kloster. O dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 21, 2012, Niterói, RJ. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

³² OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 235.

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 11.

Uma visível consequência da alteração do fundamento da família se apresenta, portanto, no campo da ampliação do seu conceito. Se durante muito tempo a Lei limitou a identificação da família com o casamento, hoje o conceito de família não se restringe ao rol encontrado na Constituição Federal: família constituída pelo casamento, união estável, família monoparental. Um bom exemplo é que a Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340 de 2006) em seu artigo 5º, inciso III, para delimitar violência doméstica e familiar contra mulher, considera família qualquer relação de afeto. De forma a corroborar, Maria Berenice Dias sintetiza que:

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento³⁴.

Como forma de valorizar a vontade, o afeto e principalmente a dignidade dos membros da família, expressões como legítima, espúria, adulterina, informal, impúria estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem com referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais³⁵. Na atualidade, o que se observa é uma profunda alteração no conceito de família, assumindo esta, concepção múltipla, plural, em referência a um ou mais indivíduos unidos por traços biológicos ou sócio-psico-afetivos, a fim de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um. Especificamente no que diz respeito às crianças é interpretada como o ambiente ideal para o desenvolvimento saudável e equilibrado destas, local apto a garantir a continuidade da vida e preparar para os embates que o futuro lhes reserva.

2 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em tempos de valorização da dignidade da pessoa humana, consiste tarefa inviável atribuir definição exata e definitiva a seu respeito, tendo em vista, principalmente, os diversos conceitos e pontos de vista apresentados pela doutrina atual e no decorrer da história. A própria doutrina acaba por advertir que “um conceito exato de *dignidade* que expresse todo o

³⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 42.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41.

seu significado é difícil, se não impossível”³⁶. Entretanto, em que pese as variações terminológicas, acaba-se por conduzir ou entender a dignidade como um valor maior que deve anteceder qualquer interpretação.

Tem-se a dignidade como fruto de uma construção histórica, chegando assim ao início do século XXI como um valor supremo construído pela razão jurídica de modo que, para defini-la é preciso considerar todas as violações que foram praticadas e contra elas lutar³⁷. A dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser respeitado, como se depreende da análise de importantes documentos legislativos como a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) enfrentou uma série de percalços.

Em termos históricos, observa-se na antiguidade clássica um período em que a dignidade era atribuída conforme a posição social ocupada pelo indivíduo, de modo a resultar em pessoas mais dignas ou menos dignas. Contrapondo a esse pensamento clássico, no pensamento estoico, a dignidade passa a ser vista como a qualidade que diferencia o ser humano dos demais seres, de maneira que todos os seres humanos são tidos como iguais em dignidade³⁸.

Com o advento do cristianismo e a influência de Tomás de Aquino, a ideia de que os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança e ainda a sua capacidade de autodeterminação ganhou força, sendo este o pensamento que acabou por influenciar a noção contemporânea de dignidade da pessoa humana³⁹. Entretanto, não se pode deixar de consignar que o processo de construção da dignidade da pessoa humana fora fortemente influenciada pelas ideias de Immanuel Kant, para quem o homem enquanto ser racional, com autonomia moral, é considerado um fim em si mesmo e nunca um meio para se atingir algum outro fim⁴⁰.

Na atualidade, Ingo Wolfgang Sarlet propõe um conceito de dignidade da pessoa humana amplamente aceito, considerando esta como:

³⁶SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 140.

³⁷NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46-49.

³⁸SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32

³⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 33.

⁴⁰SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 112.

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida⁴¹.

Em que pese possível de ser interpretada e conceituada sob diversos aspectos, etimológico, sociológico, filosófico, psíquico, observa-se que a dignidade da pessoa humana interpretada sob o ponto de vista jurídico, é como atributo da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos humanos⁴², configurando um valor preenchido *a priori*, constatando-se que todo ser humano possui dignidade só pelo fato de já existir⁴³. É o que se verifica na contribuição de Luís Roberto Barroso ao elucidar que “a dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo”⁴⁴.

Diante das diversas facetas do estudo da dignidade da pessoa humana, ponto relevante há que ser ressaltado, relacionado à sua posição de fundamento da República Federativa do Brasil, de supraprincípio e ainda de cláusula geral de tutela da personalidade. Nacionalmente, a dignidade da pessoa humana fora positivada primeiramente na Constituição da República de 1988 e nesta sob a forma de princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. O constituinte elevou a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico, e como consequência, a escolha resultou na prevalência de uma concepção humanista influente em todo o texto constitucional⁴⁵. O art. 1º da Constituição Federal, o qual elenca os fundamentos da República Federativa do Brasil, fez consignar expressamente dentre eles, a dignidade da pessoa humana⁴⁶.

⁴¹SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

⁴²SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 140.

⁴³NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.

⁴⁴BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 14.

⁴⁵FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 207

⁴⁶Art. 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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O ordenamento jurídico pátrio se produz tendo como princípio primeiro a dignidade humana em seu ápice⁴⁷. Enquanto verdadeiro supraprincípio, é capaz de fundamentar todos os direitos fundamentais de modo que estes podem ser considerados como realizações suas, além de possuir relevante importância na apresentação de novos direitos, aqueles não previstos no texto constitucional e que poderão ser exigidos quando determinada conduta se apresentar indispensável para a garantia da vida humana com dignidade⁴⁸. É por este motivo que a dignidade da pessoa humana desempenha função de cláusula geral de tutela da personalidade do ser humano no direito brasileiro, resguardando-a em todas as suas dimensões⁴⁹.

De modo a relacionar o princípio da dignidade da pessoa humana diretamente ao Direito de Família, Leonardo Narreto Moreira Alves consigna que:

Consubstanciando o princípio vetor da dignidade da pessoa humana no seu art. 1º, III, a Carta Magna provocou uma autêntica revolução no Direito Civil como um todo, dando ensejo a um fenômeno conhecido como despatrimonialização ou personalização deste ramo do Direito. No campo específico do Direito de Família, verifica-se que a entidade familiar passa a ser encarada como uma verdadeira comunidade de afeto e entreatjada, e não mais como uma fonte de produção de riqueza como outrora. É o âmbito familiar o local mais propício para que o indivíduo venha a obter a plena realização da sua dignidade enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, o carinho, amor e ajuda mútua⁵⁰.

Ao elencar os princípios que regem o direito de família, especificamente no que diz respeito ao *princípio do respeito da dignidade da pessoa humana*, é preciso assinalar que a família constitui a base da comunidade familiar, biológica ou socioafetiva, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227)⁵¹. Tão grande é a influência do princípio da dignidade da pessoa humana para o Direito de Família que o art. 226 da Constituição Federal declaradamente voltado para o tratamento da família, em seu parágrafo

⁴⁷ Importante ter em mente que os princípios são normas e assim, impõem um dever ser a sociedade, atribuindo proibições e permissões. Orienta-se que “A palavra princípio tem origem no latim *principium*, possui o significado de início, começo, base, ponto de partida. Os princípios sempre estiveram relacionados às verdades fundamentais e orientações de caráter geral. São os alicerces do conhecimento humano. Os princípios seriam guias e orientações de alta hierarquia no ordenamento jurídico ligado a formação da norma”. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de. A eficácia do direito à dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 12, n. 1, p. 313-340, jan./jun. 2012, p. 316.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 113.

⁴⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 143.

⁵⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família: o Artigo 5º, II, Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 131-153, abr./jun. 1999, p. 131.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 23.

7º, registra que fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é considerado livre decisão do casal.

O estudo da dignidade da pessoa humana enquanto responsável por proteger a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano e ainda, instituição garantidora de condições existenciais mínimas para uma vida saudável, possui especial relevância na interpretação de questões relacionadas à criança, enquanto pessoa em desenvolvimento, detentora de situação peculiar de vulnerabilidade. Se a doutrina, a lei e a jurisprudência atuais pregam uma interpretação sempre voltada à garantia da dignidade da pessoa humana, tal medida possui acentuado relevo quando se trata de normativas referentes à criança. Constitui papel do Estado, da sociedade e da família em completa harmonia garantir a dignidade das crianças, destacando, entretanto, que a família enquanto base, responsável pela formação, possui peculiar responsabilidade.

Ao se afirmar que é papel do Estado, da sociedade e da família garantir a dignidade da criança e do adolescente, a primeira ideia é de que tais pessoas na vulnerabilidade em que vivem, precisam ser protegidas contra todo tipo de maus tratos, incluindo-se a sexualidade precoce, e o uso de tal sexualidade como forma de sobrevivência, em total confronto com os diplomas legais e com os valores morais e sociais preconizados pela sociedade. Não é possível enxergar qualquer lastro de dignidade na prostituição infantil.

3 DA CRIANÇA

3.1 Conceito de criança

Para o dicionário da língua portuguesa, criança significa menino, ser humano na fase infantil⁵². Para a Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada pelo Governo brasileiro em 24 de setembro de 1990, que reforçou em seu preâmbulo os princípios estabelecidos na Declaração Universal de Direitos Humanos, a criança é definida como todo o ser humano com menos de dezoito anos, exceto se a lei nacional conferir maioridade mais cedo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990⁵³), em se tratando do ordenamento interno, em seu artigo 2º adverte que para seus efeitos considera-se criança a

⁵² BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. São Paulo: FTD, 1996, p. 172.

⁵³ Atendendo ao disposto no inciso XV do art. 24 da Constituição Federal, editou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece as normas gerais de proteção à infância e à juventude. CUNHA, Rogério Sanches;

pessoa com até doze anos de idade incompletos. Observe-se que para o Estatuto, o fator preponderante para determinação de criança é a idade, sem consideração de condição psíquica ou biológica⁵⁴.

O art. 227 da Constituição Federal de 1988, por sua vez, atribui à infância, assim como à juventude um momento especial da vida do ser humano, assegurando-lhe *status* de pessoa em situação peculiar de desenvolvimento.

Qualquer que seja o conceito adotado para definição da criança, é preciso que se tenha em mente como característica diferenciadora, que são seres em formação, em condição de vulnerabilidade, com especificidades biofísicas e psíquicas de pessoa em desenvolvimento e que necessitam de proteção, cooperação da família, do Estado, da sociedade e até mesmo dos sujeitos internacionais.

3.2 A expressão “prostituição infantil” – uma questão preliminar

Apesar do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código Penal e dos documentos internacionais de proteção à infância fazerem expressa menção à expressão “prostituição infantil” por vezes esta é questionada, argumentando-se a impossibilidade de se relacionar infância e prostituição. A questão é bastante controvertida.

Aqueles que se apresentam contrários à vinculação da criança com a prática da prostituição argumentam que a palavra “prostituição” remete à ideia de consentimento, desviando o enfoque da exploração sexual, retirando a criança e o adolescente da condição de vítimas, transportando-os para o papel de agentes da situação⁵⁵. Acreditam que a criança e o adolescente não tem maturidade para decidir se querem ou não comercializar o próprio corpo, de modo que acabam se envolvendo em exploração sexual e não propriamente em prostituição⁵⁶.

Reconhece-se que a linha divisória entre a exploração sexual infantil e a prostituição infantil é bastante tênue e, portanto na maioria dos casos torna-se difícil se não inviável identificar a qual forma de ofensa à dignidade da pessoa humana a criança envolvida está submetida. Até mesmo os autores quando da abordagem do tema, ora se referem à exploração

LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 72.

⁵⁴ CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.redeandibrasil.org.br/eca/guia-de-cobertura/exploracao-sexual/e-correto-usar-a-expressao-prostituicao-infantil>> Acesso em 02 mar. 2013.

⁵⁶ Disponível em: http://namaocerta.org.br/bol_6201.php> Acesso em 02 mar. 2013.

sexual infantil, ora à prostituição infantil. Isso porque, a análise depende de uma avaliação da consciência da criança, se esta consente livremente em submeter-se à prostituição por motivos variados, ou se constitui mera vítima do poder de exploradores. E até mesmo de uma apreciação, se a criança, em seu visível estágio inicial de desenvolvimento seria capaz de emitir algum juízo de valor.

A UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), coloca a prostituição infantil dentre as modalidades de exploração sexual comercial, utilizando-se de dados do CEDECA-BA, Centro de Defesa da Criança e do Adolescente. Considera a prostituição infantil uma forma de exploração sexual comercial, ainda que seja uma opção voluntária da pessoa que está nessa situação, de maneira que as crianças e os adolescentes, por estarem submetidos às condições de vulnerabilidade e risco social, são considerados prostituídas(os) e não prostitutas(os)⁵⁷.

Entretanto, entende-se que a prostituição infantil é uma realidade social. Sopesadas questões terminológicas o fato é que, as crianças de hoje, fruto de uma sociedade em que a inversão de valores é visível, seja para matar a fome, seja para comprar drogas, ou para obter qualquer outra forma de vantagem se submetem ou são submetidas à prostituição. É preciso encarar a realidade em que “crianças de até 9 anos podem ser encontradas fazendo programas, tanto em avenidas e praças de cidades grandes, como em bordéis e garimpos do interior”⁵⁸. Casos como o da pequena Edvalda Pereira da Silva, apresentado na obra *Meninas da noite* de Gilberto Dimenstein:

Ela tem onze anos. Mas já aprendeu as manhas da profissão: não entra no motel ou no carro sem receber o dinheiro antes, que é guardado por outra amiga. Não conhece o pai, e sua mãe, que trabalha na zona do meretrício, não se importa com quem e onde ela dorme. Edvalda se acha igual às outras meninas que fazem programa. Com uma diferença: ‘Eu ainda não tenho peito’⁵⁹.

A citação expõe o problema, uma criança “que não tem peito”, um pequeno corpo infantil, com comportamento de adulto, totalmente incompatível com sua idade.

⁵⁷ UNICEF. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/Cap_03.pdf> Acesso em 02 mar. 2013.

⁵⁸ Disponível em:

http://www.sescsp.org.br/sesc/revistas_sesc/pb/artigo.cfm?Edicao_Id=30&Artigo_ID=101&IDCategoria=375&reftype=1 Acesso em 02 mar. 2013.

⁵⁹ DIMENSTEIN, Gilberto. *Meninas da noite*. 16. ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 69.

3.3 A situação atual da infância: medidas protetivas e o contrassenso da problemática da prostituição infantil

As crianças e os adolescentes são especialmente afetados pela violência, peculiarmente quando considerada a violência sexual. Por este motivo, mesmo com os esforços do governo e da sociedade em geral para enfrentar o problema, as estatísticas ainda apontam um cenário desolador em relação à violência contra crianças e adolescentes.

Segundo a UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância -, criado em 1946 para ajudar a reconstruir os países mais afetados pela Segunda Guerra Mundial, e que tem como principal função assegurar, que cada criança e cada adolescente, tenha seus direitos humanos integralmente cumpridos, o Brasil possui uma população de 190 milhões de pessoas, dos quais 60 milhões têm menos de 18 anos de idade. Diante deste cenário, tem-se que, a cada dia, 129 casos de violência psicológica e física, incluindo a sexual, e negligência contra crianças e adolescentes são reportados, em média⁶⁰.

Observa-se uma forte preocupação com a positivação, com a edição de normas de caráter protetivo à criança. Internacionalmente, a necessidade de se garantir uma proteção voltada à criança foi enunciada por diversos documentos de relevo no decorrer da história, como, a Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança, a Declaração Universal dos Direitos da Criança adotada pelas Nações Unidas em 1959, Convenção sobre os Direitos da Criança (adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989) e ainda reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos Civis e Políticos (artigos 23 e 24), pelo Pacto internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 10), pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (proclamou que a infância tem direito a uma ajuda e assistência especiais) e pelos estatutos e instrumentos pertinentes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar da criança.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu art. 32, menciona questão relacionada ao trabalho infantil, advertindo que a criança tem o direito de ser protegida contra qualquer trabalho que ponha em perigo sua saúde, educação ou seu desenvolvimento, competindo ao Estado fixar idades mínimas para admissão no emprego, e regulamentar as condições de trabalho. Apesar da extrema importância de todos os dispositivos elencados na referida Convenção, particularmente acerca da prostituição infantil, o art. 34 possui especial relevância já que trata da exploração sexual. O texto consigna basicamente que o Estado deve

⁶⁰ UNICEF. Disponível em: <<http://www.unicef.org.br/>> Acesso em 16 ago. 2012.

proteger a criança contra a violência e a exploração sexual, nomeadamente contra a prostituição e a participação em qualquer produção de caráter pornográfico.

Ainda no plano internacional, constata-se a existência de um protocolo facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança (adotado em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 – nacionalmente Decreto 5.007 de março de 2004 - e considerado o instrumento de direitos humanos, mais aceito na história universal⁶¹) relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis. Documento que logo em seu artigo 1º, estabelece que os Estados partes deverão proibir a venda de crianças, a prostituição infantil, e a pornografia infantil.

Pelas disposições do protocolo, a prostituição infantil é conceituada como a utilização de uma criança em atividades sexuais contra remuneração ou qualquer outra retribuição (art. 2º). São previstas interferências no cenário interno de cada Estado de modo que todos os Estados partes deverão garantir, que no mínimo sejam abrangidos pelo seu direito criminal ou penal, quer sejam cometidos a nível interno ou transnacional ou numa base individual ou organizada, dentre outras condutas o ato de oferta, procura ou entrega de uma criança para fins de prostituição infantil (art. 3º).

Nacionalmente, por sua vez, o Brasil conta com o Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil, lançado em 2000. O plano estabelece metas, parcerias e prazos a serem cumpridos para reduzir os casos de abuso e exploração sexual e para garantir o atendimento de qualidade para as vítimas e a suas famílias. Além do referido Plano Nacional fora criado ainda o Dia Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual Infanto-juvenil, em 18 de maio de 2000, pela Lei Federal n.º 9970/00, com o intuito de mobilizar e convocar a sociedade para proteger suas crianças e adolescentes⁶².

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º⁶³ inseriu a proteção à infância como um Direito Social e notadamente em seu art. 227, adotou a doutrina da proteção integral estabelecida pela Convenção sobre os Direitos da Criança. Referido dispositivo em seu *caput* afirma ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

⁶¹ UNICEF. Disponível em: <<http://www.unicef.org.br/>> Acesso em 16 ago. 2012.

⁶² Curioso é que a data foi escolhida em razão do crime conhecido como “Crime Araceli”, o nome de uma menina de oito anos de idade que foi estuprada e assassinada em Vitória (ES), em 1973. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/cidadania/direitos-do-cidadao/combate-a-exploracao-sexual>> Acesso em 28 ago. 2012.

⁶³ Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Tem-se que “em verdade, o art. 227 representa o metaprincípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, tendo como destinatários da norma a família, a sociedade e o Estado”⁶⁴, pretendendo que a família se responsabilize pela manutenção da integridade física e psíquica⁶⁵. A esse respeito, José Carlos Dias esclarece que:

A Constituição, assim, tutela o menor, enquanto criatura humana, enquanto sujeito de direitos, preserva-lhe tratamento de respeito e lhe cultua a dignidade, impõe-lhe proteção, zela pela preservação de sua família, dita preceitos que o Estatuto da Criança e do Adolescente explicita, que o Código Penal protege, penalizando os que ousam violá-los⁶⁶.

Com as alterações apresentadas pela Constituição de 1988, mostrava-se necessário a elaboração de uma nova lei capaz de contemplar a concepção inovadora trazida pelo legislador constituinte e, nesse contexto nasceu o Estatuto da Criança e do Adolescente, criado pela Lei n.º 8.069/90. Com o advento do Estatuto, a população infanto-juvenil passou a ser vista em sua integralidade e assim sendo, como pessoas que, em condição peculiar de desenvolvimento possuem direitos que devem ser garantidos. O art. 1º do Estatuto⁶⁷, acabou por consolidar a Doutrina da Proteção Integral, prevista no já mencionado artigo 227 da Constituição Federal⁶⁸.

O art. 5º do Estatuto cuidou de assegurar que nenhuma criança ou adolescente seja objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. De maneira que, no art. 244-A tipificou a conduta de submeter criança ou adolescente como tais definidos no *caput* do art. 2º da Lei, à prostituição ou à exploração sexual.

⁶⁴ CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74.

⁶⁵ CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74.

⁶⁶ CURY, Munir; MENDEZ, Emílio García; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e (Coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 61.

⁶⁷ Art. 1º: Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

⁶⁸ A esse respeito, Antonio Fernando do Amaral e Silva consigna que: “Ao romper definitivamente com a doutrina da situação irregular, até então admitida pelo Código de Menores (Lei 6.697, de 10.10.79), e estabelecer como diretriz básica e única no atendimento de crianças e adolescentes a doutrina de proteção integral, o legislador pátrio agiu de forma coerente com o texto constitucional de 1988 e documentos internacionais aprovados com amplo consenso da comunidade das nações”. CURY, Munir; MENDEZ, Emílio García; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e (Coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 11.

Ainda no âmbito do ordenamento interno, o Código Penal, por meio de Lei 12.015/2009 em redação bastante semelhante à observada no art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 218-B⁶⁹, tipificou a conduta de submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual menor de 18 (dezoito) anos. Além de no art. 217-A⁷⁰ passar a interpretar como “estupro de vulnerável” qualquer relação com menor de 14 anos, levando-se em consideração que nesta etapa da vida, a vontade por mais viva e livre que seja, não é consciente.

Analisadas as estatísticas apresentadas no tocante à violência infantil, mais especificamente no que diz respeito à prostituição infantil, e também às diversas normas protetivas da infância, observa-se um evidente descompasso existente entre a legislação e a prática. Uma inaplicabilidade do texto normativo. Se na teoria a criança enquanto sujeito de direitos fundamentais deixou de ser considerada objeto para alcançar a condição de ser humano com dignidade, na prática, o que se verifica são pequenos corpos sendo explorados em troca de alguma forma de proveito.

Reconhece-se a relevância de tudo que já fora e tem sido feito no campo legislativo, entretanto, destaca-se a insuficiência no campo prático, principalmente considerando-se a velocidade das transformações sociais. Em legítimo comentário acerca da situação enfrentada pelas crianças no cenário atual, Munir Cury e outros autores, ensinam que:

As óbvias fragilidades e vulnerabilidade das crianças, os recursos limitados de que dispõem tanto no plano das capacidades físicas como de natureza cognitiva, emocional e social ganham dimensões particularmente preocupantes num mundo caracterizado por rápidas mudanças sociais, tecnológicas, científicas e econômicas, às voltas com as transições e mudanças na família, a presença e a tentação dos tóxicos, as crescentes liberdades sexuais e os crescentes riscos, a influência avassaladora da televisão na vida, no comportamento, nas expectativas e na construção pessoal da realidade, os infortúnios associados à pobreza e ao despreparo

⁶⁹ Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. § 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. § 2º Incorre nas mesmas penas: I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo; II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no caput deste artigo. § 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

⁷⁰ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2º (VETADO). § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

para viver de modo feliz e sadio, conviver e exercer a cidadania responsável⁷¹.

A violência sexual infantil, incluída a prostituição infantil, é tida como uma realidade social e neste cenário, “o aproveitamento de corpos que estão na efervescência do desenvolvimento hormonal, para satisfazer animalesca lascívia de adultos inescrupulosos, é grotesca violentação da dignidade humana”⁷². Não é possível conceber que no atual estágio de desenvolvimento da sociedade, crianças, seres inocentes ainda em visível estado de desenvolvimento sejam utilizadas como objeto para satisfazer a vontade de aproveitadores. Quando deveriam estar brincando e desfrutando o momento único de sua infância, comportam-se como adultos, aprendendo a seduzir, conquistar, se entregar. Situação agravada quando constatada a participação da família nesta prática tão cruel.

A criança por ser especialmente vulnerável, exige a edição de normas protetivas peculiares, mas não só isso, para que efetivamente se observe uma mudança no conhecido quadro de violência infantil, que constitui visível afronta à dignidade da pessoa humana, necessário se faz um conjunto de ações visando à interação entre a teoria e a prática, destacando nesta missão a importância fundamental da família. A conscientização desta acerca do papel fundamental que desempenha no desenvolvimento de cada um de seus membros, em especial do pequeno ser, a criança.

3.4 O papel da família na proteção da dignidade e sua responsabilidade frente ao cenário de prostituição infantil

A dignidade passou a ser vislumbrada como elemento constitutivo e inerente, ao menos em tese, a todos os membros da família. Na atualidade, a família ora regida basicamente pelo afeto, possui papel de relevante destaque na consagração da dignidade da pessoa humana, garantindo respeito a cada um dos seus integrantes. Com as alterações observadas no direito de família a partir da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, é possível constatar a função social assumida pela família no direito brasileiro⁷³.

Diante do cenário de normas protetivas da infância, tamanha é a importância atribuída à família que o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente assegura à toda

⁷¹ CURY, Munir; MENDEZ, Emilio García; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e (Coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 15-16.

⁷² TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 130.

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 35.

criança o direito de ser criado e educado no seio de sua família, seja ela natural ou substituta. Isso porque a família é considerada o ninho, o berço, nela se geram, se formam e se educam pessoas para a perpetuação da espécie⁷⁴. Na família o ser humano se fortalece e assim a afetividade, a convivência e a demonstração de interesse por parte dos pais são consideradas essenciais para o desenvolvimento saudável dos filhos, evitando comportamentos problemáticos⁷⁵. Com propriedade acerca desta realidade, Rodrigo da Cunha Pereira e Cláudia Maria Silva ensinam que:

É na família que o indivíduo nasce, se desenvolve, molda sua personalidade e se integra ao meio social. É na família que, no curso de sua vida, o indivíduo encontra conforto, amparo e refúgio para sua sobrevivência, formação e estruturação psíquica. A criança mantém uma relação direta de dependência com aqueles que, tendo concebido-a ou não, acolheram-na, se tornaram responsáveis pela continuação de sua existência e formação. A inserção em um núcleo familiar é importante para o desenvolvimento físico e psíquico e afetivo saudável da criança⁷⁶.

Não diminuindo o papel do Estado e da sociedade na formação e proteção das crianças, observa-se na família, no lar, a primeira instituição responsável pelo aprendizado, formação espiritual e preservação básica, bem como responsável por preparar os seres humanos ainda em desenvolvimento para a integração social e o exercício natural e normal de suas potencialidades. É na família que se constata a transmissão natural de culturas e experiências, e verifica-se o desenvolvimento de personalidades⁷⁷. Tão relevante é o papel da família que chega-se ao ponto de considerar que o grau de desenvolvimento de uma nação possui relação direta com a capacidade dos seus nacionais, autoridades ou comunidades, ou, ainda, indivíduos, de privilegiar a infância, garantindo assim de maneira prática, o acesso a uma família que lhe permita a subsistência e o exercício dos demais direitos e garantias individuais⁷⁸.

A Declaração dos Direitos da Criança adotada em 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, já indicou que a criança por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, sobretudo de proteção

⁷⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 52.

⁷⁵ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes; LOPES, Sarila Hali Kloster. O dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Niterói, RJ. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 210-224.

⁷⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez. 2006, p. 672. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>. Acesso em 15 jan. 2013.

⁷⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 51-52.

⁷⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. Da Adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2003, p. 151.

jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento. Tão destacada é a importância da família na formação do caráter, da personalidade da criança que a Convenção sobre os Direitos da Criança chegou ao ponto de tomar como pressuposto que, a criança para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão. Observando-se assim que, como gestores e orientadores das crianças e adolescentes, o grupo familiar não figura apenas como meros atores de obrigações, mas também como agentes de proteção e defesa dos direitos emanados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁹.

Apesar da nova função defendida e apresentada para a família, da nova realidade proposta, e dos estudos comprovando sua importância no desenvolvimento saudável da criança, na prática muitas vezes o que se observa é a família como grande responsável pela prostituição infantil. Em que pese não seja possível generalizar, tem-se que a desestrutura familiar constitui um dos únicos fatores constantes na prostituição infantil, tendo em vista que muitas das meninas já sofreram algum tipo de violência ou abuso sexual vindo de sua própria família, levando-as para as ruas⁸⁰.

Não é possível generalizar os fatores que levam a família a se tornar uma forte responsável pela exploração sexual de suas crianças e até mesmo pela prostituição infantil. Apenas a título de exemplo é possível citar a pobreza extrema, a miséria, a falta de políticas públicas no sentido de auxílio e conscientização, além das drogas.

Ao tratar da prostituição infantil, Josiane Rose Petry Veronese assevera que “a análise deste tema faz-nos ver que muitas vezes a ‘historia’ da prostituição tem sua origem no próprio lar, pelos pais, padrastos, irmãos, tios..., e deste modo, a casa, ao invés de ser um ambiente de conforto, carinho, segurança, transmudou-se num lugar que oferece perigo [...]”⁸¹. Dentro de casa, na maioria das vezes forçadamente as crianças aprendem os prazeres da carne e daí para o caminho da prostituição é um pequeno passo.

A triste realidade se concentra no fato de que apesar de toda a doutrina de proteção integral, a existência de instrumentos protetivos no âmbito nacional e internacional, a valorização do afeto e a constatação da importância da família na formação da personalidade e proteção da dignidade de cada um de seus membros, a própria família em grande parte dos

⁷⁹ FERNANDES, Alana Gomes. O Estado, a família, a escola e a sociedade: os papéis sócio-institucionais na proteção da criança e do adolescente. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte, MG. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

⁸⁰ MOTTA, Patricia; SILVEIRA, Sergio Augusto. Prostituição infantil: enfoque jurídico do sexo-turismo no Brasil. *Consulex Revista Jurídica*, v.1, n.6, p.10-17, jun. 1997.

⁸¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de direito da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1997, p. 31.

casos constitui a grande vilã. Em comparação analógica acerca do tema, Liborni Siqueira apresenta as seguintes indagações:

Perguntemos ao engenheiro ou construtor, se consegue construir uma casa ou edifício sem os cálculos estruturais e uma fundação. Indaguemos ao industrial se para fabricar determinado produto não prepara o maquinário, observa a matéria-prima e estuda o mercado para o seu lançamento, com todas as técnicas aprimoradas e modernas.

[...]

E nós, que fazemos com o pequenino ser, a criança? Desprezamos a fase gestatória, o aleitamento materno, a alimentação, os aspectos sanitários e a afetividade. Ao contrário, desagregamos a família, rejeitamos, alijamos, marginalizamos e finalmente queremos que produza sadias e construtivas ações para fortalecer a responsabilidade social⁸².

[...]

É chegada a hora do grande despertar, sem subversões mas determinação, observando-se a teoria da autoconsciência refletida, isto é, instrumentalizar o indivíduo, principalmente a criança, para que participem do processo competitivo ocupando o espaço que por direito lhes é reservado dentro da sociedade⁸³.

A criança, portanto, assim como uma construção precisa ter bases fortes e alicerces bem delineados para sua sustentação, precisa de atenção, carinho e respeito durante todo o seu desenvolvimento físico, psíquico e emocional. Em contramão a tudo que se tem como certo e recomendável “a prostituição na infância ou adolescência, quando o corpo, flor em botão, é vilipendiado, leva a vítima à desintegração psicológica, à violentação física ao desencanto moral”⁸⁴ e, a família atual, pautada na valorização do afeto, da solidariedade e preocupação com cada um de seus membros, conjuntamente com o Estado e a sociedade, precisa garantir ao pequeno ser em formação: a criança, total e efetiva proteção à sua dignidade para que assim possa ser revertida essa trágica realidade social.

O adulto é fruto de sua infância. De suas vivências, experiências e ensinamentos. Especialmente no tocante à sexualidade, tem-se que a base para a adolescência e para a vida adulta é estabelecida na infância assim como as raízes de todas as perversões e dificuldades sexuais⁸⁵. Por este motivo, um novo cenário precisa ser emoldurado. O Estado precisa ter olhos humanos voltados para a criança e o adolescente, com políticas públicas e melhorias na educação, na formação dos valores, fortalecendo a instituição familiar, e proporcionando à

⁸² LIBORNI, Siqueira. *Dos direitos da família e do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 11.

⁸³ LIBORNI, Siqueira. *Dos direitos da família e do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 13.

⁸⁴ TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 131.

⁸⁵ WINNICOTT, Donald Woods. *A criança e o seu mundo*. Tradução de Álvaro Cabral. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982, p. 182.

sociedade condições de vida digna. Punindo com rigor atitudes que violam a dignidade da criança, o turismo sexual infantil, a miséria cultural e social. A instituição familiar precisa ser reconstruída para amar e respeitar os seus membros, sendo responsável pelo desenvolvimento físico e psíquico destes, gerando uma transformação social, com crianças sendo acolhidas em amor e afeto, protegidas em suas necessidades e vulnerabilidades, a ponto de se desbotar e apagar essa mancha de dor, vergonha e destruição psíquica e emocional que a prostituição infantil tem representado.

CONCLUSÃO

A criança em razão de sua condição especial, biológica e psíquica, de início já se apresenta em visível posição de vulnerabilidade. Necessita, portanto de atenção especial e edição de normas específicas, o que tanto no plano interno quanto internacional nos últimos anos fora fortemente perseguido. Diversos documentos foram editados consagrando uma doutrina de proteção integral da criança.

A família como centro irradiador de vida, de cultura e de experiência, é a célula básica do tecido social, em que o homem nasce, forma a sua personalidade e se mantém, perpetuando a espécie, dentro de uma comunidade duradoura de sentimentos e de interesses vários que unem os seus integrantes.

A elevação do papel da família na sociedade levou o legislador a proteger a criança e o adolescente, por meio do ECA e outros institutos. No entanto, os valores sociais e morais da sociedade se chocam com a triste realidade da prostituição infantil. Se por um lado verifica-se um forte esforço legislativo no intuito de edição de documentos protetivos à infância e adolescência, tanto no âmbito nacional como internacional, na prática o que se constata é a lamentável realidade de violência infantil, que possui na maioria das vezes como elemento causador comum, a família.

A família está diretamente ligada ao avanço do homem e da sociedade, alterando conforme as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, por isso não é crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores morais e sociais vigentes. No cenário nacional a responsabilidade pela visível transformação na concepção de família é atribuída à transição de um período fortemente influenciado pelo ideário liberal para um momento de valorização dos princípios instaurados pelo Estado Social.

Apesar de se reconhecer a relevância das medidas adotadas no plano legislativo e até mesmo doutrinário e jurisprudencial, diante da realidade desoladora da prostituição infantil, constata-se um evidente descompasso entre a teoria e a prática, em que crianças, seres considerados em especial estágio de desenvolvimento são vítimas de maus tratos, violência sexual, e mais especificamente da prostituição infantil, em clara afronta aos ditames da dignidade da pessoa humana.

A família, enquanto transmissora de valores, responsável pela formação, em atuação conjunta com a sociedade e o Estado precisa trazer para a prática todas as conquistas protetivas principalmente da órbita legislativa. É de suma relevância aceitar e assumir a evolução na concepção de família, sua atual forma de conceituação plurima, baseada principalmente no afeto, e assim a orientação para que se torne o primeiro e principal meio responsável pelo desenvolvimento da personalidade e garantidora de proteção à dignidade da pessoa humana. Entretanto, esta precisa colocar em prática suas funções para que efetivamente deixe de ser considerada elemento comum nos quadros de violência infantil, como no caso da prostituição.

A criança precisa ter bases fortes e alicerces bem definidos para o seu desenvolvimento físico, psíquico e emocional. Precisa de atenção, carinho do Estado, da sociedade e da família. Esta precisa garantir ao pequeno ser em formação, total e efetiva proteção à sua dignidade. O Princípio Constitucional da dignidade humana assegura total proteção à criança para que a mesma se desenvolva, assegurando-lhe o mínimo necessário para isso. A triste realidade social de turismo sexual, de maus tratos físicos, sexuais e psíquicos à criança, precisa ser modificada. A miséria social que leva a criança a valer-se da prostituição infantil para sobreviver precisa ser enfrentada e dizimada da vida humana.

Um novo horizonte precisa ser alcançado. A criança precisa manter o brilho de esperança e de pureza nos olhos. O Estado precisa acordar para a sua responsabilidade de proporcionar vida digna à criança e ao adolescente. A sociedade precisa repensar os seus valores, colocando a vida humana no centro de todos os interesses, e principalmente a família, precisa ser reconstruída para amar e respeitar os seus membros, gerando uma transformação social, com crianças sendo acolhidas em amor e afeto, protegidas em suas necessidades e vulnerabilidades, a ponto de se apagar essa mancha de dor, vergonha e destruição psíquica e emocional que a prostituição infantil tem representado.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família: o Artigo 5º, II, Parágrafo Único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 131-153, abr./jun. 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte, Fórum, 2013.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BRASIL. Lei nº 8.069/90 – *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 10 de jul. de 2012.
- BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. São Paulo: FTD, 1996.
- CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CURY, Munir; MENDEZ, Emílio García; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e (Coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DIMENSTEIN, Gilberto. *Meninas da noite*. 16. ed. São Paulo: Ática, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.
- FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de. A eficácia do direito à dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 12, n. 1, p. 313-340, jan./jun. 2012.
- FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes; LOPES, Sarila Hali Kloster. O dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Niterói, RJ. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 210-224.

FERNANDES, Alana Gomes. O Estado, a família, a escola e a sociedade: os papéis sócio-institucionais na proteção da criança e do adolescente. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte, MG. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 5506-5526.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

LIBORNI, Siqueira. *Dos direitos da família e do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOTTA, Patricia; SILVEIRA, Sergio Augusto. Prostituição infantil: enfoque jurídico do sexo-turismo no Brasil. *Consulex Revista Jurídica*, v.1, n.6, p.10-17, jun. 1997.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>. Acesso em jan. 2013.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da Adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, De plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro, 1998.

SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias monoparentais: Aspectos polêmicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

UNICEF. Disponível em: <<http://www.unicef.org.br/>> Acesso em 16 ago. 2012.

UNICEF. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/Cap_03.pdf> Acesso em 02 mar. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de direito da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1997.

WINNICOTT, Donald Woods. *A criança e o seu mundo*. Tradução de Álvaro Cabral. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982.

A IMPORTÂNCIA DAS RELAÇÕES FAMILIARES AFETIVAS E FRATERNAS NO TRATAMENTO DO FAMILIAR INFRATOR COM TRANSTORNO MENTAL NOS HOSPITAIS DE CUSTÓDIA

THE IMPORTANCE OF FAMILY RELATIONSHIPS AFFECTIONATE AND FRATERNAL INFRINGING FAMILIAR WITH TREATMENT OF MENTAL DISORDER IN HOSPITALS OF CUSTODY

Sarah Caroline de Deus Pereira¹
Carla Baggio Laperuta Froés²

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a importância da afetividade e da fraternidade nas relações familiares para a tutela da saúde do familiar infrator nos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP's) durante o respectivo cumprimento das medidas de segurança. Ressalta, também, os objetivos; em geral visa discorrer sobre a relevância da afetividade e da fraternidade durante o tratamento do infrator com transtorno mental e, em específico, relatar sobre a maximização da saúde social, promovendo a estas pessoas a comunicação com o mundo externo, para que as relações interpessoais auxiliem na subjetividade e na garantia plena da saúde. Os HCTP's em sua grande parte representam o pior do sistema, afrontando direitos humanos fundamentais e não prestando a saúde na perspectiva material conforme preceituado pela Constituição Federal, marginalizando os sujeitos com transtorno mental do convívio social, renegando-os ao esquecimento quando infratores, de modo a "etiquetá-los" como monstros. Diante dessa problemática, fundado no método hipotético-dedutivo, parte dos argumentos gerais para os particulares, para demonstrar que a fraternidade e o afeto familiar são indispensáveis para a saúde social do familiar infrator com transtorno mental em tratamento nos HCTP's.

Palavras-chave: afetividade; fraternidade; infrator com transtorno mental; Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP's); saúde social.

ABSTRACT

The object of this work is the importance of affection and brotherhood in familial relationships for protecting the health of the family Custody offender in Hospitals and Psychiatric Treatment (CPTH's) during their compliance with the security measures. It emphasizes the goals; generally aims to discuss the relevance of affection and brotherhood during treatment of the offender with mental illness, and specific report on the maximization of social health by promoting these people communicating with the outside world so that

¹Mestranda em Teoria Geral do Direito e do Estado, no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, bolsista CAPES. Especialista em Direito e Processo do Trabalho na Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada. Estágio-docência em: Antropologia e Sociologia do Direito e Direito de Família. Aluna pesquisadora do grupo: “Bioética e Direitos Humanos”. Membro do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania de Marília. Endereço eletrônico: <scdp88@gmail.com>.

² Mestranda em “Teoria do Direito e do Estado” no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Especialista em “Direito Processual” pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Docente na Escola Técnica do Centro Paula Souza e da Editora Nova Concurso. Advogada. Aluna pesquisadora do grupo: “A Intervenção do Estado na Vida do Indivíduo” e do “A ética do afeto: os direitos da personalidade no Direito de Família”. Endereço eletrônico: <carlabglf@yahoo.com.br >.

interpersonal relationships assist on subjectivity and guarantee full health. The CPTH's for the most part represent the worst system, confronting fundamental human rights and not paying health in perspective materials as specified by the Constitution, marginalizing individuals with mental illness from society, relegating them to oblivion when offenders so to "label" them as monsters. Faced with this problem, based on the hypothetical-deductive method, part of the general arguments for individuals to demonstrate that fraternity and family affection are essential to the health of family social offender with mental illness being treated in CPTH's.

Keywords: Affection, Brotherhood; Offender with mental disorder; Custody Hospitals and Psychiatric Treatment (CPTH's); Social health.

INTRODUÇÃO

A família constitui a matriz celular da sociedade, cabendo ao Estado tutelá-la e protegê-la, intervindo minimamente na esfera privada dos lares, de maneira a atuar nos casos em que haja desrespeito a dignidade humana dos seus integrantes, tipicamente nos casos de violência e aviltamentos aos direitos dos seus integrantes.

As relações familiares pautam-se no afeto, que por sua vez solidifica os atos de fraternidade e solidariedade para com os seus componentes, de modo que os pais são responsáveis em assistir e cuidados dos filhos, principalmente quando infratores com transtorno mental que cumprem medidas de segurança nos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP's).

O modelo jurídico-punitivo-prisional dos HCTP's é ultrajante e segregatório, se a família não se fizer presente no tratamento, amparando o ente com cuidado, afeto e fraternidade, este poderá não conseguir se adaptar novamente a sociedade, não tendo o exercício pleno da saúde no aspecto social, conforme pondera a Organização Mundial de Saúde (OMS).

Nesse sentido, a fraternidade pautada em uma ética do cuidado no tratamento do infrator com transtorno mental, se erige no ato de pensar no outro como sujeito de direitos, independentemente do ilícito penal a que responde judicialmente, pugnando uma postura fraterna e solidária consoante a um Estado Democrático de Direito, urgindo tais ações quando o infrator padece de transtorno mental e se submete ao regime das medidas de segurança estatais cumpridas nos HCTP's, sendo a família nessa realidade de extrema importância para a vigilância dos direitos deste grupo.

É importante frisar que a violação dos direitos das pessoas com transtorno mental constitui uma ofensa direta aos primados do Estado Democrático de Direito, que constituído pelos princípios da solidariedade, da fraternidade e da dignidade da pessoa humana contrastam com a celeuma histórica que o país enfrenta no trato com a saúde mental que relega a estes indivíduos uma terapêutica violenta e marginalizante.

Deste modo, a estrutura familiar tem um papel fundamental na vida do infrator com transtorno mental, visto que é por meio do afeto e do acompanhamento vigilante da saúde dos seus familiares, que se poderá garantir a maximização da saúde em todos os aspectos, principalmente no que tange a sociabilidade dos seus familiares dentro dos HCTP's.

1. A FAMÍLIA

Em razão das constantes mudanças decorrentes da pós-modernidade, a família ganhou contornos indispensáveis, sendo considerada pelos seus membros como um refúgio no qual descansam de suas atividades rotineiras, trocam experiências, externam seus medos, desejos, perspectivas, e no qual recebem apoio e afeto.

Oliveira e Hironaka apontam que “Os seres humanos mudam e mudam seus anseios, necessidades e seus ideais, em que pese à constância valorativa de imprescindibilidade da família enquanto ninho”.³

O âmago familiar é o ponto de referência do ser humano, é o ambiente no qual ele constrói a sua autonomia. É relevante pontuar que a tutela da família acompanha as mudanças da sociedade, tendo por norte o respeito ao outro enquanto um ser único detentor de direitos e deveres, dentro e fora do núcleo familiar.

Arendt explica que “A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir.”⁴

A heterogeneidade das relações humanas é corolária da pluralidade da sociedade, na qual a família a par da função reprodutora dentro da comunidade, também exerce autonomia na sua estrutura familiar, afastando a intervenção estatal no seu núcleo, Herkenhoff salienta que “[...] a família não deve ser aprisionada a leis cegas, a dogmas frios”⁵, devendo haver o respeito a sua privacidade.

Por sua vez, Arendt⁶ contrapõe Estado e família ao noticiar que o surgimento da cidade-estado e da esfera pública ocorreu à custa da esfera privada da família e do lar, de modo que o governo não invadia os regramentos imanes do santuário do lar, embora o fizesse na perspectiva econômica. Não obstante, pondera que a família na Grécia Clássica era a exteriorização máxima da desigualdade, na qual o chefe de família reinava sobre ela, posto que a mantinha financeiramente, enquanto a mulher exercia o papel de reprodutora.

Da Grécia Clássica a modernidade, a unidade familiar foi substituída pela sociedade, que por sua vez é o parâmetro das mudanças legislativas na contemporaneidade. Essa vertente

³OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Do Direito de Família. In: Dias, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coords). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 3ª ed., 2.tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.7

⁴ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.16.

⁵HERKENHOFF, João Baptista. **Justiça, direito do povo**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002, p.78.

⁶ARENDT, Hannah.op.cit, p.38.

na área do Direito de Família foi observada no Brasil com a edição de um novo Código Civil em 2002, haja vista que o anterior era centralizador e encarcerava as vinculações familiares, ao passo que o atual pauta-se na igualdade dos seus integrantes e nos princípios, valores e conceitos fundamentais. Ademais, reconhece que os laços são constituídos pelo amor, solidariedade, fraternidade e principalmente afeto.

Lima⁷ leciona que o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) ao declarar que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade” a eleva juntamente com os seus direitos a um patamar acima de qualquer grupo social, de modo a se reconhecer ao grupo doméstico a dignidade ao fato, e não ao Estado ou ao indivíduo. Para o autor os grupos sociais existem porque há vida e esta decorre da entidade familiar, por esta razão argumenta que os direitos de família são fundamentais, sendo atribuído ao Estado deveres para com ela, e dela para com o Estado.

A família atualmente é interpretada pela óptica da afetividade, se ausente ocasiona em alguns casos violência doméstica, que por sua vez exige a intervenção do Estado, por meio de instrumentos jurídicos hábeis para dirimir os conflitos. Cunha adverte que “O afeto é o que antecede à norma. Onde falha o afeto, a lei urge.”⁸

O afeto é um termo plural, visto que a depender da ciência que o estuda, receberá uma conotação. Silva⁹ ressalta que no Direito a interpretação do termo o equivale a respeito à dignidade da pessoa humana, como uma cláusula geral de tutela da personalidade, em consonância com o art.1º, inciso III da Constituição Federal. Ao passo que na Psicanálise é visualizado como um sentimento.

Pode-se verificar, pois, a magnitude do afeto, cuja relevância se faz repercutir na órbita jurídica, cujos contornos são tangenciados pela família brasileira e reconhecidos pelos tribunais e operadores do Direito. De fato, o afeto é um valor a considerar por todo contemporâneo que, atento à nova perspectiva jurídica, atende aos anseios sociais de forma muito mais efetiva.

O dever de convivência, por sua vez, assume seu papel primordial nas relações oriundas da afetividade. Evidencia-se que o descumprimento desse dever implica sérias

⁷ LIMA, Alceu Amoroso. **Os Direitos do Homem e o Homem sem Direitos**. 2ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. 132.

⁸ CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coords). **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.p.84.

⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A afetividade a responsabilidade nas relações de família**. In: Dias, Ana Luiza Távora Campi Barranco. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXVII, n.91, maio de 2007, p.114.

consequências jurídicas, a exemplo da responsabilização por dano moral em razão do abandono afetivo, tema frequente nos tribunais pátrios.

Contido nos artigos 227, 229 e 230 da Constituição pátria, do princípio da solidariedade se infere o auxílio mútuo entre os membros componentes de uma família, seja em seu aspecto material, seja moral. Solidariedade implica o “compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas às outras e cada uma delas a todas”, como vem explicitado semanticamente para o âmbito jurídico esse caráter de ser solidário.

Ocorre que o ponto nevrálgico da responsabilidade entre as nuances psicanalíticas e jurídicas obtêm-se que o afeto é um sentimento que respeita a dignidade da pessoa humana, nesse sentido, a família tem o dever de cuidado e proteção dos seus componentes.

A família que se arrima na ética do afeto, se responsabiliza e acompanha de perto e com acuidade o desenvolvimento psíquico de seus entes. Silva¹⁰ argumenta que o senso de responsabilidade irradia nas pessoas a vontade de fazer o outro feliz. Em sendo assim, uma família coesa e harmoniosa protege-se uns aos outros, visando o resguardo das intempéries provenientes da vida moderna.

Nesse sentido, Henrkenhoof defende que “[...] a família deve servir à pessoa humana, à dignidade da pessoa humana, à felicidade dos seres.”¹¹ Não obstante, afirma que “A família tem como fundamento a pessoa humana. É a pessoa humana que justifica a família, que engradece a família.”¹² Ao autor a diretriz que norteia a família é a pessoa humana, na sua grandeza e na sua sacralidade.

A família na atualidade tem contornos de inclusão, primando-se na afetividade, sendo nesse aspecto considerada a família uma totalidade que compreende a entidade familiar por uma união de pessoas que tem entre si a vontade de se relacionarem, de criarem vínculos familiares. Nesta perspectiva, Herkenhoff argumenta “Não é o vínculo formalmente legal ou sacramental que estabelece a família. A família é estabelecida pelo amor”.¹³

As pessoas se relacionam por ser ínsito a sua natureza estabelecer laços uns com os outros, elas buscam a felicidade, e esta é conquistada com o respeito e o cuidado para com o outro. Mota¹⁴ sustenta que o homem necessita um do outro tanto na vida material, quanto na espiritual.

¹⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op.cit.p.115.

¹¹ HERKENHOFF, João Baptista. op.cit.p.77

¹² Ibidem, p.78.

¹³ Ibidem, p.80.

¹⁴ SOUZA, Carlos Aurélio Mota. **Direitos Humanos, Urgente!** São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.p.60

A família que possui um membro com transtorno mental é responsável pelo seu cuidado, tratamento e acompanhamento. Herkenhoff¹⁵ sustenta que a luta em favor dos excepcionais físicos e mentais é travada pelos pais destas pessoas, que devem o fazê-lo para resguardar a dignidade delas, haja vista que elas não podem se engajar nesta luta por não se determinarem neste intento em razão da doença mental, evidenciando deste modo o lado fraterno das relações familiares.

1.1. A fraternidade nas relações familiares

O cuidado é o elemento fundamental das relações humanas, a família tem o dever de prestá-lo aos seus membros, mormente quando estes não tiverem discernimento próprio, cabendo-lhes prestar a devida assistência material, moral, psicológica e afetiva.

Nesse sentido é preciso compreender a fraternidade, Bernhard argumenta que:

O conceito de fraternidade pressupõe a liberdade individual e a igualdade de todos homens, e está numa relação de interdependência mútua com esses dois princípios. Os três conceitos têm por raiz a dignidade da pessoa humana. O objetivo atingido de proteger os Direitos Humanos quanto ao alcance da tutela e da garantia do indivíduo, deve valer – segundo o conceito de Fraternidade – como garantia mínima para cada indivíduo, em cada tempo e em cada lugar, inclusive os direitos sociais.¹⁶

A fraternidade é a luz que precisa ser irradiada dentro do sistema dos HCTP's, porque o descaso com o ser humano dentro destes ambientes é preocupante, a instituição atua contrária ao direito, não respeitando a integridade psicofísica do interno.

No contexto familiar a fraternidade ocupa papel relevante segundo Vasquez, *in verbis*:

O conceito de fraternidade tem na família uma validade intuitiva e etimológica, e a sua matriz sociológica é evidente. A família é o “lugar” onde nasce a fraternidade, com os consequentes valores da solidariedade, afeto e cooperação, que “ligam” seus membros. Na família, é mais natural à partilha de bens, a acolhida, a correção fraterna, o cuidado com o ouro, com a casa comum, a transmissão de conhecimentos, a sadia circulação as notícias. Tais comportamentos verificam-se, depois, na vida do cidadão, à medida que foram vividos, de algum modo, a família. [...] a família é, precisamente, o grupo social que, mais do que qualquer outro, mostra que o Direito não pode pretender ser nem o único, nem o mais, importante, instrumento para sanar a sua crise e a fratura. Ela tem necessidade da colaboração de outros atores sociais, como psicólogos, sociólogos, médicos etc. O Direito, todavia, pela sua parte, pode cooperar de maneira significativa no sentido de inserir a família no seu desígnio natural, captando sua natural propensão à unidade, quer na esfera legislativa, quer no campo da aplicação das leis. Quando, por

¹⁵ HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos Humanos: A construção universal de uma utopia**. 3ª ed. Aparecida: Editora Santuário, 1997.p.9

¹⁶ BERNHARD, Agnes. Elementos de fraternidade e de Direito constitucional. **Direito & Fraternidade**. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008, p. 61-62.

sua vez, essa propensão natural à unidade inspirar regras da família humana, talvez o mundo possa esperar num Direito mais ao serviço do homem.¹⁷

A fraternidade na família espelha a sua função dentro da sociedade, a omissão familiar no tratamento do infrator que cumpre medida de segurança nas HCTP's é contrária à concepção moral de família. A assistência é direito-dever, direito daquele que o necessita e dever do familiar em prestá-lo.

Acerca da fraternidade familiar, Pozzoli defende que:

A fraternidade na família poderá proporcionar à sociedade uma igualdade efetiva entre as pessoas, considerando a diversidade intrínseca presente no meio social, eliminando o direito à igualdade baseado em um poder soberano, ao qual todos estão subordinados. Pois assim o direito à igualdade deixa de ser efetivo em decorrência das desigualdades que ele mesmo impõe, a começar pela subordinação dos povos um poder soberano, um poder desigual. A defesa e a aplicação da fraternidade como princípio jurídico reafirma os princípios que o norteiam, com vistas às mudanças no paradigma dominante, impondo-se atuais mudanças e conceitos como um novo paradigma emergente a ser solidificado.¹⁸

Em linhas gerais complementando os argumentos de Pozzoli, Jaborandy argumenta que “Compreender a fraternidade como princípio constitucional é realidade inafastável na atualidade.”¹⁹ Não obstante sustenta que, “A consolidação de um país verdadeiramente fraternidade é muito mais do que um imperativo constitucional ou uma meta dos Poderes constituídos. É, sobretudo, a consagração do Estado Democrático, que tem como centro o ser humano.”²⁰

Se a fraternidade coloca o ser humano como centro, os doentes mentais que praticam crimes não podem continuar sendo marginalizados pelo Estado dentro das HCTP's durante o cumprimento da medida de segurança, que em verdade representam uma prisão eterna, uma reclusão, sendo que muitos saem dessa condição apenas com a morte física, haja vista, que em razão das altas doses medicamentosas a saúde psíquica, emocional, moral, e a própria integridade física foram ceifadas desde a submissão ao “tratamento”.

¹⁷ VASQUEZ, Óscar. Relações jurídicas e fraternidade. **Direito & Fraternidade**. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008, p. 110; 112.

¹⁸ POZZOLI, Lafayette. Direito de Família: a fraternidade humanista na mediação familiar. . In: PIERRE, Luiz Antonio de Araujo. [et.alii.] (orgs) **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2013, p. 110.

¹⁹ JABORANDY, Clara Cardoso Machado. A implementação das políticas públicas à luz do constitucionalismo fraterno. In: PIERRE, Luiz Antonio de Araujo. [et.alii.] (orgs) **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2013, p. 81.

²⁰ *Ibidem*, p. 97.

Essa atuação do sistema penal é ofensiva, não atende aos ditames de uma visão fraterna do Direito, pondera Patto que:

Afinal, também na execução da pena verificou-se, por experiência, que os condenados, “tratados como seres humanos”, tornam-se ‘homens novos’. A aplicação da lei penal não exclui o “acréscimo” do amor, que leva a amar inclusive o “inimigo”. Porque não se detém nas categorias de pertença, mas vai além e olha para “essência” do homem até o ato supremo do “perdão”, superando a justiça humana. Se o objetivo é ajudar o outro, também o autor do crime, a torna-se “responsável pela sua própria vida e pelos relacionamentos com os outros”, a fraternidade pode exigir a reconstrução na participação, daquela que foi definida “a consciência de si”. Da consciência do desvalor expresso pelo crime pode nascer uma nova partilha, na qual a fraternidade, que sabe reconhecer no próximo um outro idêntico a si, pode renovar a natureza relacional do Direito, segundo um novo estilo de relacionamento, que não exclui a pessoa “real” do horizonte da globalização, incluindo aí os excluídos.²¹

Nessa óptica tanto a fiscalização quanto a intervenção na temática da doença precisa da atuação da família durante o tratamento nos HCTP's, que por sua vez é legitimada para representar e defender os interesses dos familiares que não tem voz para fazê-los, não é mera discricionariedade, mas obrigação legal e social, haja vista, que a sociedade moderna se constitui no prisma da solidariedade e da fraternidade, em sendo assim, a família tem o dever do cuidado para com o infrator com transtorno mental, não apenas no seu acompanhamento dentro dos hospitais, mas também em desmistificar a mácula histórica que segrega o doente mental do convívio social.

Patto defende que “[...] a fraternidade sabe promover a humanidade do outro, gerar círculos virtuosos e novos encontros. Até promover a mais autêntica reciprocidade, numa relação que é, ao mesmo tempo, dar e receber, ir ao encontro do outro abrir-se para escutá-lo.”²²

A família precisa pugnar pelos direitos à saúde do familiar infrator com transtorno mental, pautada no afeto e na fraternidade para com o seu ente internado cumpre a medida de segurança à luz dos direitos constitucionalmente assegurados.

Aquini pondera a respeito da fraternidade que,

A fraternidade, todavia, não se apresenta como enunciação de um conceito, mas como princípio atuante, motor do comportamento dos homens. Deve, portanto, ser considerada em uma estreita correlação – por um lado – com o Preâmbulo, nas partes nas quais este evoca a idéia da família humana e considera a Declaração como ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações, e – por outro – com

²¹ PATTO, Pero Vaz. A execução da pena no horizonte da fraternidade. **Direito & Fraternidade**. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008, PP. 51-52.

²² *Ibidem*, p. 52.

o Artigo 29, que introduz a idéia dos deveres de cada um para com a comunidade.²³
[sic]

A fraternidade na contemporaneidade caminha ao lado do Direito, de modo que os novos olhares são direcionados em prol a um Direito mais humanista e fraterno. Cossedu demonstra essa relação, *in verbis*:

Diante da perda da noção de Direito como regra de vida e de coexistência, delineia-se para a fraternidade um primeiro espaço possível, capaz de responder ao Direito, que interpela a todos nós e nos envolve. Vamos considerá-lo no seu fundamento : é atividade que se explica como relação, conjunto de relacionamentos entre indivíduos, entre esferas separadas que se compõe numa ajuda recíproca, comunhão que passa pela diversidade de interesses e fins de cada vida particular²⁴

É nítido que esse cuidado para com o outro ser humano, dentro da esfera penal ainda não chegou, o paciente do HCTP's é constantemente marginalizado pelos profissionais que o atendem, sem contar do esquecimento proposital do Estado e do próprio sistema de justiça criminal, que não se interessa por ele, pelo fato de ser doente mental.

Cossedu recorda um primado basilar entre a relação do Direito e da fraternidade, que se aplicado ao contexto dos HCTP's, por meio do acompanhamento constante da família, talvez mudasse a realidade caótica desses centros. Delineia a autora que:

Trataremos de recordar o princípio da fundamental do Direito: dar a cada homem o que lhe é próprio; porém, podemos acrescentar, “com referência não só ao que faz, mas o que é”, o seu ser homem. Fazer justiça pode significar ler cada situação, inclusive a mais negativa, como um itinerário para “dar ou restituir ao homem não só algo, mas inclusive si mesmo”.²⁵

Os HCTP's são locais próprios para a reconstrução de vidas, uma vez que se ocupa de todas as esferas do cidadão que ali se submete a tratamento, perpassando a questão física, psíquica e emocional. Por este motivo, a importância da atuação da família na vigilância deste tratamento, dando ao familiar infrator cuidado, afeto e fraternidade, de modo que o retorno deste interno para a sociedade possa ser de uma forma menos segregativa e violenta.

Cossedu vaticina que “Deslocar o foco para a vítima e o ofensor significaria recuperar e reconstruir o vínculo social. Se é assim, podemos reencontrar na raiz da condição humana, comum mais um espaço para a fraternidade que ultrapassa os confins de cada povo e país.”²⁶

²³ AQUINI, Marco. Fraternidade e Direitos Humanos. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Direito & Fraternidade**. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008, p. 42.

²⁴ COSSÉDU, Adriana. Direito penal e “espaços” de fraternidade. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Direito & Fraternidade**. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008, p. 54.

²⁵ *Ibidem*, p. 59.

²⁶ *Ibidem*, p. 57.

Ainda nessa questão da esfera penal, a autora declara “Na fraternidade, ainda, é espontâneo satisfazer as necessidades dos outros, assumi-las e resolvê-las, a ponto de intervir em suas causas externas: pobreza, mal-estar familiar e social, exclusão, que podem dar origem a comportamentos delituosos.”²⁷

Como salientado até o momento a fraternidade apresenta uma estreita contiguidade com a dignidade da pessoa humana, atuando sempre como uma forma de elevar o ser humano, de resgatar as sua essência e o seu valor dentro da sociedade.

Rocha salienta que:

A dignidade como princípio constitucional é de toda a existência, não apenas do viver humano. Põe-se, portanto, como valor moral e social que se faz princípio constitucional e se impõe com norma de que não se pode escusar qualquer pessoa e que se estende os direitos e os deveres da vida para além do indivíduo.

[...]

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, valor fundante do sistema no qual se alberga, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. Esse princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional de cada povo.²⁸

Nesse contexto, a atuação familiar fraterna e afetiva são um *plus* para a efetivação do direito à saúde ao familiar infrator com transtorno mental, posto que dentro da esfera emocional, o paciente tem uma segurança do cuidado da família para com o seu tratamento, que por correlato impõe um dever aos HCTP's de uma postura mais ética e compromissada.

É importante ter em mente como adverte Lucena, que “[...] direito à saúde, a um só tempo, um direito subjetivo, individual, fundamental, social, transindividual, de quarta e quinta gerações, em constante transformação, posto que imbricado na hipercomplexidade social onde cresce e se desenvolve.”²⁹

Em sendo assim, é de fundamental importância conhecer a realidade da saúde no cenário brasileiro.

²⁷ Ibidem, p. 55.

²⁸ ROCHA, Carmém Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência: Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos. In: ROCHA, Carmém Lúcia Antunes. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2004, p. 26; 37.

²⁹ LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Carmém Lúcia Antunes. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2004, p. 246.

2 – DA SAÚDE NO CONTEXTO BRASILEIRO

A saúde é elemento indispensável na vida de todo ser humano, é direito fundamental erigido nas Declarações de Direitos e na Constituição Federal, sem a qual o ser humano vive indignamente.

A Organização Mundial de Saúde (OMS)³⁰ conceitua a saúde como “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Não obstante, obtempera que o gozo do melhor estado de saúde é direito fundamental de todo ser humano, não permitindo quaisquer formas de discriminação.

A OMS rompeu a visão arcaica de que a saúde era a ausência de doença, e trouxe a concepção de que se trata do bem estar, do mais alto patamar da defesa da dignidade física, psíquica e emocional do ser humano, demonstrando a importância da saúde no aspecto da sociabilidade.

A saúde é preocupação mundial que perpassa os séculos, desde a antiguidade o homem tentava explicar as patologias, e foi por meio da experimentação que se desenvolveu a medicina. As moléstias na Idade Média eram vistas como uma punição de Deus, rechaçando o direito à saúde a questão espiritual, cabendo aos padres a responsabilidade na cura das doenças, e quando perfectibilizadas recebiam o nome de milagres.

Camargo, Freitas & Flumian³¹, asseveram que os movimentos reivindicatórios de saúde³² são modernos, e que foi a partir do século XII que os hospitais medievais que eram de responsabilidade exclusiva dos clérigos, permitiram a jurisdição das cidades na cura dos enfermos, possibilitando que a própria comunidade remetesse os doentes aos hospitais. Apontam que com a Revolução Industrial, o Estado passou a atuar ativamente na fiscalização da saúde, principalmente no que tange as condições de trabalho. Nesse sentido, ressaltam que a trajetória da saúde pública no Brasil foi iniciada no século XIV com a chegada da Corte Portuguesa ao país, período que se combatia a lepra e a peste, e outros controles sanitários,

³⁰ **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html>. Acesso em 15 de abril de 2012.

³¹ CAMARGO, Caroline Leite de; FLUMIAN, Michel Ernesto; MURTA, Eduardo Freitas. **A Judicialização do Direito à Saúde: A Construção da Cidadania através da efetivação de Direitos Fundamentais.** In: CARVALHO, Acelino Rodrigues; BARUFFI, Helder, organizadores. Anais d IV Encontro Científico Transdisciplinar Direito e Cidadania. II Fórum de Segurança Pública. Dourados, MS: UFGD : UEMS, 2011. Pg; 115.

³² CAMARGO, Caroline Leite de; et.al **As Políticas Públicas, a Responsabilidade do Estado e a Efetivação do Direito à Saúde.** In: CARVALHO, Acelino Rodrigues; BARUFFI, Helder, organizadores. Anais d IV Encontro Científico Transdisciplinar Direito e Cidadania. II Fórum de Segurança Pública. Dourados, MS: UFGD : UEMS, 2011. Pg; 47.

que eram realizados em portos e ruas, obtemperando que entre 1870 e 1930, o Estado passou a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, mas com forte cunho policial.

É nítido que a saúde pública no Brasil teve muito percalços, e também muitos abusos e pouca proteção ao ser humano, no aspecto de respeitar a sua dignidade, provendo atendimento hábil. Caroline Camargo, [et.al.], faz um levantamento sobre a história da saúde, ao relatar que, “[...] cada ser humano se adaptava ao meio ambiente em que vivia com a suas habilidades e prazeres. Galeno, médico grego acreditou que a saúde era caracterizada pela existência de dor durante a realização de tarefas corriqueiras.”

Camargo, Freitas & Flumian³³ sustentam que foi no período de políticas sanitárias no Rio de Janeiro, que se desenvolveram políticas públicas curativas, havendo uma reestruturação na saúde, apenas na década de 30, por meio da criação do Ministério da Educação e Saúde Pública, que por sua vez substituiu o Departamento Nacional de Saúde Pública que era vinculado ao Ministério da Justiça. Em 1953 criaram o Ministério da Saúde, que em verdade, segundo os autores tratou-se apenas do desmembramento do Ministério da Saúde e Educação.

A saúde pública não era tida de forma universal no aspecto curativo, restringia-se aos trabalhadores que contribuía para o serviço de previdência. Nos termos dos autores, “[...] grande contingente da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo, como ocorria no século XIX, da caridade pública.”

Percebe-se que o Brasil tem por tradição histórica um despreparo no trato da saúde por meio de suas agências desorganizadas e desfragmentadas, agindo inefetivamente no aspecto da concretude da prestação de serviços de saúde pública. A saúde precisa ser balizada em todos os aspectos, para que possa apresentar respostas positivas perante os seus usuários, não pode ser prestacional ou assistencialista, porque a saúde é direito fundamental e não uma mercadoria.

Moreno Vendrame³⁴ apontam que o direito à saúde é consagrado como direito-dever, em que o Estado tem o dever de prestar dignamente e eficazmente por meio de políticas públicas o acesso à saúde com qualidade, o qual assegure a dignidade humana,

³³ CAMARGO, Caroline Leite de; FLUMIAN, Michel Ernesto; MURTA, Eduardo Freitas.op.cit.p.116

³⁴ MORENO, Jamile Coelho; VENDRAME, Alan.In : SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. (orgs). Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui, SP: Boreal Editora, 2010, p.8

compreendendo a sociedade de modo universal, posto que seja uma obrigação do Estado e direito da população.

A saúde é elementar na vida das pessoas, sem saúde não é possível se viver dignamente, tampouco exercer as atividades cotidianas, não se estabelece relações proveitosas interpessoais, por conta da enfermidade.

Ramos alega que “A saúde é fundamental à vida das criaturas, seja como pressuposto de existência, seja na manutenção de uma real qualidade de vida. Assim, à saúde se entrelaça com o direito à vida, sendo elemento dele.” Complementando o raciocínio esposado, assevera que “É difícil se entender o direito à vida, dissociado do direito à saúde, ressaltando-se que à vida é direito individual fundamental, garantindo mesmo contra a vontade estatal.”³⁵

A proteção formal é estampada no art. 196 da Constituição Federal, a qual Silva³⁶ comenta que não se trata de uma visão meramente curativa de restabelecer o enfermo, mas de se prestar socialmente no campo da saúde, métodos preventivos, posto que se devam considerar os fatores de “[...] alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer, o acesso aos bens e serviços essenciais [...]”. Quando a organização econômica do país for precária, o quadro dos níveis de saúde não externarão positivamente condições de bem estar físico, mental e social, haja vista que a promoção das condições indispensáveis ao pleno exercício da saúde é do Estado e quando este é desestruturado, não há possibilidade de se prestar uma saúde condigna aos cidadãos.

A norma do art. 196³⁷ é para Silva a expressão da perfeição, haja vista, estabelecer uma relação jurídica constitucional que possibilita o acesso universal a saúde e aplicando ao Estado o dever de prover esse mandamento. Sendo que este dever é perfectibilizado pelas prestações de saúde, concretizadas por políticas sociais e econômicas pautadas na redução dos de doença e outras moléstias.

A noção de saúde adotada atualmente no Estado brasileiro ocasiona uma reflexão dialógica acerca da atenção no tratamento das pessoas com transtorno mental, cabendo maiores esclarecimento a respeito da doença e da forma de acolhimento.

³⁵ RAMOS, Mário Henrique de Oliveira. **Direitos Sociais Prestacionais, Direito à Saúde, Reserva do Possível, Políticas Públicas**. In : SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. (orgs). Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui, SP: Boreal Editora, 2010.p.336.

³⁶ SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.p.767-768

³⁷ SILVA, José Afonso. op.cit.p.769.

2.1. A questão da doença mental

A doença sempre existiu na história da humanidade, o que se tinha na antiguidade eram formas diversas de tratá-la, perpassando desde a discriminação ateniense até a atualidade, mudando apenas os contornos de negação e do desrespeito para com este grupo de pessoas.

Martinho Lutero, no século XV agia de forma contraproducente aos princípios humanistas, de modo que pregava que pessoas com deficiência mental, que para Lutero não tinham natureza humana, deveriam ser condenadas ao afogamento, que para ele liberava os maus espíritos que regiam a vida dessas pessoas, como duendes e bruxas que habitavam o corpo dessas pessoas acometidas muitas vezes de transtorno mental³⁸ e não deficiência mental.³⁹

Importante compreender que esse movimento hospitalocêntrico datado desde o Cristianismo, no que tange a histórica da “loucura” tem estreita relação com as práticas de internamento nos Hospitais Gerais franceses na Era Clássica, que segregava do convívio toda a pessoa que se afastava da noção de “normalidade”, contemplado os casos de deficiência: física, mental, e, principalmente os doentes mentais.

É considerado o século XIX, como o século dos manicômios, em que as internações eram a medida adotada para todo e qualquer tipo de patologia ou deficiência, abrigando no ambiente asilar pessoas com transtorno mental, físico, psíquico, infratores, todos submetidos ao mesmo modelo terapêutico, não existindo a necessária separação, alicerçada na atenção especial, ao contrário eram abrangidos tanto as pessoas com doença mental e as com deficiência mental.

³⁸ “Doença Mental pode ser entendida como uma variação mórbida do normal, variação esta capaz de produzir prejuízo na performance global da pessoa (social, ocupacional, familiar e pessoal) e/ou das pessoas com quem convive. Organização Mundial de Saúde diz que o estado de completo bem estar físico, mental e social define o que é saúde, portanto, tal conceito implica num critério de valores (valorativo), já que, lida com a idéia de bem-estar e mal-estar.” (BALLONGE, GJ. **O que são Transtornos Mentais** - in. PsiqWeb, Internet, disponível em www.psiqweb.med.br, 2008. Acesso em 29 de out. 2012, p. 1)

³⁹ “A deficiência mental é, portanto, o desenvolvimento mental incompleto, ou seja, a pessoa tem capacidade intelectual diminuída (por problemas genéricos ou por ausência de estimulação), que fica evidente desde o nascimento ou mais tarde, mas sempre até o final da adolescência. Na deficiência mental a pessoa não dispõe de “instrumentos intelectuais” que a façam ter total compreensão, pelo menos em parte, com a estimulação adequada e convivência social.” (SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Entre Hefesto e Procauso: A condição das pessoas com deficiência. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. **Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social**: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui: Boreal, 2010, p. 5)

Um ponto crucial é ressaltado por Silva, “[...] o processo de conhecimento de si próprio, ou da auto compreensão, só é realizável mediante a dialética da alteridade, ou seja, mais do que pela aceitação, também pela percepção dos valores do Outro.”⁴⁰

Nesse sentido, a importância da fraternidade, em se olhar para o outro e compreendê-lo enquanto ser humano e em razão disso, respeitar a suas peculiaridades inerentes às particularidades neurológico-psicológicas que lhes acometem, principalmente quando esta influencia na prática delituosa, por este motivo, o infrator com transtorno mental, precisa de maiores cuidados, e principalmente de uma ética que lhe pautar a acuidade no acolhimento, desde o Judiciário com a determinação das medidas de segurança⁴¹, quanto à saúde, que será responsável em tratá-lo dentro HCTP’S.

Silva argumenta que, “De fato, na medida em que o Homem assume seu contrário em si próprio, torna-se não apenas um Ser pleno, mas capaz de respeitar o Outro – mesmo quando esse Outro se mostre contrário a Ele, por nele também se ver.”⁴²

Os infratores com transtorno mental são duplamente “vitimizados”, primeiro por serem infratores e a posterior por serem doentes, sendo assim tratados não apenas pela sociedade, mas também pelo Estado, que por meio do Judiciário segrega estes indivíduos submetendo-os ao regime das medidas de segurança, remetendo-os ao cuidado da saúde pública, que por sua vez, por serem delinquentes não prestam o devido atendimento humanista.

Independentemente do crime cometido pela pessoa com transtorno mental, ela necessita ser tratada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, no manto da fraternidade e da afetividade cuidado, principalmente nos casos do infrator com transtorno mental.

2.2 A questão do infrator com transtorno mental

A doença mental acarreta ao sujeito que é acometido dela de um estigma violento, porque a pessoa com transtorno mental recebe do Estado um passaporte de “estrangeiro”, porque o exclui do convívio social, se torna um ser indigno de conviver com os outros,

⁴⁰ SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos, op. cit., p. 302.

⁴¹ Convém explicitar que as medidas de segurança consistem em uma: “sanção para os crimes cometidos por indivíduos irresponsáveis, ou por pessoas dotadas de discernimento, mas presumidas perigosas (...). Trata-se de consequência jurídica da infração penal”. (MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. Campinas: Millennium, 2002, pp. 45-46.)

⁴² SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos, op. cit., p. 302.

principalmente se em razão dessa patologia mental cometa delitos, o que lhe causa o “etiquetamento” da monstrosidade.

O Estado não consegue lidar com a questão da saúde mental, a dificuldade histórica remonta a 1930, ano em que se criou Serviço Nacional de Doenças Mentais, antes disso a prática para com o sujeito com transtorno, a princípio foi de responsabilidade familiar, a posterior em 1903 com a Lei do Alienado que se estabeleceu a conduta hospitalocêntrica, e desta data até 1950, as condutas de tratamento se lastreava em banhos quentes e frios, métodos físicos de tratamentos, como: cadeira giratória; eletrochoque; medicação em larga escala, que começou na década de sessenta, e perdura até os dias atuais.

A crise no tratamento da doença mental ela é agravada nos casos do infrator submetido às agruras das medidas seguranças cumpridas em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. A lei da Reforma Psiquiátrica brasileira (Lei 10. 216/01) instituiu o fim dos manicômios e um novo tratamento para os pacientes com transtorno mental, pautada em uma política pública que a par de ter vigorado apenas na perspectiva moral, aborda materialmente um tratamento humanitário aos sujeitos com transtorno mental, sugerindo o fim dos manicômios e, uma nova ordem pautada na assistência familiar e médica, sem o ranço do internamento.

Nesse sentido, Silva relata que “Conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, em síntese apertada a Lei 10.216 pôs fim ao sistema asilar e determinou que o tratamento das pessoas com deficiência mental seja feito em hospitais gerais, comuns, e em Centros de Atenção Psicossocial (CAPS).”⁴³⁴⁴ Entretanto, apesar de toda essa abordagem humanista proposta pela legislação, a situação no campo prático é divergente,

Essa reforma psiquiátrica hipertrófica e emblemática. Inspirada em política de saúde mental europeia, e implementada em um país de modernidade tardia (para dizer o mínimo), denuncia a insensibilidade do Estado para com a tessitura social e o sofrimento individual e familiar.⁴⁵

A referida lei não apresenta na sociedade brasileira o esperado impacto na vida dessas pessoas, principalmente àquelas que cometeram delitos, Barros, relata que: “[...] não sem razão o Movimento Antimanicomial, ter chamado o manicômio judiciário do ‘pior do pior’. Não sem razão a lei da Reforma Psiquiátrica, ainda não se ter estendido a essas pessoas.”⁴⁶

⁴³ SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos, op. cit., p. 313.

⁴⁴ É importante compreender que o autor utiliza os termos como sinônimos, o que não ocorre, conforme demonstrado em nota explicativa anterior.

⁴⁵ SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos, op. cit., p. 313.

⁴⁶ Idem

O principal óbice na interação das pessoas com transtorno mental é a atrofia das leis, o exemplo clássico apontado por Silva é:

[...] a política estabelecida pela Lei 10.216 de 2011, que trata da proteção e dos direitos das pessoas com transtornos mentais, e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, recomendando o fechamento gradual dos grandes hospitais psiquiátricos e proibindo a construção de novos estabelecimento chamados manicômiais.⁴⁷

Um dos pontos primordiais criticados pela legislação está na proposta da luta antimanicomial, porque segundo Silva, *in verbis*:

[...] o fechamento dos hospitais psiquiátricos, consumado nos oito anos de vigência da lei, não foi acompanhado pela adaptação dos hospitais públicos às necessidades, específicos para atender a esses pacientes, e tampouco foram criados Centros de Atenção Psicossocial em número minimamente necessários.

Assim, a norma imbuída no processo de proteger o respeito às pessoas com deficiência mental, redundou em hipertrofia da tutela almejada: as pessoas que têm condições de arcar com as despesas, internam seus familiares em clínicas particulares, enquanto que os mais carentes ficaram completamente desassistidos pelo Estado, agravado os problemas familiares, não sendo incomum notícias de mães que acorrentam filhos com deficiência mental para trabalhar.⁴⁸

A questão da pessoa com transtorno mental é crítica no país, necessitando de novos olhares, de engajamento em prol de políticas públicas, que saiam do âmbito formal e repercutam os efeitos no mundo jurídico, externando o aspecto material das referidas políticas.

O Brasil não tem apenas a dificuldade de eficácia material das suas normas, outro problema estrutural é a burocracia. Campilongo⁴⁹ argumenta que a burocracia estatal hipertrofia a prestação de saúde nos países da América Latina, pois com a bandeira de prestar serviços de saúde de forma concorrente, torna o serviço confuso e pouco eficaz. Não obstante, crítica à formação jurídica, a qual chama de normativista que fica adstrita ao texto legal, e não se projeta para a realidade social, fator este alicerçado na tradição elitista dos cursos de Direito do Brasil, que imbuídas de um rigor tecnicista produziu meros técnicos e não operadores aptos a coadunarem as normas com a situação fática do país.

Deve-se evitar o formalismo quando diante do art.196 da Constituição Federal, erigir um olhar de ideal a ser seguido pelo Estado de Direito, incentivando a implementar políticas

⁴⁷ Idem

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Ibidem, p.13

públicas na promoção do acesso igualitário e eficaz. Mário Ramos pontua,⁵⁰ “O Estado tem o dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e a recuperação da saúde como está expresso no art. 196 CF/88.”, necessitando de uma abordagem de saúde no aspecto da sociabilidade para o sujeito.

Essa dificuldade de lidar com a saúde é recrudescida no âmbito da saúde mental, pedra de toque que perpassa séculos, a forma de lidar com o assunto é segregativa, a própria família afastava do seu convívio um membro que não satisfizesse os seus ditames, o que remonta desde o período pós-renascentista que foi o marco da institucionalização dos hospitais psiquiátricos, não havendo a concepção de saúde no aspecto social.

Há quatro séculos se marginaliza o sujeito com transtorno mental, taxando-lhe o estigma da loucura e os remetendo a internação. Salienta-se que o papel da família na exclusão do “louco” remonta desde o século XVII quando surgiram os primeiros hospitais em Paris, o Bicetrê e Salpêtrière, os quais especificamente foram instituídos em 20 de abril de 1680.⁵¹, percebe-se que desde a antiguidade nega-se a sociabilidade a estas pessoas. Essa postura da família não pode continuar sendo o cartão postal dos HCTP’s, é preciso cuidado, afeto e fraternidade nas relações familiares para com o familiar infrator com transtorno mental que cumprem medida de segurança.

Szasz pondera que “Para ser considerado louco, era suficiente ser abandonado, miserável, pobre, não desejado pelos pais ou pela sociedade”. A atuação dos pais no internamento era decisiva, conforme constava nos regulamentos de admissão dos hospitais parisienses. Szasz informa que:

[...] os filhos de artesãos e os outros habitantes pobres de Paris, até a idade de vinte e cinco, que tratam mal seus pais ou que por preguiça se recusam a trabalhar, ou, no caso das meninas, estiverem levando uma vida de libertinagem, ou em evidente perigo de serem pervertidas, devem ser encarcerados, os rapazes no Bicêtre, as moças no Salpêtrière. Essa ação devia ser executada a partir da queixa dos pais, pais, ou se estes estivessem mortos, dos parentes próximos ou do pároco.⁵²

É relevante dimensionar historicamente que neste período não havia no campo teórico declarações de direitos, as famílias se constituíam e se apartavam dentro dos seus próprios ordenamentos. E no aspecto da doença mental, a medida convencionada pelos familiares era a reclusão hospitalar, não havendo uma perspectiva de vida social a estes sujeitos internados.

⁵⁰ RAMOS, Mário Henrique de Oliveira. **Direitos Sociais Prestacionais, Direito à Saúde, Reserva do Possível, Políticas Públicas**. op.cit..336

⁵¹ SZASZ, Thomas S. **A fabricação da loucura um estudo comparativo entre a Inquisição e o movimento de Saúde Mental**. Rio de Janeiro: Zahar Editora. 1978.p.42.

⁵² Idem, ibidem.

A noção de doença mental para Szasz foi construída de forma nociva, de modo que institucionalizou a psiquiatria como o único saber capaz de produzir respostas a estes quadros, e, concomitantemente proteger a sociedade e impedir a desintegração de suas instituições.⁵³ O autor entende que a doença mental tal qual se propaga na sociedade é um mito que tem por função “[...] disfarçar, e assim tornar mais aceitável, a amarga pílula dos conflitos morais nas relações humanas”.⁵⁴

A família que teria o papel de acolher e proteger os seus componentes quando se depara a um caso de desvio dos seus padrões, faz o contrário, o enquadra como desviante (louco), e o remete a exclusão, não compreendendo a necessidade de se contemplar a saúde no aspecto social, que este sujeito precisa conviver com os outros.

A situação se agrava quando na família o “louco” é infrator, momento este em que não se recusa apenas a subjetividade da pessoa com transtorno mental, mas também o repulsa pelo fato de ter cometido um delito. Szasz⁵⁵ afirma que o crime saiu da esfera do Direito e Moral para Medicina e a terapia, cabendo ao médico psiquiatra controlar o comportamento humano, servindo ao Estado e não ao indivíduo, de modo que a sociedade foi levada a crer que a pessoa que delinque é doente mental. Essa consideração generalista já estigmatizava o delinquente, e atualmente a torna mais desprezível quando o infrator comprovadamente por meio de exames médicos padece de transtorno mental.

A família acompanhou essa perspectiva remetendo o doente ao abandono. Entretanto, esse posicionamento precisa ser combatido, tendo em vista que a participação familiar no tratamento da pessoa com transtorno mental é indispensável, principalmente quando se trata de infrator, o qual além de estar sob os tentáculos de um malfadado sistema de justiça criminal, também está submetido a uma “terapêutica” institucionalizada que não o respeita como sujeito de direitos, e principalmente lhe nega a saúde no aspecto amplo da sociabilidade.

Szasz⁵⁶ critica que a Psiquiatria Institucional articula a arbitrariedade dos seus juízos psiquiátricos junto com as sanções penais, que no direito brasileiro é conhecido como medida de segurança. Entretanto, esta medida que recebe a alcunha de modelo “jurídico-terapêutico-punitivo-prisional” é na verdade uma forma de eugenia social, posto que o interno submete-se ao regime penal, mas não terapêutico, vira refém da própria enfermidade, e, em razão dela abdica aos próprios direitos, uma vez que não lhe facultam o consentimento acerca dos

⁵³ Ibidem, p.43.

⁵⁴ SZASZ, Thomas S. **Ideologia e Doença Mental**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1979, p. 15

⁵⁵ Idem, ibidem.

⁵⁶ SZASZ, Thomas S. **A fabricação da loucura um estudo comparativo entre a Inquisição e o movimento de Saúde Mental**. p.47.

tratamentos que lhe são destinados, os torturando e maltratando-os na esfera psicofísica e moral.

Os infratores que padecem de transtorno mental são esquecidos dentro dos manicômios judiciais, que embora recebam o nome de Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP's) são verdadeiras prisões que não oferecem sequer tratamento a estes pacientes.

Destaca-se que a Lei da Reforma Psiquiátrica ressalta a importância do papel da família nas intervenções terapêuticas e na remodelação do sistema, pugnando pela extinção dos manicômios, de modo a oportunizar um tratamento distante dos ranços da reclusão. Nessa linha, a família ganha novos contornos, porque se atribui a ela o papel de ministrar de assistência integral ao familiar com transtorno mental, desde o aspecto emocional, social, psicológico ao medicamentoso, recorrendo aos postos de atendimento nos casos em que os familiares com transtorno apresentarem alguma crise atípica aos contornos da própria patologia, prestando efetivamente uma saúde no aspecto social, garantindo a estas pessoas o direito de se conviver com o outro e principalmente de receber o cuidado e afeto familiar.

Contudo, este novo olhar não atingiu aos infratores que cometem crime, a legislação embora interpretada no sentido amplo do atendimento ao ser humano com transtorno mental, se esqueceu dos que padecem de transtorno mental e delinquem, ignorou que a estes também merecem a humanização no tratamento por meio das medidas de segurança.

Barros⁵⁷ relata que o Movimento Antimanicomial considera o manicômio judiciário como “pior do pior”, e acredita que por esta razão a Reforma Psiquiátrica não estendeu a sua atuação a este grupo. Os pacientes dos HCTP's embora custodiados pelo Estado em razão da prática delituosa são submetidos a um “tratamento” do qual não lhe é permitido questionar, sendo-lhes facultado apenas o direito de resistir e tentar sobreviver, de forma que recebem o beneplácito estatal de altas doses de Haldol e Fenergan, quando há essas medicações disponíveis.

A par da questão institucional, Barros sustenta que “[...] são os excluídos dos excluídos, os esquecidos dos esquecidos, afinal são pobres, criminosos e loucos – os mais miseráveis – os que mais devem permanecer ocultos”.⁵⁸ O estigma da loucura os condena duplamente, posto que, o sistema de saúde não os acolhe por serem criminosos, e o sistema prisional não os dá ênfase por serem “loucos”.

⁵⁷ BARROS, Carmem Silvia de Moraes. **A aplicação da Reforma Psiquiátrica e da Política de Saúde Mental ao Louco Infrator**. Revista Consulex. Brasília: Editora Consulex, ano XIV, n.320, 15 de maio de 2010, p.41.

⁵⁸ Idem, ibidem.

Infelizmente no Brasil predomina a invisibilidade destas camadas, nas esferas públicas, sociais e familiares. Bauman⁵⁹ ao estudar a sociedade demonstra que ela cria os seus estranhos, sendo assim considerados aqueles que transgridem os limites, a resposta dada a essa transgressão é o banimento, é a expulsão do convívio.

Diante dessa visão social, é dever constitucional dos pais assistir os filhos quando menor ou incapazes, nessa perspectiva o infrator que não tem capacidade de determinar-se é dependente dos pais, cabendo a eles a responsabilidade do cuidado externado por meio do afeto e da fraternidade, para se garantir a estes sujeitos a saúde em todos os seus aspectos, principalmente o social.

⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar. 1998, p. 27; 29.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família como núcleo fundamental da sociedade, não pode se eximir do seu papel de cuidado e respeito para com os seus integrantes, restando desta maneira responsável em defender os direitos dos seus membros que não tem autonomia de se autodeterminarem para esta finalidade, denotando assim a importância das relações familiares assentadas no afeto e na fraternidade durante o tratamento do familiar infrator nos HCTP's.

O direito à saúde é reconhecido mundialmente como um direito humano fundamental, tendo recebido da Constituição Federal merecida tutela jurídica. Todavia, no campo da efetividade o país está muito aquém de suas determinações legais, principalmente dentro da realidade dos HCTP's.

O direito à saúde nos casos de infratores com transtorno mental recebe do Estado como medida adequada o cumprimento de medida de segurança nos HCTP's, vulgarmente conhecidos como "manicômios", que frente ao movimento Antimanicomial promovido pela Lei da Reforma Psiquiátrica, 12.016/01, se propõe os fins destes ambientes asilares, repassando maior papel a família no tratamento deste grupo de pessoas.

Nesse sentido, a família deve acompanhar o tratamento do infrator com o transtorno mental, haja vista, que a saúde mental no Brasil é um campo delicado, sendo que as políticas públicas destinadas a essa datam do começo século XX, tem-se apenas um século de cuidados com essa temática, restando as suas intervenções despreparadas e nos casos em que a doença mental acompanha o crime, revela-se assustadoramente um quadro de total desrespeito a dignidade dos pacientes infratores dentro dos HCTP's, urgindo uma atuação proativa da família para o cuidado, vigilância do familiares infratores que são submetidos ao tratamento em HCTP's.

Em síntese, o direito imanente na pós-modernidade é contemplado à luz dos valores supremos da fraternidade da solidariedade que aumentam a responsabilidade familiar para com os seus integrantes, especialmente nos casos de familiares infratores com transtorno mental, uma vez que é por meio do afeto, da fraternidade e do cuidado que as famílias podem acompanhar e fiscalizar o tratamento dispendido aos seus entes submetidos ao regime de medida de segurança nos HCTP's, assegurando minimamente as condições de tratamento e proporcionando ao ente familiar internado uma segurança emocional para o resgate da saúde em todo o sentido, principalmente a social, promovendo melhores condições para que o retorno a sociabilidade seja gradativo e sadio.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

AQUINI, Marco. Fraternidade e Direitos Humanos. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Direito & Fraternidade**. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008.

BALLONGE, GJ. **O que são Transtornos Mentais** - in. PsiqWeb, Internet, disponível em www.psiqweb.med.br, 2008. Acesso em 29 de outubro de 2012

BERNHARD, Agnes. Elementos de fraternidade e de Direito constitucional. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Direito & Fraternidade**. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. **A aplicação da Reforma Psiquiátrica e da Política de Saúde Mental ao Louco Infrator**. Revista Consulex. Brasília: Editora Consulex, ano XIV, n.320, 15 de maio de 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar. 1998.

CAMARGO, Caroline Leite de; FLUMIAN, Michel Ernesto; MURTA, Eduardo Freitas. **A Judicialização do Direito à Saúde: A Construção da Cidadania através da efetivação de Direitos Fundamentais**. In: CARVALHO, Acelino Rodrigues; BARUFFI, Helder, organizadores. Anais d IV Encontro Científico Transdisciplinar Direito e Cidadania. II Fórum de Segurança Pública. Dourados, MS: UFGD : UEMS, 2011.

CAMARGO, Caroline Leite de; et.al **As Políticas Públicas, a Responsabilidade do Estado e a Efetivação do Direito à Saúde**. In: CARVALHO, Acelino Rodrigues; BARUFFI, Helder, organizadores. Anais d IV Encontro Científico Transdisciplinar Direito e Cidadania. II Fórum de Segurança Pública. Dourados, MS: UFGD : UEMS, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O trabalhador e o Direito à Saúde: A Eficácia das Normas Jurídicas de Proteção à Saúde do Trabalhador**. Disponível em: <http://biblioteca.planejamento.gov.br/biblioteca-tematica-1/textos/trabalho-e-previdencia/texto-27-2013-eficacia-das-regras-juridicas-de-protecao-a-saude-do-trabalhador-na-america-latina.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2012.

CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coords). **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.p.84.

COSSÉDU, Adriana. Direito penal e “espaços” de fraternidade. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Direito & Fraternidade**. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008.

HERKENHOFF, João Baptista. **Justiça, direito do povo**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002.

_____. **Direitos Humanos: A construção universal de uma utopia.** 3ª ed. Aparecida: Editora Santuário, 1997.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. A implementação das políticas públicas à luz do constitucionalismo fraterno. In: PIERRE, Luiz Antonio de Araujo. [et.alii.] (orgs) **Fraternidade como categoria jurídica.** Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2013.

LIMA, Alceu Amoroso. **Os Direitos do Homem e o Homem sem Direitos.** 2ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Carmém Lúcia Antunes. **O direito à vida digna.** Belo Horizonte: Editora Forum, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal.** v. 1. Campinas: Millennium, 2002.

MORENO, Jamile Coelho. Sistema Constitucional de Direitos e Garantias. In : SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. (orgs). **Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social:** da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui, SP: Boreal Editora, 2010.

NETO, Alfredo Cataldo. **Inimputabilidade e Doença Mental.** In: GAUER, Ruht Maria Chittó (coord). Sistema Penal e Violência. Rio Grande do Sul: Editora Lúmen Juris Ltda, 2006.

OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Do Direito de Família. In: Dias, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coords). **Direito de Família e o novo Código Civil.** 3ª ed., 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Carta de Constituição da Organização Mundial da Saúde.** 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 15 de out de 2012.

PATTO, Pero Vaz. A execução da pena no horizonte da fraternidade. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Direito & Fraternidade.** São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008.

POZZOLI, Lafayette. Direito de Família: a fraternidade humanista na mediação familiar. . In: PIERRE, Luiz Antonio de Araujo. [et.alii.] (orgs) **Fraternidade como categoria jurídica.** Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2013.

RAMOS, Mário Henrique de Oliveira. **Direitos Sociais Prestacionais, Direito à Saúde, Reserva do Possível, Políticas Públicas.** In : SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. (orgs). Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de

efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui, SP: Boreal Editora, 2010.

ROCHA, Carmém Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência: Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos. In: ROCHA, Carmém Lúcia Antunes. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2004.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Entre Hefesto e Procauso: A condição das pessoas com deficiência. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. **Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social**: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui: Boreal, 2010.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A afetividade a responsabilidade nas relações de família**. In: Dias, Ana Luiza Távora Campi Barranco. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXVII, n.91, maio de 2007.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota. **Direitos Humanos, Urgente!** São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998

SZASZ, Thomas S. **A fabricação da loucura um estudo comparativo entre a Inquisição e o movimento de Saúde Mental**. Rio de Janeiro: Zahar Editora. 1978.

_____. **Ideologia e Doença Mental**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1979.

VASQUEZ, Óscar. Relações jurídicas e fraternidade. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Direito & Fraternidade**. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008.

**NOVAS FAMÍLIAS DO SÉCULO XXI: O LIVRE PLANEJAMENTO
FAMILIAR E A PARENTALIDADE RESPONSÁVEL À LUZ DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**NEW FAMILIES OF TWENTY-ONE CENTURY: THE FREE FAMILY
PLANNING AND THE PARENTAL RESPONSIBILITY IN THE
BRAZILIAN LAW**

Nardejane Martins Cardoso*

RESUMO

O presente artigo tem por escopo elucidar a questão do livre planejamento familiar e sua relação com a responsabilidade parental, no contexto do projeto familiar adotado pelos responsáveis pelas crianças e adolescentes. Assim como discorrer sobre o papel do Estado, no contexto do século XXI, enquanto responsável pela ampla proteção da família e do indivíduo. Nesse diapasão, se questiona quais os limites ao planejamento familiar, diante do melhor interesse das crianças e adolescentes, assegurado constitucionalmente. A metodologia utilizada para tanto foi bibliográfica, por meio da leitura de artigos científicos, publicações especializadas e livros, bem como análise de jurisprudência e decisões judiciais, projetos de lei e legislações, que abordam o tema de forma direta ou indireta. Conclui-se que devido à absoluta prioridade da criança e adolescente, e de que cabe também ao Estado garantir seus direitos, nos termos do artigo 227 da Constituição brasileira de 1988, torna-se necessária intervenção, no entanto, não por medidas coercitivas que visem a vilipendiar a autonomia privada e assim os direitos de liberdade inerentes ao âmbito familiar, mas por intermédio de políticas públicas informativas e educacionais, para que os pais exerçam a parentalidade de maneira responsável e voltados para a formação da cidadania e proteção dos direitos fundamentais de seus filhos. O que se mantém como desafio ao Estado brasileiro é como garantir a efetividade de tais políticas com o fito de diminuir as consequências sociais advindas do planejamento familiar desestruturado, ou seja, como o Estado pode conscientizar os pais de que a parentalidade é voltada às crianças e aos adolescentes, sob sua responsabilidade.

Palavras-chave: Direitos das famílias; Planejamento familiar; Parentalidade responsável; Novas famílias.

ABSTRACT

The scope of this article is to elucidate the issue of free family planning and its relation to parental responsibility in the context of family project adopted by the guardians of the children and adolescents. As adduce on the role of the state in the context of twenty-first century, while responsible for the comprehensive protection of the family and the individual. In this vein, one questions what limits to family planning, before the best interests of children and adolescents, constitutionally guaranteed. The methodology was used for both literature,

* Discente do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisadora Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) participante do projeto “**O Constitucionalismo e as Novas Famílias do século XXI**”, sob a orientação e coordenação da Profª. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu.

by reading scientific articles, publications and books, as well as analysis of case law and court decisions, bills and laws that address the topic directly or indirectly. We conclude that due to the absolute priority of children and adolescents, and that it is also the State guarantee their rights, under Article 227 of the Constitution of 1988, intervention becomes necessary, however, not by coercive measures aimed at to vilify private autonomy and thus the rights of freedom inherent in the family, but through informational and educational policies, for the parents to engage in parenting responsibly and facing the citizenship and protection of fundamental rights of their children. What remains as a challenge to the Brazilian State is how to ensure the effectiveness of such policies with the aim of reducing the social consequences arising from unstructured family planning, in other words, how the state can educate parents that parenting is targeted at children and teenagers under his responsibility.

Key-words: Family law; Family planning; Parental responsibility; New Families.

INTRODUÇÃO

No contexto do século XXI tem-se observado novo conceito de família, aberto e plural, que propugna pela aplicação direta de princípios constitucionais e primazia da dignidade humana como fundamento e objeto central do Direito das Famílias. Tal modificação dos paradigmas ocorreu pela Constitucionalização do Direito Privado, ou seja, as Constituições contemporâneas dos Estados ditos Democráticos e de Direitos passaram a surtir efeitos para além da esfera do Direito Público, alcançando relações tipicamente privadas como as inerentes ao Direito das Famílias, observando-se o fenômeno da “democratização da família”, que trata de um conceito plural e pautado na dignidade humana, Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 214) afirma que a família:

[...] democrática nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõem, é respeitada, incentivada e tutelada. Do mesmo modo, a família „dignificada“, isto é, abrangida e conformada pelo conceito de dignidade humana, é, necessariamente, uma família democratizada.

Diante de tal modificação, o Judiciário brasileiro tem tomado diversas decisões aplicando os princípios e normas previstos na Constituição Federal de 1988, e em alguns casos, quebrando a literalidade do que nela está disposto como, por exemplo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, que estendeu os direitos e deveres inerentes à união estável heterossexual às uniões estáveis homossexuais¹. Logo não bastaria mais ao

¹Aos dias 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 (julgamento conjunto com a Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental nº 132), que todos os direitos e deveres da união estável prevista no §3º do artigo 226 da Constituição brasileira de 1988 e no artigo 1723 do Código Civil de 2002 estendiam-se às uniões estáveis que fossem entre pessoas do mesmo sexo. O Ministro relator foi Ayres Brito, e a decisão foi unânime, em que pese o Ministro Ricardo Lewandowski ter se posicionado no sentido da interpretação analógica, havendo ainda a não participando da votação apenas o Ministro Dias Toffoli. A decisão foi um marco, pois reconheceu a união homoafetiva e teve efeito vinculante e erga omnes, causando assim, homogeneização das decisões judiciais, devido à existência de jurisprudência esparsa, contrária e favorável. Após o julgamento, houveram outras

Direito familiar a aplicação da legislação civil, tornando-se necessária à aplicação direta dos princípios, diante da inércia legislativa e da velocidade das transformações sociais que ocorrem no âmbito familiar. (POMPEU; MARTINS, 2012).

Neste contexto das novas constituições familiares, tem-se que o livre planejamento familiar, é direito fundamental disposto no artigo 226, § 7º da Constituição brasileira de 1988², relacionado à parentalidade responsável, bem como indicando qual a ação que deve o Estado tomar neste contexto, que é a de promoção educacional para que o direito possa ser exercido de forma adequada preservando a dignidade humana, precipuamente de crianças e adolescentes, que se encontram protegidas pelo *caput* do artigo 227³.

O desenvolvimento sadio da personalidade das crianças e adolescentes é dever solidário não só do Estado e da sociedade, mas também da família, na figura dos genitores, ou responsáveis que exerçam o poder-dever, que é a autoridade parental. É importante visualizar que a liberalidade no contexto do planejamento familiar acarreta também a responsabilidade, os genitores podem escolher o número de filhos, assim como o modo como serão educados, orientados e cuidados, entretanto, deve-se observar que:

A liberdade do indivíduo depende de sua ação, de sua noção quanto ao papel que desempenha na sociedade, quanto à importância que recai sobre a materialização de direitos. O homem pode ser politicamente ativo quando detém inteligência sobre os fatos para discernir entre a concordância e a aquiescência sem reflexão, o que, invariavelmente, necessita da liberdade de escolha, oriunda da consciência sobre a condição de cidadão e que advém da concretização de um patamar mínimo de igualdade entre indivíduos. (POMPEU; ANDRADE, 2011, p. 8030)

Justifica-se, portanto, o tema em discussão, na relevância da família para a sociedade, como garantidora dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes. O escopo do artigo é a introdução do debate no que é pertinente à responsabilidade dos pais, detentores do poder familiar, no possível embate entre o princípio do melhor interesse da criança e adolescente e o direito ao livre planejamento familiar, assim como discutir qual o papel do Estado Democrático de Direito neste contexto. Haja vista ser dever conjunto da sociedade, da família

decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Judiciários estaduais, reconhecendo uniões, conversões em casamento, bem como adoções.

²“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.” (grifou-se)

³“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (grifou-se)

e do poder estatal a formação das crianças e adolescentes, enquanto cidadãos conscientes de seus direitos e deveres.

A metodologia utilizada no presente trabalho trata-se de qualitativa, pura e descritiva, haja vista ter como escopo precípua a ampliação dos conhecimentos e análise de literatura, legislação e jurisprudências já existentes para melhor compreensão do tema em discussão. Realizou-se a pesquisa por intermédio de apanhado bibliográfico com a leitura de artigos, livros e publicações especializadas que tratam de forma direta ou indireta acerca do tema, bem como do ordenamento jurídico brasileiro e suas decisões judiciais.

No primeiro tópico dissertou-se acerca do livre planejamento familiar enquanto direito fundamental relacionado ao princípio da liberdade, e na autonomia privada inerente às entidades familiares. Já no segundo tópico do artigo fala-se da parentalidade responsável e sua relação com a autoridade parental, também designada poder familiar, que se constitui no direito brasileiro como poder-dever dos pais para com os filhos. No terceiro tópico, trata-se da atuação estatal no que é pertinente as questões inerentes ao planejamento familiar no Brasil e sua relação com os direitos das crianças e adolescentes que não devem ser vilipendiados ao confrontarem-se com as escolhas dos pais ou responsáveis. Conclui-se que o planejamento familiar visa contribuir para o aperfeiçoamento da criação e educação das crianças e adolescentes, daí ser imprescindível o exercício do poder familiar de forma responsável, incumbindo ao Estado envidar esforços para que os pais possam exercer a autoridade parental da forma mais benéfica possível à prole.

1 O direito fundamental ao “livre planejamento familiar”

A Constituição brasileira de 1988 trouxe inovações, se comparada as anteriores leis fundamentais do Estado-nação, no que é pertinente ao Direito de família, ou como hodiernamente, no contexto do século XXI, denomina-se Direito das Famílias. Houve a igualação dos filhos, independente de sua origem, bem como a igualdade entre homem e mulher, que se afirma por diversos dispositivos constitucionais, entre eles o § 5º do artigo 226⁴ (TEPEDINO, 2008).

O artigo 226 da Constituição Federal 1988 também desvinculou a unicidade do casamento como formador da família digna de proteção estatal. Assim, o constituinte dispôs outros dois tipos de família, sendo relevante ressaltar, que ao falar-se em tipologia não se fala em hierarquia, existem diferentes formas de constituir-se núcleo familiar, mas isso não

⁴ “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

implica que há uma gradação entre elas, ou ao menos, não é o que se pretende ao caracterizar a pluralidade da família. Estes tipos são a família monoparental (§4º do artigo 226, CF/88) e a família advinda da união estável, que pelo texto é expressamente heterossexual (§3º do artigo 226, CF/88).

Torna-se importante ressaltar o fato de que, embora no texto constitucional a união estável esteja descrita como heterossexual, o Supremo Tribunal Federal, em 5 de maio de 2011, em sede de julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 (concomitante a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 132), aplicou a interpretação extensiva ao artigo 226, § 3º da Constituição Federal e concedeu os direitos e deveres atinentes a união estável heterossexual à união estável homossexual, ou homoafetiva, termo criado por Maria Berenice Dias (2009). Desta forma, o artigo 1723 do Código Civil foi considerado materialmente inconstitucional, haja vista a decisão, do Pretório Excelso, ter sido pautada nos princípios constitucionais de liberdade, igualdade e, sobretudo, num dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que é a dignidade humana.

O fato é que o Judiciário brasileiro, diante da inércia legislativa concedeu proteção estatal a uma “nova” configuração de família, reafirmando a ideia doutrinária que o rol presente no artigo 226, CF/88, é meramente exemplificativo (POMPEU; MARTINS, 2012). Outra questão que se extrai da decisão do STF, que veio a chancelar diversas decisões e entendimentos esparsos do judiciário, é que a constituição de família seria livre. Necessitando da comprovação de requisitos básicos, na compreensão de Paulo Lôbo (2011), que são a **ostensividade**, a **afetividade**, a **estabilidade**, a **solidariedade** e o **objetivo precípua de criação e manutenção** de uma entidade familiar.

No contexto dessa nova compreensão da família, o §7º do artigo 226 da Constituição brasileira de 1988 aduz que o planejamento familiar é **livre**, nesse sentido, incube aos pares num relacionamento, seja união formal ou informal, decidir como será “planejada” a vida em comum, com a existência ou não de prole. A atuação do Estado ocorre de forma mínima, e sempre com o fito de proteção dos menores que fizerem parte do contexto familiar. Tanto é assim que o planejamento familiar, disposto na constituição encontra-se entrelaçado a ideia de parentalidade, pois um casal de adultos, maiores e capazes, não necessita da mesma protetividade que um núcleo familiar com pessoas que se encontram em estágio peculiar e especial de desenvolvimento.

A liberdade ao planejamento familiar, que se constitui como escolha do casal ou par, encontra-se vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como com a paternidade responsável. Seguindo-se o ideal proposto por Ayn Rand, Gina Pompeu e Mariana Andrade (2011), propõe que o indivíduo possui sua esfera de liberdade, e que ao Estado incube envidar esforços para que as pessoas exerçam sua autonomia de forma consciente e responsável, portanto, é preciso que os pais por intermédio do livre planejamento familiar busquem sua felicidade, e a de seus filhos, constituindo-se assim o núcleo familiar pautado no eudemonismo e, precipuamente, na solidariedade responsável.

A dignidade humana, embora se encontre vulgarizada por sua ampla utilização, não deve ser banalizada ou execrada, por ser elemento fulcral de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido Maria Celina Bodin de Moraes (2010) afirma que hodiernamente o “poder familiar” deve ser exercido com o fim de satisfação das necessidades existenciais dos filhos menores, coadunando-se com o disposto no artigo 227 da Constituição de 1998, que é a noção de prioridade absoluta da criança e adolescente.

A promoção do bem estar, principalmente, das crianças e adolescentes, é um dever moral, e pelo texto constitucional também jurídico, da sociedade, do Estado e da família. A ideia de que o planejamento familiar é livre deve ser interpretada à luz do que dispõe a Constituição brasileira acerca dos direitos da criança e do adolescente, protegidos especificamente pelo *caput* artigo 227, CF/88 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990), ou seja, visando o melhor interesse, diante da absoluta prioridade que se remete aos infantes por serem seres ainda vulneráveis em processo de formação de suas personalidades.

Em termos de realidade social, observa-se que no Brasil 65,7% das famílias possuem ao menos uma criança, ou adolescente, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio de 2009, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Existem, de acordo com dados do Censo do IBGE de 2010, 67 636 545 milhões de crianças ou adolescentes são residentes em domicílios como filhos ou enteados. Em que pese haver famílias sem prole, o número de entidades familiares compostas por filhos, independente da origem, bem como por enteados, é considerável, daí a importância da afirmação da parentalidade responsável, no sentido de que a autoridade parental antes de ser direitos dos pais é obrigação de cuidado para com os filhos, efetivação de seus direitos e garantia de sua dignidade. Assim observa-se o contingente de filhos e enteados na seguinte tabela:

Tab. 1 Pessoas em famílias únicas e conviventes principais, residentes em domicílios particulares, por condição na família, segundo algumas características das pessoas responsáveis pelas famílias

Total	Pessoa responsável	Cônjuge ou companheiro (a)	Filho (a) ou enteado (a)	Pai, mãe ou sogro (a)	Irmão ou irmã	Outro parente
170 297 817	49 975 934	37 556 268	67 636 545	2 875 665	2 904 959	3 397 531

Fonte: IBGE, Censo demográfico 2010.

Aparentemente, tem-se a impressão de que não existem limites para o modo como será a organização da família, entretanto, ainda que constitua um assunto da vida privada, a proteção à dignidade humana já conduz à ideia de limitação. E eis a função da regulamentação do Direito das famílias, constituindo-se objetivo geral, o de evitar que a dignidade e os direitos fundamentais sejam vilipendiados por atitudes mesquinhas ou irresponsáveis de pais e genitores pelo núcleo familiar que contenha crianças ou adolescentes.

2 A responsabilidade no contexto da autoridade parental

O pátrio poder tornou-se termo obsoleto no âmbito do Direito das Famílias, haja vista, não haver mais a figura solitária do pai como o chefe de família, e da mãe e prole como seus inferiores, que deveriam apenas acatar suas decisões (PERROT, 2009). A democracia disposta na Constituição brasileira de 1988 atingiu inclusive a família, que é instituição privada. A democratização deu-se tanto fora com a pluralidade das formas de família, como dentro com a solidariedade que deve haver entre os membros, e assim, a autonomia individual. O importante é o bem-estar psíquico-físico-social da pessoa humana. A regra não é do sacrifício pela instituição familiar, mas a sua instrumentalização na promoção do bem de todos, numa espécie de fraternidade que se remete aos ideais da Revolução Francesa e de Jean Jacques Rousseau (2008).

Entretanto, a ampliação da proteção ao indivíduo no âmbito da família não significa que as responsabilidades inerentes ao papel dos pais e mães, estejam mitigadas ou desfeitas, passou a vigorar a expressão poder familiar, ou seja, algo que é exercido não só pelo homem, mas pela esposa, ou melhor, por ambos os cônjuges, ou pelo responsável numa unidade familiar monoparental ou anaparental. O poder familiar constitui-se como poder dever, e no contexto do presente trabalho, utilizar-se-á também a denominação autoridade parental, que

para Ana Carolina Brochado Teixeira (2009) é o termo mais adequado, por não induzir a qualquer ideia de autoritarismo no contexto familiar.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2010), ao se falar no termo responsabilidade no contexto da relação parental-filial, ter-se-á relação assimétrica, entre duas pessoas, e a vulnerável será a criança ou adolescente. Este tipo de relação tende a perenidade, ocorrendo o término da autoridade parental, por exemplo, diante de risco elevado ao menor ou abuso de direito praticado pelos detentores do poder familiar, no termos do disposto pelos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil de 2002.

A parentalidade, seja programada, adotiva, por meio de métodos de reprodução assistida ou de forma “acidental”, cria laços de parentesco que implicam em direitos e deveres, numa espécie de reciprocidade entre pais e filhos, ascendentes e descendentes. Atualmente, fala-se em socioafetividade preponderando sobre os laços biológicos ou genéticos, todavia, é preciso observar que a consanguinidade e compatibilidade genética ainda podem constituir vínculos familiares. Nesse diapasão afirma-se que para configurar-se a socioafetividade é necessário o exercício, ainda que fático, da autoridade parental, que se caracteriza como a prática das:

[...] condutas necessárias para criar e educar filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade, independentemente de vínculos consanguíneos que geram tal obrigação legal. Portanto, nesse novo vínculo de parentesco, não é a paternidade ou maternidade que ocasiona a titularidade da autoridade parental e o dever de exercê-la em prol dos filhos menores. É o próprio exercício da autoridade parental externado sob a roupagem de condutas objetivas como criar, educar e assistir a prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 194). (grifou-se)

Nesse sentido, Rolf Madaleno (2007) defende a ideia de uma paternidade alimentar, na qual, por exemplo, o pai biológico não estaria necessariamente obrigado ao exercício pleno da parentalidade, mas de uma paternidade mitigada, reduzida apenas ao amparo financeiro e econômico. Entende-se que tal pensamento pode esbarrar em recentes entendimentos da jurisprudência nacional, precipuamente no que diz respeito ao “Abandono Afetivo”. Como afirmado pela ministra Nancy Adrigh em sede do Recurso especial nº 1159242/SP⁵, o pai ou a

⁵“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-

mãe não estão obrigados a “amar” o filho, mas eles possuem a responsabilidade de orientar, de amparar não só por intermédio do pagamento de alimentos, mas por um suporte educacional e psicossocial, com o pleno reconhecimento da existência da filiação. Daí o pai, na presente ação, ter sido condenado a pagar a quantia de R\$ 200.000,00 como indenização por danos morais à filha.

No que é pertinente à ideia de planejamento familiar, tem-se que o nascimento de um filho implica em responsabilidade que vem com o poder familiar, o qual é irrenunciável, implicando sua extinção com a maioridade ou sua destituição com o descumprimento do artigo 98, inciso II do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe ser a destituição, por exemplo, medida aplicável no caso de falta, omissão, ou abuso dos pais ou responsáveis. O descumprimento de deveres básicos para com a prole pode constituir tanto como infração civil, ou seja, a destituição do poder familiar, alhures mencionada, como o ilícito penal, que pode configurar-se como: **abandono de incapaz**, **abandono material** e **abandono intelectual**, hipóteses previstas nos artigos 133, 244, 246 e 247 do Código Penal de 1940⁶. Nesse sentido, observa-se que há punição para o caso de descumprimento de deveres inerentes à autoridade parental.

se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.”

⁶ “Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos. § 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a cinco anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos.”

“Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.”

“Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.”

“Art. 247 - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I - freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; II - freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; III - resida ou trabalhe em casa de prostituição; IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.”

Entretanto, é relevante observar que a perda do poder familiar, em que pese ser grave ao genitor, acarreta consequências mais graves à criança e ao adolescente, pois tem mitigado o direito fundamental à convivência familiar. Daí se compreender que o “direito a visitas” não é do pai ou da mãe que não detém a guarda do filho, mas deste, pois é a convivência familiar, disposta no artigo 227 da Constituição brasileira de 1988, direito materialmente fundamental, que deve ser efetivada. Neste diapasão, faz-se necessária observação crítica de recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na ação cível 700551620565/2012⁷, que se voltou a não aplicar multa a pai que se recusava ao exercício do direito de visitas. Os desembargadores tomaram tal decisão, diante dos prejuízos que a convivência forçada poderia acarretar a criança, aplicando, nesse sentido, o princípio do melhor interesse do menor.

No que concerne à decisão acima relatada, é preciso analisar tanto a legislação como a doutrina, pois precipuamente, tem-se que o direito à convivência familiar é fundamental, e, portanto, deve ser garantido à criança e adolescente, independentemente da vontade dos pais. O direito às visitas não é, então, uma forma de garantir a convivência familiar, ainda que contra a vontade e do pai? O que aqui se discute não é o que pode futuramente acontecer, não que o futuro não precise ser sopesado, entretanto, independente da criança conviver ou não com o pai, o sentimento de rejeição estará lá. Não é preciso amar, mas o afeto é indispensável quando se procria. O filho não é como um bicho de estimação ou um brinquedo do qual se enoja, daí, a importância da responsabilidade parental. A responsabilidade para com a prole e consequente efetivação e resguardo de seus direitos não é apenas estatal ou social, trata-se, sobretudo de responsabilidade dos pais, nesse diapasão, Gina Pompeu e Mariana Andrade (2011, p. 8027) inferem que:

Há de se considerar que a atuação do Estado, por mais importante que se apresente para a manutenção e resguardo de direitos sociais, não configura único meio para sua materialização, visto que, **a partir do momento em que o indivíduo passa a deter a noção de que, em um contexto democrático, não está condicionado à plena aquiescência da figura estatal sobre suas concepções, passa, por conseguinte, a admitir uma nova postura, evidenciando a possibilidade de uma exponencial proatividade e crescente atuação dentro da sociedade em que vive.** (girfou-se)

⁷“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. VISITAS. ACORDO HOMOLOGADO. DESCUMPRIMENTO PELO PAI VISITANTE, QUE NÃO BUSCA QUALQUER CONTATO COM OS FILHOS. FIXAÇÃO DE MULTA. DESCABIMENTO. É de pensar qual o ânimo de um pai que vai buscar contato com seus filhos premido exclusivamente pela ameaça de uma multa? Deixará ele perceber a tão desejada afetividade que idealmente deve permear a relação entre pais e filhos? Ou, ao contrário, constrangido pela situação que lhe é imposta, exporá as crianças a situações de risco emocional, ou até físico, como forma de provocar na parte adversa o desejo de vê-lo longe da prole, que é aquilo que, afinal, ele pretende... O resultado: um verdadeiro „tiro pela culatra“, cujas vítimas serão as crianças, pois amor não se compra, nem se impõe... NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.”

Outro ponto que merece ser suscitado quando o assunto é a parentalidade responsável, trata-se da questão de permitir ou não o filho a fazer ou deixar de fazer algo. Trata-se do exercício do direito de liberdade exercitado por crianças e adolescentes, que cabe, não somente ao Estado impor limites, mas aos pais, na medida da autoridade que lhes incube. As políticas governamentais não podem ser autoritárias e impor regras de como deve ser a conduta de pais e mães com relação a sua prole, entretanto, ela deve ser direcionada para que possam os pais educar e orientar os filhos da forma mais adequada possível.

Realizando crítica a questão da educação proporcionada pelos pais, hodiernamente, Ana Carolina Brochado Teixeira (2009, p. 216), aduz que a exiguidade do tempo daqueles que exercem a autoridade parental, e logo a impossibilidade de desprendimento de uma atenção maior à criança ou ao adolescente, faz com que pais, mães e responsáveis, substituam a ausência pela permissividade. Pelo temor de proferir um “não”, os genitores acabam por atenderem a todos os pedidos dos filhos menores, como uma espécie de compensação pecuniária, já que há o descumprimento de parte do dever de cuidado e vigilância. A autora chama atenção ao fato de que a negação pode ser mais educativa e elucidativa, durante vida adulta, que espera a criança ou adolescente, assim defende que: “[...] É claro que ouvir um „não“ é frustrante, mas seu significado no decorrer da vida pode ser muito mais importante e marcante do que qualquer tipo de permissividade”.

Quanto aos fins da autoridade parental, é preciso ter-se como parâmetro que ela deve ser exercida com responsabilidade, ou seja, o poder familiar, como denominado pelo Código Civil de 2002, não deve ser visto apenas como um direito absoluto dos pais. Ele coaduna-se a noção de dever, e seu descumprimento, pode acarretar em consequências danosas aos filhos, independente de responsabilização ou dano, pois não se tratam apenas de consequências jurídicas, há consequências psico-sociais. A partir do momento em que se assume a responsabilidade por uma criança e adolescente na qualidade de pai ou mãe, o vínculo criado acarreta uma série de direitos e obrigações que incube àqueles que se denominam genitores exercerem e cumprirem (artigo 229 da Constituição brasileira de 1988⁸). Neste contexto, Ana Carolina Brochado Teixeira (2009) dispõe que a partir do momento em que os pais conseguem conduzir, orientar, educar os filhos à vida livre e responsável, ter-se-á realizado o escopo constitucional precípua da autoridade parental, que é garantir o desenvolvimento

⁸“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.”

pleno da personalidade do indivíduo, assegurando sua dignidade e conscientizando a vida em sociedade como cidadão do Estado e do Mundo.

3 O papel do Estado brasileiro diante da desestruturação familiar

A família é instituição da vida privada, ou seja, as questões que a envolvem ligam-se a autonomia privada, ao indivíduo precipuamente. Entretanto, faz-se necessário recordar-se do disposto pelo artigo 226 em seu *caput*, que a família é célula fundamental da sociedade detendo especial proteção estatal. Nesse diapasão, tem-se que há matérias inerentes ao direito de família que se constituem como de ordem pública. Ainda que se observem novas configurações e modelos de estruturação da família, diante da pluralidade de laços e parentescos entre as pessoas no contexto do Censo de 2010 do IBGE, não se pode olvidar a importância social e coletiva da família.

No que é concernente ao planejamento familiar, ter-se-á, pelo disposto no §7º do artigo 226 da Constituição brasileira de 1988, que é papel do Estado brasileiro a promoção de recursos tanto educacionais como científicos para garantia do exercício adequado e pleno do poder familiar. Renata de Lima Rodrigues e Ana Carolina Brochado Teixeira (2010, p. 100), afirmam que não cabe ao Estado adentrar a estrutura familiar e dizer o que deve ou não ser feito, mas que constitui seu papel instruir as pessoas para que elas possam planejar sua família de acordo com seus recursos, suas necessidades e com os direitos e garantias dispostos pelo ordenamento jurídico. É um papel informacional e promocional de políticas públicas, que são voltadas ao planejamento familiar saudável e adequadas para condução da estabilidade da família. Haja vista que no âmbito familiar, “[...] o papel do Estado cinge-se a três perspectivas: garantir as liberdades, assegurar as limitações constitucionais ao exercício desse direito e informar as pessoas sobre as formas de exercer esse direito”. Nesse sentido, Gina Pompeu (2005), discorre sobre a importância do direito à educação, como forma de conscientização dos indivíduos, constituindo-se como obrigação do Estado, envidar esforços para que esse direito seja garantido.

A educação é a maior aliada do progresso do Estado contra a fome, a miséria, a marginalidade, a corrupção, os desníveis sociais e econômicos. **Somente uma população consciente de sua cultura, história, valores e tradições é capaz de se posicionar como sujeito de direitos e deveres**, reconhecendo que as autoridades constituídas do Estado nada mais são do que seus representantes nas suas funções legislativas, judiciárias e executivas e que têm como essência de suas funções garantir a justiça e o bem comum, verificando sempre se as normas por eles aplicadas são formalmente boas, se admitem a provas de aferição relativas à positividade, à juridicidade, à vigência e à eficácia. A sociedade é maior do que o Estado e o homem é maior do que a sociedade. (grifou-se)

De acordo com este quadro, difere a atuação do Estado brasileiro, se comparado a outros Estados, como por exemplo, a China. Neste país, foi implantada, desde a década de 1980 a “política do filho”, na qual cada casal, só pode ter um filho, de acordo com sua renda familiar, tratando-se de uma imposição do governo, para controle da natalidade (ESTADÃO, 2012, *on line*). Já no Estado brasileiro, observam-se políticas menos autoritárias e voltadas para informação, entretanto, sua efetividade não é tão forte quanto à chinesa, já que a dependência do bom planejamento está mais na consciência dos pais, enquanto cidadãos de um Estado Democrático de Direito, que do poder estatal.

Caetano Lagrasta Neto (2011, p. 63) afirma a necessidade de participação da entidade familiar como formadora dos cidadãos e como sustentáculo do Estado e da sociedade brasileira. A necessidade de políticas públicas por parte do Poder Executivo que levem o discernimento à população de que é importante controlar o número de filhos de acordo com rendimentos, que é importante, observar que a educação que é fornecida, não só a escolar com o conhecimento técnico, mas a cidadã também. Nesse sentido afirma o autor que diante da realidade urbana caótica marcada pela marginalidade, pode: “O entrelaçamento destes estados de crise àquele da Família encaminhar o sistema político a uma encruzilhada: família, delinquência e poder tornam-se frutos de um mesmo fenômeno, a desesperança econômica e o abandono social. [...]”. Portanto, é dever do cidadão, exercer a paternidade ou maternidade de maneira responsável, planejando o número de filhos, o tempo para dedicação, assim com a renda necessária, afinal, como afirma e pondera Noberto Bobbio (2004), além dos direitos, existem os deveres, que não podem ser olvidados.

Em termos de políticas públicas destinadas às crianças e adolescentes, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do IBGE, no contexto dos 5.565 municípios brasileiros à época da coleta de dados, 88,2% possuem políticas públicas voltadas às crianças e adolescentes, com o escopo de retirá-las de situações de marginalidade e abandono, para inserir em contextos familiares, como nas de desabrigamento, ou de inserção em instituições, assim como de atendimento para os menores que descumprem a legislação, que são obrigados a trabalhar ou que são explorados sexualmente. Assim observa-se na seguinte tabela, a percentagem dos investimentos estatais voltados para crianças e adolescentes na promoção de políticas públicas:

Tab. 2 Políticas Públicas voltadas para crianças e adolescentes nos Municípios brasileiros

Retirada de crianças e adolescentes em situação de rua	Desabrigamento	Combate ao trabalho infantil	Combate à exploração sexual	Atendimento ao adolescente em conflito com a legislação
42,8 %	18,3 %	66,5 %	44,8 %	46,3%

Fonte: IBGE, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2009.

O objetivo é que o Estado consiga atingir todas as camadas da sociedade e instruir as pessoas para que a família seja efetivamente um instrumento promotor e garantidor da dignidade humana, e não mais um fator por contribuir no preocupante quadro social que se apresenta, com os fins de construção de indivíduos protegidos em suas dignidades e direitos, e cidadãos cientes de seus deveres sociais e solidariedade. Por exemplo, cabe ao Estado realizar a classificação indicativa de programações veiculadas nos meios de comunicação, bem como publicações e obras literárias, para que os pais e responsáveis por crianças menores tenham um parâmetro e decidam o que os filhos devem conhecer ou não, nesse sentido, Ana Carolina Brochado Teixeira (2009, p. 219) afirma que “[...] são os pais que devem ditar o limite do acesso à informação televisiva, da Internet, moldando sua conduta com base nos hábitos da família”.

No ano de 2010 o Brasil deparou-se com a proposta do projeto de Lei 7.672 de 16 de agosto de 2010 (popularmente conhecida como a “Lei das Palmadas”), o que se pretende com a aprovação da legislação é espécie de interferência estatal no âmbito familiar. A polêmica da lei reside basicamente com relação à autonomia dos pais e aos métodos pedagógicos utilizados para educação da prole. Entretanto, a intervenção do Estado, neste âmbito da família, justifica-se pela ampla proteção, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 227 da Constituição Federal, que deve ser dada aos menores de dezoito anos, devido ao seu estado de pessoa ainda em desenvolvimento. Para tanto, afirma-se que:

[...] é apenas nessas hipóteses que se justifica a atuação do Estado, pois ele não deve interferir nas relações pessoais sob o falso argumento de proteger, sob pena de suprimir as subjetividades dos componentes da entidade familiar, em atitude flagrantemente paternalista. Afinal, fazem parte da esfera privada da pessoa humana as decisões sobre seus aspectos de maior intimidade, para que cada um possa se construir de forma coerente com o próprio projeto de vida, o que justifica, enfim, a intervenção apenas residual do Estado. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p.107)

O planejamento familiar, como dito alhures, é direito fundamental, constituindo-se numa liberalidade do casal, em várias questões como ter ou não ter filhos, em tendo-os, como educa-los e dirigir-lhes a vida, enquanto ainda impúberes, como dar-lhes o rendimento, como dispor o patrimônio que eventualmente pertencer ao núcleo familiar, enfim, diversas questões são objeto dos planos de uma família, independente de sua forma. Todavia, há limites ao exercício do livre planejamento familiar.

Neste diapasão, pode-se afirmar que um dos limites é a responsabilidade parental. A paternidade e a maternidade não constituem direitos, mas são deveres também, daí a autoridade parental ter de ser exercitada de maneira democrática e de modo a auferir o maior número de benefícios possíveis aos filhos, e na perspectiva de Ana Carolina Brochado Teixeira (2009), os enteados também, devido ao parentesco por afinidade que se constituem com a recomposição do núcleo familiar, seja devido a novo casamento ou união estável. Nesse sentido “[...] o papel do Estado implica a realização de políticas públicas adequadas, capazes de promover a saúde e a personalidade dos indivíduos, fornecendo informações necessárias para que sua escolha seja livre e consciente e, portanto, responsável.” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 142).

Ou seja, cabe ao Estado envidar esforços para que o cidadão, a pessoa tome suas próprias decisões, ciente das consequências de suas escolhas e de sua responsabilidade. Não cabe ao Estado dirigir a vida privada do cidadão, isso interfere não só no planejamento familiar, mas no princípio da liberdade, na autonomia inerente a cada indivíduo. Nesse sentido, deve-se seguir a noção de que as políticas públicas devem visar à busca por um patamar mínimo de igualdade, não se tratando de concessão gratuita de cunho populista, e assim completam Gina Pompeu e Mariana Andrade, com base nas ideias dispostas por Ayn Rand, (2011, p. 8016) que o dever do Estado constitui-se em: “[...] operar como mecanismo de ação coletiva da sociedade, visando à equalização de condições sociais para fortalecimento dos cidadãos até o ponto em que se tornem aptos ao desenvolvimento político e econômico de modo autônomo e independente”.

Portanto, o que os governos podem realizar são as políticas públicas, garantir o acesso à educação, informação e saúde adequadas, realizar programas de fomento à economia doméstica ou auxílios, desde que não sejam permanentes e não acabem por incentivar ao aumento no número de filhos de forma desordenada, no âmbito das famílias ditas de “baixa-renda”, o fim precípua é o incentivo à tomada de consciência de que o planejamento familiar

é uma liberalidade que deve ser exercida como responsabilidade com relação à prole e a sociedade.

CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente trabalho, pode-se auferir como conclusão que o livre planejamento familiar, deve guiar-se pela parentalidade responsável. Isto, porque, as crianças e adolescentes são pessoas em estágio peculiar de desenvolvimento, constituindo, na relação parental-filial, a parte vulnerável. Portanto, o poder familiar constitui-se como poder-dever, preponderando como dever de cuidado, vigilância, assistência e afeto para com os filhos. Podendo o descumprimento, dos deveres parentais, acarretar sanções cíveis e penais, sem a desoneração das obrigações atinentes à autoridade parental.

Não se pretende, com a responsabilização por abandono ou descaso para com os filhos, obrigar pais ou genitores ao “amor”, mas a ideia de que ao assumir ou adquirir a parentalidade existem deveres inerentes aos papéis maternos e paternos, que independem de sentimentos e constituem-se como obrigações diante da absoluta prioridade que deve se dispor às crianças e adolescentes de acordo com o artigo 227 da Constituição brasileira de 1988. Daí a justificativa, utilizada pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça ao concederem indenização por abandono afetivo, em recurso exposto alhures, o que se descumpra não é o dever de amar, mas o de cuidar, de orientar, de atuar na formação dos filhos menores como indivíduos detentores de direitos e obrigações perante à sociedade e Estado.

Nesse sentido, é importante notar que, o direito de visitas, por exemplo, deve ser exercido como efetivação do direito fundamental à convivência familiar, e não como uma mera prerrogativa de pais ou mães que não disponham da guarda de seus filhos. Daí o problema do julgado, alhures mencionado, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pois o direito às visitas é inerente à criança ou adolescente, que precisa receber o cuidado do outro genitor, ainda que este não possua a guarda, pois ele mantém o poder familiar.

Em que pese, o planejamento familiar ser livre, a parentalidade responsável requer que os pais ou responsáveis ajam de maneira adequada e que visem sempre o melhor interesse da prole, pois os deveres cumpridos garantem a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, e portanto, de sua formação enquanto indivíduos e cidadãos do Estado Democrático de Direito. Trata-se de um direito de liberdade, que não deve ser exercido de forma irresponsável, já que existem consequências como os crimes de abandono

material e moral, e também a própria destituição do poder familiar. Constituindo-se no maior problema a desestruturação do indivíduo no contexto social, de acordo com Caetano Lagrasta Neto (2011).

No que é pertinente à realidade social, observa-se no Brasil, de acordo com a Síntese de indicadores sociais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que existem 65,7% de lares no país com ao menos uma criança ou adolescente, portanto, embora existam famílias sem filhos, há um relevante contingente de famílias que se pautam na parentalidade, daí a importância de políticas públicas voltadas para crianças e adolescentes, nesse sentido, torna-se importante aduzir que existem, de acordo com a mesma pesquisa, 88,2% dos municípios brasileiros que possuem políticas voltadas para crianças e adolescentes, com o fito de promoção de direitos fundamentais e sociais e proteção da dignidade dos infantes.

A família, como explicado ao início deste artigo, democratizou-se, e, portanto, trata-se hodiernamente de uma entidade plural e fundamentada na dignidade humana. Possui, no contexto do século XXI, preponderância de seu caráter instrumental, e neste viés, seu escopo é a efetivação dos direitos fundamentais inerentes aos indivíduos que dela façam parte, entretanto, sempre como parâmetro a solidariedade, para que a proteção aos indivíduos não seja extremada e caia no “egoísmo”. Daí compreender a família atual como solidária, precipuamente, e não como uma mera instituição com o nome família em que indivíduos abitam a mesma casa.

Diante disto, a parentalidade deve ser exercida com o fim de promover o desenvolvimento da personalidade da prole, por encontrar-se, ainda em estágio peculiar de desenvolvimento, e devido a sua vulnerabilidade exigir uma proteção mais que especial, não só pela família, como pela sociedade e também pelo Estado brasileiro. O que se pretende é que a família seja a instituição que vise à efetivação e proteção da dignidade humana, precipuamente das crianças e adolescentes. E que os pais exerçam de forma responsável sua parentalidade assegurando os direitos fundamentais e dignidade de seus filhos, conscientizando-os da vida em sociedade como cidadãos do Estado e do Mundo. E como auferido alhures, incube, precipuamente, aos pais o exercício da parentalidade de forma consciente e responsável.

Conclui-se, neste diapasão, que o planejamento familiar, enquanto direito fundamental encontra sua limitação no Princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescente, e na doutrina da Prioridade Absoluta, disposta no Estatuto de 1990 e na Constituição brasileira de

1988. E neste contexto de responsabilidade dos pais, o Estado tem o dever de promover políticas educacionais e informativas, não com o escopo de interferir de forma autoritária, mas de proteção dos infantes, que são os verdadeiros destinatários da autoridade parental exercida com responsabilidade e concreção. Ainda que seja o planejamento familiar livre, os pais devem exercê-lo com consciência e maior presteza possível, cientes de que as consequências da irresponsabilidade recaem sobre todos, e principalmente sobre as crianças e adolescentes, que são os futuros cidadãos do Estado-nação e do mundo globalizado.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** (Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 28 fev. 2013.

BRASIL. **Código Civil** (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 mar. 2013.

BRASIL. **Código Penal** (Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 18 mar. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7672** de 16 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=790543&filename=PL+7672/2010>. Acesso: 04 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº 1159242/SP. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 11 mar. 2013.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow (Coord.). **Direito contemporâneo de família e das sucessões**: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 159 – 174

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2010/SIS_2010.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo de 2010:** famílias e domicílios. Disponível em:
<ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Familias_e_Domicilios/tab1_1.pdf>.
Acesso em: 10 mar. 2013

LAGRASTA NETO, Caetano. Estados de crise e sentimentos. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família:** novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 58-67.

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana:** estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PERROT, Michelle. Figuras e papéis. In: PERROT, Michelle (Org.). **História da vida privada,** Da Revolução Francesa à Primeira Guerra. Tradução de Denise Bottman, Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v. 4. p 107-168.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; ANDRADE, Mariana Dionísio de. Ayn Rand revisitada e a materialização dos direitos sociais. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO (CONPEDI), 20. , 2011. Belo Horizonte. **Anais eletrônicos...** Belo Horizonte: CONPEDI, 2011. Disponível em:
<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

POMEPU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação:** controle social e exigibilidade judicial. Rio de Janeiro; São Paulo; Fortaleza: ABC Editora, 2005.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MARTINS, Nardejane. Novas famílias do século XXI: o reconhecimento e a positivação da união entre pessoas do mesmo sexo. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio (org.). **Discriminação por orientação sexual:** a homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p 19-35.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Acórdão** nº 70051620565/2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-tj-rs-mantem-decisao-negou.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** Tradução: Pietro Nassetti. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

SEGUNDO filho é uma opção apenas para quem tem dinheiro na China. **Estadão Online,** São Paulo, 07 jul. 2012. Disponível em:
<<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,segundo-filho-e-uma-opcao-apenas-para-quem-tem-dinheiro-na-china,897242,0.htm>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

**DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES COMO
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRANSEXUAL**

**THE PRINCIPLE OF FAMILY RELATIONSHIPS IN AFFECTIVITY EFFECTIVE
AS OF THE RIGHTS OF PERSONALITY TRANSEXUAL**

Fernanda Moreira Benvenuto*

Luiz Geraldo do Carmo Gomes**

RESUMO: A evolução do Direito de Família traz fatores fundamentais na valorização, consolidação e preservação dos vínculos familiares a aplicabilidade dos direitos da personalidade. Alguns aspectos do princípio da afetividade expressam o quão influente tornou-se tal princípio, ao ponto de sua aplicabilidade repercutir no mundo jurídico como ferramenta indispensável na operação do direito e na garantia da dignidade da pessoa humana. Dignidade essa resguardada aos membros familiares que corroboram com o reconhecimento dos mesmos. A aplicação majoritária do princípio da afetividade nas relações familiares como promoção da dignidade do transexual efetiva o reconhecimento e respeito pleiteado, uma vez que a aplicação da afetividade foca a pessoa e força o rompimento com os resquícios patrimonialistas, contribuindo para preservação do instituto familiar e para a formação da personalidade do transexual.

Palavras-chave: Direito de Família; Afetividade; Dignidade; Transexual.

ABSTRACT: Developments Family Law brings key factors in recovery, consolidation and preservation of family ties the applicability of personal rights. Some aspects of the principle of affection express how influential it has become such a principle, the extent of its applicability reflected in the legal world as an indispensable tool in the operation of law and the guarantee of human dignity. Dignity that sheltered family members corroborate the recognition. The application of the principle of majority warmth in family relationships and promoting the dignity of transsexual effective recognition and respect claimed, since the implementation of affection focuses on the person and force the break with the remnants patrimonial, helping to preserve the family and to institute the formation of the personality of the transsexual.

Key words: Family's Rights; Affection; Dignity; Transexual.

* Cartorária em Maringá – PR, (2ª Vara de Família, Sucessões e Acidente de Trabalho). Docente da Instituição de Ensino da Faculdade Alvorada de Maringá/PR. Discente do programa de Mestrado em Ciências Jurídicas com ênfase em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Especialista em Direito de Família à luz da Responsabilidade Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2011). Graduada em Direito pela Faculdade Maringá (2006).

** Mestrando em Ciências Jurídicas e graduado em Direito pelo CESUMAR – Centro Universitário de Maringá. Co-orientador do projeto de pesquisa financiado pelo CNPQ “Dos aspectos controvertidos da homofobia”. Pesquisador do projeto FUNADESP “Da diversidade sexual: da proteção dos direitos da personalidade”. Professor Universitário na Faculdades Alvorada de Maringá na disciplina de Teoria Geral do Estado. Endereço eletrônico: lgcarmo@icloud.com

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho científico tem por objetivo a análise da eficácia da promoção dos direitos da personalidade do transexual mediante a aplicabilidade do princípio do afeto no seio das relações familiares, uma vez que o afeto é oriundo da relação familiar e faz com que a dignidade seja preservada também.

Para efetivação dos direitos da personalidade o presente estudo aborda que o princípio da afetividade é o liame na promoção da dignidade dos transexuais dentro do instituto familiar.

Afere-se ainda substancial importância na promulgação do princípio da dignidade da pessoa humana como efetivação dos direitos da personalidade do transexual, pois o princípio da afetividade estabelece a dignidade da pessoa como direito fundamental e, sem exceção, aplica-se generalizadamente.

Não explícito, mas diversos artigos constitucionais primam pelo princípio da afetividade, ponto vinculante com a dignidade humana.

Será utilizado no referido artigo o método comparativo com pesquisas realizadas em doutrinas e análises jurisprudenciais, bem como a busca por pesquisas bibliográficas, revistas jurídicas e anais que versam sobre o tema.

Superados os aspectos e conceitos do princípio da afetividade, no presente trabalho prioriza-se a aplicabilidade do princípio da afetividade no tratamento aos transexuais como efetivação dos direitos da personalidade dentro ambiente familiar, para enfim concluir, que longe de uma ciência utópica, inalcançável pela praticidade, o princípio da afetividade é uma ferramenta de valor relevante nas relações interpessoais, elemento que repersonaliza; que socializa e sustenta os elos familiares.

2 DO TRANSEXUAL

A sexualidade humana compreende três aspectos distintos, a orientação afetiva sexual, o sexo e o gênero, sendo que este último é o que cada indivíduo entende-se como pertencente ao masculino e feminino, isto é, sua identidade de gênero.

Segundo os princípios de Yogyakarta Identidade de gênero é:

A profundidade sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento,

incluído o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificações da aparência ou função corporal por meio médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.¹

Denota-se que na identidade de gênero, os indivíduos não se identificam com o seu sexo biológico, uma vez que seu gênero diferencia-se de seu sexo, como por exemplo, se um bebê nasce com um pênis necessariamente seria do gênero masculino. São chamados de transexuais, os indivíduos caracterizados pelo desejo compulsivo do indivíduo de modificar seu sexo anatômico em conformidade com seu sexo psicossocial..

Há um conflito entre o sexo biológico, que é determinado cromossomicamente, com o sexo de sua psique. Observa-se ainda que na puberdade, ao tomar conhecimento de sua sexualidade, depara-se com um grande conflito interior caracterizado pelo repúdio aos seus órgãos sexuais, além do exterior, porquanto, normalmente sofrem rejeição primeiramente no próprio âmbito familiar, ou seja, no meio em que vivem².

Ao discorrer acerca do tema, Tereza Rodrigues Vieira afirma que

Nestes casos a evolução da identidade sexual não seguiu a via correta, tendo ocorrido uma justaposição de diversos fatores psicológicos, hormonais e sociais sobre o comportamento cromossômico (...). Esta adequação lhe é imposta de modo irreversível, escapando ao seu livre-arbítrio.³

Para a Organização Mundial de Saúde (OMS) a transexualidade é considerada um tipo de transtorno de identidade de gênero, como consta no Cadastro Internacional de Doenças - CID 10, em sua seção F64.0, sendo uma das variações da sexualidade humana segundo a qual o indivíduo possui um “sentimento profundo de pertencer ao sexo oposto e a vontade extremada de reversão sexual⁴.

Sexo e gênero são por sua vez distintos. O sexo é definido pela natureza, baseado no corpo orgânico, biológico, hormonal e genético, enquanto o gênero é algo que se entende por meio de uma cultura, mais precisamente atrelado à figura do papel masculino e feminino que se exerce na sociedade.⁵

¹ PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Disponível em: < http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf >. Acesso em 13 mar. 2013

² SZANIAWSKI, Elimar. Limites e Possibilidade do direito de redesignação do estado sexual. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 49.

³ VIEIRA, Tereza Rodrigues. O direito à mudança de sexo do transexual. Revista Jurídica Consulex. Ano VIII, nº 181. 31 de Jul/2004.

⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Limites e Possibilidade do direito de redesignação do estado sexual. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 53.

⁵ PERES, Ana Paula Ariston Barrio. Transexualismo: O direito a uma nova identidade sexual. 1 ed. São Paulo: Renovar, 2001, p.98.

A transexualidade, portanto, é a discrepância do sexo com o gênero, no qual se um indivíduo nasce com o cromotipo XY (macho) ele deveria ser, pelo padrão sexual, do gênero masculino, entretanto, na transexualidade essa pessoa se entende do gênero feminino, tornando assim o sexo e o gênero diferentes da norma social (macho/masculino, fêmia/feminino). Nesse sentido, Ana Paula Ariston Barion Peres ensina que:

Embora se sinta pertencente ao outro sexo, o seu corpo espelha uma realidade diversa, e é com base no seu sexo anatômico que a sociedade lhe atribui um papel sexual e espera que ele, nesses moldes, o desempenhe. Esse papel socialmente aceitável, contudo, se torna intangível para essa pessoa.⁶

Por se sentirem do gênero oposto, os transexuais consideram que as relações afetivo sexuais com seus parceiros, são hetero e não homossexuais,⁷ pois a orientação sexual se dá pelo gênero e não pelo sexo.

Ressalte-se que a transexualidade não se confunde com a travestilidade uma vez que este se caracteriza pela vestimenta do gênero oposto e a não há aversão ao sexo biológico. Tampouco se confunde com as orientações sexuais, que para os princípios de Yogyakarta compreende:

Como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essa pessoa.⁸

Já o transexual repudia seu sexo biológico e a sua manutenção gera propensão a depressão e desejo suicida em razão de intenso sofrimento psíquico⁹. Para alguns transexuais a cirurgia de redesignação sexual é a adequação a uma condição existente por já considerar pertencente ao gênero oposto. Para eles o procedimento cirúrgico se apresenta como única solução para que cesse o conflito entre sua mente e seu corpo.¹⁰

⁶ PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: O direito a uma nova identidade sexual*. 1 ed. São Paulo: Renovar, 2001, p.104.

⁷ ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. In: *Horizontes Antropológicos*. v.12, n. 26 Porto Alegre jul./dez. 2006

⁸ PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Disponível em: < http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf >. Acesso em 13 mar. 2013

⁹ ARÁN, Márcia; Zaidhaft, Sérgio; Murta, Daniela. *Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000100008>. Acesso em: 11/10/2011.

¹⁰ CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.955/2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm> . Acesso em: 14 mar. 2013.

No Brasil não há lei que disciplina a cirurgia de redesignação sexual, mas esta se tornou possível por intermédio da Resolução 1492/1997 do Conselho Federal de Medicina, inicialmente em caráter experimental. Após a edição da Resolução 1652/2002 a cirurgia passou a ser permitida, inclusive na rede pública de saúde, desde que haja o diagnóstico de transexualidade, assinado por uma equipe multidisciplinar e um acompanhamento de 2 anos, onde o indivíduo, maior de vinte e um anos, se submeta a essas condições, apurando que o mesmo tem condições psíquicas para a redesignação.

Os indivíduos diagnosticado como transexual apresenta características como: 1) Desconforto com o sexo biológico; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo/gênero oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos e 4) Ausência de outros transtornos mentais.¹¹

Na cirurgia de transexuais MtF (Male-to-Female Transexual)¹² consiste na amputação peniana para a feitura de uma vulva, além da implantação de silicone e a aplicação de hormônios femininos. Já na cirurgia FtM (Female-to-Male Transexual)¹³ há a amputação dos seios e a preparação de um órgão genital masculino artificial.

Entretanto, o tratamento cirúrgico é, necessariamente, precedido de parecer unânime dos profissionais que compõem o corpo clínico, que conclua pela irreversibilidade da identidade de gênero do transexual e reconheça a “supremacia do fator psicossocial na composição do sexo”¹⁴.

Para Tereza Rodrigues Vieira o reconhecimento da adequação sexual por meio de cirurgia se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵, que confere unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerentes à personalidade.¹⁶

Alexandre de Moraes considera que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais

¹¹ ARÁN, Márcia; Zaidhaft, Sérgio; Murta, Daniela. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000100008>. Acesso em: 11 out. 2011.

¹² Masculino para o Feminino transexualidade

¹³ Feminino para o Masculino transexualidade

¹⁴ VIEIRA, Tereza Rodrigues. O direito à mudança de sexo do transexual. *Revista Jurídica Consulex*. Ano VIII, nº 181. 31 de Jul/2004

¹⁵ VIEIRA, Tereza Rodrigues. O direito à mudança de sexo do transexual. *Revista Jurídica Consulex*. Ano VIII, nº 181. 31 de Jul/2004

¹⁶ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 50

peças, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar (...)¹⁷

Dessa maneira, o transexual deve ser protegido com base nos princípios constitucionais da autonomia da vontade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, respeitando-se sua autodeterminação para assegurar-lhe a redesignação sexual por meio de cirurgia, a fim de alcançar sua realização plena como indivíduo, até porque determina o inciso IV do art. 3º da Constituição Federal que um dos objetivos da República é promover o bem estar de todos, o que pressupõe o direito à felicidade.

3 DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O conceito de família se amolda ao cumprimento de sua função social, renovando-se sempre como ponto de referência central do indivíduo na sociedade¹⁸. Para Adauto Suannes¹⁹, família é uma expressão que deve abranger pelo menos duas pessoas que se unem com o propósito de manutenção desse vínculo afetivo, independente de serem de sexo diverso que tenham ou não prole.

Luiz Edson Fachin aponderou:

A procriação deixa de ser a finalidade primeira. Há famílias assentadas no casamento, sem filhos. A coabitação passa também a ser discutida se é ou não um elemento fundamental para estatuir um conjunto de deveres. Basta olhar pessoas que se matrimonializam e se distanciam em face de suas atividades profissionais, residem ou têm domicílios à distância.²⁰

Conceituar o instituto familiar depende do tempo, região, comunidade, cultura, religião, etc. Ao passo que o instituto familiar se transforma influenciado por diversos aspectos e nos países de cultura ocidental as relações entre seus membros evoluíram e empreendem novos valores, variando as intensidades de afeto que os vinculam.

Segundo Rolf Madaleno:

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e

¹⁷ *Ibidem*, 2008, p. 50

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 326.

¹⁹ SUANNES, Adauto. *As uniões homossexuais e a Lei 9.278/1996*. Rio de Janeiro: COAD, ed. out.-nov. 1999. p. 32.

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 48.

dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão-somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles.²¹

A Constituição Federal de 1988 prevê que a família é base da sociedade, e a idéia jusnaturalista de proteção desse instituto tornou-se latente, sendo possível dizer que as relações interpessoais, independente de previsão legal, recebem a tutela estatal.²²

É impossível negar a supremacia positivista no ordenamento pátrio, no entanto, os princípios programam as práticas jusnaturalista, sendo a atuação do princípio da afetividade nas relações familiares o significado de abstração do individualismo liberal, preconizado pela Revolução Iluminista e Americana no século XVIII, fruto de uma burguesia insatisfeita, conforme, Paulo Luiz Neto Lôbo:

[...] O liberalismo tinha, como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tuteláveis.²³

A falta de previsão legal no regulamento acerca de uma determinada situação, principalmente no Direito de Família, o qual exerce efeitos imediatos nos destinatários da norma não significa que determinada situação está desprovida de tutela jurídica, ou mesmo que os membros daquela família estejam à margem da lei.

Luiz Edson Fachin comunga dessa afirmação:

Não está apenas no Código o “código” da família. O estatuto jurídico da família e da filiação desdobra dessa visão estrita de sistema. Causas e razões explicitam a constituição e a superação do modelo clássico: transpessoal, matrimonializado, patriarcal e hierarquizado.²⁴

A aplicação da medida jurídica, em conformidade com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 4º, ilumina as dúvidas do magistrado quando a lei for omissa, de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Nesse

²¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 66:

²² BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 29.

²³ LOBO, Paulo Luiz Neto. *O Direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 71.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 308.

aspecto, emerge o princípio da afetividade com o fito de embasar as decisões cuja matéria carece de previsão legal, atribuindo a norma e valor jurídico um caráter humano.²⁵

Por meio da conjunção do princípio da afetividade, o Direito, até então aplicado de forma superficial, cujo regramento visava somente tratar a relação entre as partes e o juiz, promotor e advogado de forma equidistante, agora relativiza sua aplicabilidade, na medida em que a dignidade da pessoa humana deve ser preservada. A dignidade da pessoa humana detém várias ferramentas para a sua aplicabilidade, e no contexto familiar, de regra, deve-se utilizá-la tendo com premissa o princípio da afetividade.

Imbuídos de uma percepção diferenciada acerca do assunto “família”, novas teses jurídicas abarcam situações sociais latentes, as quais, mesmo não positivadas tiveram sua guarida estatal garantida. Atos que definiram a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas, inserindo-as no âmbito do Direito de Família.

Deferimento de herança a parceiro sobrevivente, adoção por casais homossexuais, são exemplos da aplicação do princípio da afetividade no direito brasileiro que respondem à evolução e modernização das relações sociais, e como consequência, reconhece os novos tipos de entidades familiares.

O afeto, segundo Sérgio Resende Barros, não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família, é mais, um viés externo que pede mais humanidade em cada família, compondo o que ele chama de família universal, cujo lar é a aldeia global, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família.²⁶

Tomando como base o princípio da afetividade, a jurisprudência vem construindo um novo perfil para o direito das famílias. O casamento, antes tido como obrigação, vem sendo revestido de aspectos tendentes a realizar os verdadeiros interesses afetivos e existenciais dos seus integrantes. A culpa pela dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal deixou de ser ponto fundamental na hora do divórcio; na verdade, não há que se falar em culpa quando se trata de afetividade, é algo bastante subjetivo onde não se justifica delimitar ações judicantes apenas com base no patrimonialismo.

Ao implantar nas relações familiares o princípio da afetividade, estar-se-ia repersonalizando esse instituto, deverás considerado falido, tanto que Paulo Luiz Neto Lôbo preconiza:

²⁵ BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm>. Acesso em: 16 mar. 2013.

²⁶ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos da família: dos fundamentais aos operacionais*. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). São Paulo: Imago, 2003, p. 142.

A família é no presente, muito mais do que antes, o espaço de realização pessoal afetiva, despatrimonializada. A repersonalização de suas relações revitaliza a união familiar, em todas as suas manifestações sociais e não apenas a oficial, que renasce com outros fundamentos.²⁷

O conceito de familiar mudou, deixando de ser composta de vários membros para então formar núcleos, ao longe integram esses núcleos apenas indivíduos consanguíneos, a legitimidade do parentesco, ao passo que novas idéias e valores, embasam a verdadeira essência da entidade familiar. A palavra “amor” deixou de ser apenas uma constituição poética, para, enfim torna-se um princípio concreto expresso na afetividade.

É nessa moderna forma de ser que a família contemporânea vive. Algumas previsões implícitas e explícitas no ordenamento brasileiro retiraram a subjetividade da afetividade e sem necessidade de previsão legal as relações ditam as condições da sua aplicabilidade. Caso necessário, é indiscutível a intervenção estatal na responsabilização e penalização do desafeto, na medida em que sua desafeição é causa de problemas particulares e públicos.

José Sebastião de Oliveira entende:

Realmente, o Direito não tem o poder de criar afetividade. Sentimentos naturais não decorrem de legislações, mas da vivência cotidiana informada pelo respeito, diálogo e compreensão.²⁸

Apesar de não haver a possibilidade de impor a afetividade na conduta humana, por exemplo, ao ponto de obrigar o homem amar os seus filhos e respeitar sua esposa, cabe sim a legislação e demais operadores do Direito dirimir sua aplicabilidade nas relações familiares, da forma que não havendo o afeto, conforme reconhecido nos diversos Tribunais é possível responsabilizar o culpável pelos danos causados aos desafetos e, principalmente, inibir tais práticas, pois são inegáveis os problemas sociais gerados em decorrência de tal negligência.

Sem sombra de dúvidas, o afeto é o principal fundamento das relações familiares.²⁹ Nesse sentido, a valorização desse princípio remonta as argumentações expostas pelo jurista João Batista Vilella, na década de 80, quando o mesmo escreveu sobre a desbiologização da paternidade, cuja essência, demonstra que o vínculo familiar ultrapassa o vínculo biológico,

²⁷ LOBO, Paulo Luiz Neto. *O Direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74.

²⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 233.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 66.

concluindo que a parentabilidade socioafetiva, baseada na posse de estado do filho, é uma nova forma de parentesco civil.

Acerca da valorização desse vínculo, Paulo Luiz Netto Lôbo ministra:

O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filhos, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos. A filiação biológica não é mais determinante, impondo-se profundas transformações na legislação infraconstitucional e no afazer dos aplicadores do direito, ainda fascinados com as maravilhas das descobertas científicas. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo (*Princípio jurídico da afetividade na filiação*).³⁰

É com base nesses argumentos que se atribui ao princípio da afetividade características inerentes ao instituto familiar, importante para a formação da personalidade dos seus membros, o que, estampado no art. 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988 encampa a solidariedade social, sendo enfim, praticado em prol da desmaterialização do seu contexto em contrapartida a repersonalização do instituto.

Ao tratar do princípio da afetividade, Paulo Luiz Netto Lôbo consagra:

Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade. No estágio em que nos encontramos, há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade/maternidade, nem sempre genético. O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consanguinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do *quantum* despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações.³¹

³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/130>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/130>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

Acrescenta-se o autor que a prática da adoção, medida essa que, sem sombra de dúvidas, é reflexo puro das circunstâncias filiativas atribuídas às pessoas que não detêm qualquer parentesco consanguíneo, contudo, mesmo assim, a vontade das partes resulta em um enlace tão forte, impossível de não conceituá-lo paternal ou maternal, tendo por base a afetividade.

A própria adoção de forma furtiva, conhecida como “adoção à brasileira”, retém a atenção dos operadores do direito, os quais, imbuídos dos sentimentos mais nobres e atinentes ao ser humano, emblemático na aplicação de uma decisão justa, vestem a peculiaridade do caso e o vínculo afetivo estabelecido entre a criança e os pretensos pais, culminam com a aquiescência da sua atitude.³²

Mais do que a própria adoção, o que se diga da reprodução assistida realizada de forma heteróloga? Por certo, a reprodução assistida realizada de forma homóloga, cuja fertilização ocorre *in vitro* ou na gestante e mãe, importa atitude não estranha aos olhos dos pretensos pais, pois existe a concepção de que ali se encontra um ser fruto dos seus genes; por outro lado, a gestação heteróloga pode ocorrer, e terceiras pessoas (“barriga de aluguel” e doares de materiais genéticos) participam do processo conceutivo; mesmo assim, após a entrega da criança aos pretensos pais, independente da consanguinidade e do material genético empregado, é o vínculo afetivo que determina o enlace familiar.

A concepção da família consanguínea não enfraquece, mas surge a família instituída pelo *animus affectus*. As formas alternativas introduzidas pela ciência e tecnologia não possuem limites ou fronteiras, cabem às novas concepções familiares o respaldo estatal que os filhos esperam receber dos seus pais, maridos, esposas, avós, cada qual deve proporcionar a cada qual o mínimo de afetividade devido.

Rodrigo da Cunha Pereira observa:

É na compreensão desse papel social do pai e da mãe, desprendendo-se do fator meramente biológico, que esse Estatuto vem ampliar o conceito de pai, realçando sua função social. Em outras palavras, o direito ao pai é condição básica para que alguém possa existir como sujeito. Portanto, é mais que um

³²“A adoção tem sido repensada e facilitada, sob o signo da total igualdade, princípio este adotado na nova Constituição. O ‘crime nobre’ da falsificação do registro de nascimento é um fato social amplamente tolerado, por sua finalidade humanista. Antônio Chaves intitulou um trabalho sobre o assunto com a instigante indagação: pode a sociedade punir um ato cuja nobreza exalta?” (LOBO, Paulo Luiz Neto. O Direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 75)

DIREITO FUNDAMENTAL, é o DIREITO FUNDANTE DO SER HUMANO COMO SUJEITO.³³

Por derradeiro o princípio da afetividade é o valor supremo entre o vínculo familiar e a formação de seus entes, uma vez que propicia o reconhecimento de seus membros em um ambiente familiar respaldado na dignidade da pessoa humana tornando assim, o meio pelo qual seus integrantes reconheçam seu papel na sociedade.

4 DA AFETIVIDADE E DO VINCULO FAMILIAR;

Um dos aspectos que torna o Direito de Família singular e especial em face dos demais ramos do Direito é o afeto. A afetividade, quando vinculada às pretensões jurídicas de cunho familiar, cujas ações judiciais trazem consigo essa carga sentimental e delicada é capaz de causar constrangimentos indescritíveis às partes.

O afeto é uma evolução no contexto familiar, embora manifestado naturalmente em vários núcleos desse instituto, no decorrer dos anos tomou proporções maiores, principalmente no Brasil, em uma mistura de consciência jurídica e necessidade humana.

Atualmente, o afeto é um princípio visível e palpável, com possibilidades de exigência de aplicação em razão da nova cultura jurídica que através da proteção estatal permite às entidades familiares repersonalizar as relações sociais, centrando-se na dignidade da pessoa humana como sua maior preocupação.

Importa que a Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê em seu art. 1, inciso III a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo o princípio da afetividade e todos os demais princípios norteadores do Direito de Família ferramentas essenciais ao pleno desenvolvimento daquele fundamento. Maria Celina Bodin, ao criticar o Código Civil de 1916, ensina:

[...] é preciso reconhecer que enquanto o Código Civil correspondeu às aspirações de uma determinada classe social, interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção, e cujos protagonistas são o proprietário, o marido, o contratante, o testador – na realidade, roupagens diversas usadas pelo mesmo personagem – a Constituição Federal, ao contrário, pôs a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico ao estabelecer, no art. 1º, III, que sua dignidade constitui um dos fundamentos

³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Temas atuais de Direito e Processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 392.

da República, assegurando, por esta forma, absoluta prioridade às situações existenciais ou extra-patrimoniais.³⁴

Tentar localizar na Constituição a palavra afeto é tarefa impossível, pois o constituinte ao tratar do assunto o reconheceu de forma implícita, seja na união estável como entidade familiar e a sua devida proteção jurídica, ou do modelo de família eudemonista, que se refere à família que busca a realização plena de seus membros, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuos entre os membros que a compõe, independente do vínculo biológico.

Constitucionalista e apreciador do contexto histórico, o professor José Sebastião de Oliveira trata com propriedade em seu livro sobre a afetividade na família contemporânea, “amálgama dos laços familiares”, e no que condiz a situação afetiva é enfático.³⁵

Tentar traçar um paralelo entre o afeto e a dignidade humana, ao ponto de lançar aquele no rol de direitos fundamentais, acaba por forçar um entendimento obscuro, desprovido de essencialidade suficiente para tanto. Em outro viés, se analisado no contexto familiar da personalidade, o qual, provido de afetividade contém todas as condições de desenvolvimento físico e psicológico do indivíduo, de certo é possível atribuir-lhe o caráter de repersonalização da instituição familiar.

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se identificar claramente na Constituição a existência de outros fundamentos essenciais do princípio da afetividade, seja na igualdade de todos os filhos independente da origem (art. 227, §6º, CF), ou da adoção como escolha manejada em virtude de afeto, dando aos adotados direitos iguais ao do filho biológico (art. 227, §§ 5º e 6º, CF), menciona, também, o reconhecimento e a tutela estatal da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, inclusive os adotivos (art. 226, parágrafo 4, CF) e, por fim, direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, CF).³⁶

No mesmo sentido José Sebastião de Oliveira, menciona:

A afetividade não foi esquecida pelo constituinte. Ao mesmo tempo em que estabeleceu como princípio constitucional do direito de família a obrigação de os pais assistirem, criarem e educarem os filhos menores, determinou,

³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. A Constitucionalização do Direito Civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 1999, p. 76.

³⁵ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 233.

³⁶ LÓBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 48.

com a mesma intensidade a obrigação de os filhos maiores ajudarem e ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF).³⁷

A forma implícita com que a Constituição Federal prevê o princípio da afetividade em seu contexto enseja a personalização dos membros familiares, além do contexto consanguíneo ou materialista, ampara através da dignidade a base de uma sociedade carente por afeto.

Os avanços trazidos pelo Código Civil que entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003 contribuíram, e muito, para reger a sociedade atual, apesar de seu conteúdo ter sido projetado no ano de 1975, ou seja, antes mesmo da Lei n. 6.515/77, que estabeleceu a possibilidade da separação judicial e do divórcio.

Destaca-se que, alguns avanços foram trazidos no novo texto legal. A determinação compulsória da perda do sobrenome do marido no nome da mulher, quando da conversão da separação em divórcio, foi suprimida, bem como, excluiu-se o dispositivo que instituíra que o responsável pela separação não tinha direito a alimentos, mesmo sem ter meios de sobreviver.³⁸

Dentre algumas incoerências para com a Constituição Federal, pode-se mencionar que o legislador foi omissivo quando deixou de inserir no texto do Código Civil aspectos evolutivos do Direito das Famílias, as relações entre pessoas do mesmo sexo, denominadas pela jurista Maria Berenice Dias como uniões homoafetivas.³⁹

Infere-se que, a guarda, que a princípio permaneceu inerte no Código Civil de 2002, por conseguinte sofreu alteração na nova redação dos artigos 1583 e 1584, os quais instituíram e disciplinaram a guarda compartilhada, evidente prática do princípio da afetividade em consonância com o melhor interesse da criança. Tão grande a aplicabilidade da afetividade nesse caso, que existe a possibilidade de que a terceira pessoa, a qual detenha os requisitos para tanto, possa ser destinatário da referida guarda. Nesse sentido:

³⁷ “Foi mais longe: demonstrando os valores humanitários de nossos dias, estabeleceu como dever de todas as espécies de família o amparo aos idosos (não só aos parentes, mas a qualquer idoso), assegurando sua integração na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito a uma vida sadia (art. 230, *caput*, CF). (OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 238)

³⁸ “Pela predominância do casamento durante muitos anos, com a vigência do Código Civil de 1916, apenas eram tidos como legítimos os filhos dele decorrentes (art. 337). A nomenclatura antes usada (“legítimos”) fazia que muitas pessoas ficassem excluídas do direito de ter um pai ou, pelo menos, pleitear alimentos. Não é sem razão, portanto, que a Lei n° 8.560, de 29.12.1992, revogou a norma legal que denominou os filhos ilegítimos de “havidos fora do casamento”. (NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual da bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 109-110)

³⁹ DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2006, p. 10.

Considerando que o parágrafo 5, introduzido no art. 1.584 do Código Civil pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, “autoriza a transferência da guarda para pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade”, não se pode afastar a possibilidade de guarda compartilhada de um dos pais com quem efetivamente exerça as funções inerentes ao desenvolvimento e educação da criança.⁴⁰

Diante disso, deve-se reconhecer que o Código Civil procurou atualizar aspectos relevantes do Direito de Família, entretanto, não deu o passo mais significativo, olvidando-se, inclusive, de temas já consagrados pela Constituição Federal Brasileira, sendo, por este motivo, alvo de variadas interpretações, comentários e sugestões de reforma.

Reflexo de uma cultura conservadora, a qual não permite mudanças bruscas de pensamento, com legisladores que articulam politicamente, em prol de interesses pessoais. O Estado, por sua vez, perde o controle dos avanços, anseios e práticas familiares, muitas vezes em razão de uma burocracia transforma a mínima intervenção dos entes estatais em omissão e negligência.

Merece destaque o uso da palavra “afetividade” pelo legislador, quando das disposições da proteção dos filhos nos casos de dissolução de sociedade ou do vínculo conjugal. O § 5º do art. 1.584 do Código Civil dispõe que, quando for observado que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, levando em consideração o grau de parentesco e relação de afinidade e “afetividade”, nos termos da legislação específica. Sobre essa passagem do Código, manifesta-se Maria Berenice Dias, aduzindo que ainda que tenha havido grande esforço por parte do legislador na elevação do afeto a valor jurídico, o mesmo mostrou-se tímido ao criar disposições legais delimitando apenas situações pontuais.⁴¹

Não obstante o entendimento da ilustre jurista, os passos estão sendo realizados na construção de uma legislação compatível com a doutrina e a jurisprudência, em vista dos anseios sociais, esculpindo mudanças vindouras com caráter afetivo nas normas de Direito de Família, como já se observa no estabelecimento da comunhão plena de vida no casamento (art. 1.511) e na consagração da igualdade de filiação (art. 1596), trazidos pelo Código Civil.

⁴⁰ “Cite-se decisão pioneira do Desembargador Custódio de Barros Tostes, em 2002, ainda titular da 17ª Vara de Família da Comarca da capital (TJ/RJ), na qual deferiu a guarda compartilhada de uma criança à mãe e à avó paterna, justificando que a criança vinha sendo criada, educada, e assistida por esta última.”. (DELGADO, Mário; COLTO, Mathias. *Guarda compartilhada/coordenadores*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 347)

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 68.

Importante aspecto de aplicação, ou não, das obrigações matrimoniais é o *affectio maritalis (ratio essendi)*, sem o qual, não existe razão de determinado regime de bens. Assim pondera José Sebastião de Oliveira:

O casamento gera um complexo de direito-deveres. Seria adverso aos valores sociais cindir o que não é cindível, ou seja, aceitar a inexistência de vida em comum entre os cônjuges, mas deferir a repartição de bens adquiridos durante a separação de fato. Parece, *data vênia*, contraditória esta solução. Não havendo mais afetividade, não existe razão para manutenção, aos olhos da sociedade, de uma estrutura formal e vazia de fundamento.⁴²

Embora impossível de se obrigar, a afetividade por vezes deve ser presumida e exigida, para fins de aplicação das obrigações inerentes aos direitos de sobrevivência da prole ou ex-companheira, ao ponto de cada qual exigir aquilo que lhe provém juridicamente, com direito de pleitear a reparação dos danos provenientes da falta de assistência afetiva.⁴³

Finaliza-se assim que a afetividade é o princípio norteador do direito de família que garante a aplicabilidade e a eficácia do reconhecimento dos direitos da personalidade, principalmente no tratamento e na formação do transexual no seio familiar.

5 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRANSEXUAL

O direito da personalidade é um direito subjetivo, de caráter não patrimonial, que visa, na verdade, tutelar a própria pessoa humana, a sua dignidade e integridade. Neste sentido, tem-se que os bens tutelados não são palpáveis, mas totalmente subjetivos, pois estão ligados diretamente ao sentimento do ser humano, da pessoa.

Observe-se que, sendo subjetivo, o direito da personalidade não tem como ser transferido à terceiro, mesmo diante da morte do seu titular. Por outro lado, é um direito absoluto, com efeitos *erga omnes*.

⁴² OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do direito de família São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 243.

⁴³ “A afetividade, como princípio jurídico, na se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. [...] Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência. No caso dos cônjuges e companheiros, o dever de assistência, que é desdobramento do princípio jurídico da afetividade (e do princípio fundamental da solidariedade que perpassa ambos), pode projetar seus efeitos para além da convivência, como a prestação de alimentos e o dever de segredo sobre a intimidade e a vida privada”. (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 48-49).

Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, define personalidade como: “5. *Filosofia geral.* a) Conjunto de qualidades da pessoa; b) função psicológica pela qual o indivíduo considera-se como um eu uno e permanente (Lalande).”⁴⁴

Seguindo tal definição, introduzem-se como alguns dos fatores fundamentais ao ser humano, o *conjunto de qualidades*, o sexo e o nome, pois é inegável que tais elementos são de suma importância ao perfeito desenvolvimento do mesmo. Desde o nascimento, a pessoa se identifica com o *nome* que lhe foi atribuído, bem como com a aparência da genitália, o sexo.

A *função psicológica* é justamente a fusão do convencimento interno, aquilo que ele pensa que é, com a sua aparência e nome, aquilo que ele é.

É pacífico que o nome é um direito da personalidade, contudo, sempre que a discussão abrange o tema sexo e sexualidade, esta torna-se delicada, em decorrência do efeito moral que o tema exerce sobre as pessoas.

A identidade e o sexo são elementos formadores da personalidade, uma vez que normalmente estão em consonância um com o outro, resultando na identidade de gênero. Portanto, esta faz parte da personalidade do ser humano.

Neste sentido, Raul Cleber da Silva Choeri, assevera que:

“A identidade sexual, como integrante da identidade humana, compartilhando desse mesmo interesse existencial, deve ser igualmente tutelada e constituir, assim, objeto de direito subjetivo de personalidade.”⁴⁵

Assim, o nome e a identidade de gênero e a orientação sexual são direitos personalíssimos, devendo serem tutelados pelo Estado.

O Estado já tem assegurado aos transexuais, o direito a cirurgia de readequação de sexo, onde cumpridas as formalidades previstas, pode o transexual, através de um ato cirúrgico, ter adequado o sexo biológico ao gênero psicológico, harmonizando a sua identidade sexual.

O procedimento é assegurado através da Resolução nº 1.482/1997, do Conselho Federal de Medicina, que autoriza a cirurgia de transgenitalização, definindo o transexual como “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à auto mutilação e ou autoextermínio;”.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico A-Z*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3. p. 581.

⁴⁵ CHOERI, Raul Cleber da Silva Choeri. *O direito à identidade na perspectiva-constitucional*. São Paulo: Renovar, 2010, p. 135

Verifica-se, que o direito da personalidade relativo a identidade sexual é assegurado ao transexual, porém, o sexo não. Após a redesignação sexual, através de cirurgia, o transexual tem que buscar o judiciário para ter adequado o seu registro civil à sua nova realidade, ou melhor, ao seu novo sexo, necessitando da retificação do sexo e de novo prenome.

Contudo, não é certeza que o transexual terá o seu registro de nascimento retificado, pois não há no ordenamento jurídico pátrio previsão legal para tanto, pelo contrário, o artigo 58 da Lei 6.018/1973, Lei dos Registros Públicos, prevê a imutabilidade do nome.

A corrente majoritária doutrinária defende a imutabilidade do prenome do indivíduo, para tanto se apegam em argumentos como a segurança jurídica da coletividade, erro essencial quanto a pessoa, a possibilidade de casamento, dentre outros argumentos.

Contudo, vedar o transexual operado de ter seu registro civil retificado torna-se contraditório.

Luiz Alberto David Araújo, traça as seguintes linhas:

Há incoerência evidente. Se a Medicina, a Psicologia e a Psicanálise entendem que a cirurgia é necessária, como forma de eliminação da angústia, para o direito o indivíduo ainda viverá a mesma angústia. Questões práticas de vivência mínima levam à imediata revisão do pensamento daqueles que entendem que o registro civil não deve ser alterado. Imaginemos a ida a um banheiro público, por exemplo. Evidentemente que a pessoa deverá buscar o banheiro para o seu sexo, já que, transformado, vive e pensa como tal. Mas, quando constatado seu estado jurídico, poderá sofrer sanções por entrar em banheiro feminino, sendo homem.⁴⁶

Denota-se, que o tema traz as mais diversas manifestações, pois está intimamente ligado aos conceitos e preconceitos morais da sociedade, quando este se trata da sexualidade.

Em resposta, invoca-se os princípios anteriormente exposto, da dignidade da pessoa humana e da personalidade, pois há que se analisar os bens tutelados. De um lado há a hipotética lesão de direitos de terceiros e à uma suposta segurança jurídica. Do outro lado, há a situação concreta e evidente da angústia do indivíduo, e o direito constitucional à sua personalidade e dignidade.

Não se pode considerar digno que um ser humano que é física e psicologicamente de um sexo seja obrigado a manter em seu registro civil, e demais documentos, o sexo e nome que não condiz com a realidade. É evidente que não há equilíbrio na balança que pesa estes valores.

⁴⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo, Saraiva: 200. p.134.

Quanto as argumentações em contrário, também há resposta. Quando do nascimento, o sexo é atribuído pela aparência da genitália, contudo, no caso do transexual este não corresponde ao sexo psicológico. Assim, no caso do transexual, tem-se que o registro de nascimento, em verdade, foi lavrado com evidente erro essencial quanto a pessoa, uma vez que não há como aferir o gênero do recém nascido, sendo anulável o ato.

Na mesma esteira permanece a alegação da possibilidade do casamento ferir direito de terceiro. Neste caso, terá o cônjuge incidido em erro essencial quanto a pessoa, podendo anular o ato. Observe-se, que o legislador ‘não impôs a nulidade do ato, pelo contrário, deixou prevalecer a vontade do cônjuge quanto a anular ou não o casamento, pois o ato é anulável e não nulo.

O transexual operado harmoniza a relação do gênero psicológico como o do sexo físico, faltando-lhe apenas adequar o registro civil, e, quando o tiver, estará completo no que diz respeito à sua sexualidade, ou seja, a harmonia entre o gênero, o sexo e o registro civil.

Ainda sob o argumento do casamento, os que defendem a imutabilidade do registro civil, defendem o direito de procriar. Este argumento é demasiadamente frágil. Observe-se no mundo moderno a quantidade de pessoas estéreis, seja por características congênicas ou adquiridas, não sendo crível aceitar tal fato como óbice à regularização da situação do transexual.

Não obstante técnicas de reprodução humana assistida podem por sua vez propiciar a realização de um projeto parental com respaldo nos princípios da paternidade responsável e do planejamento familiar.

Conclui-se que os direitos da personalidade do transexual são infringidos na negativa da mudança do nome e da readequação sexual. Afere-se por fim que, atualmente referidos direitos vem sendo reconhecidos e tutelados como a efetivação do poder judiciário, que concretiza a dignidade dos transexuais.

6 RELAÇÕES FAMILIARES E TRANSEXUALIDADE

Todo homem ao nascer torna-se membro integrante de uma entidade natural: o organismo familiar. Durante toda a sua existência, conserva-se ligado à essa família, mesmo constituindo uma nova família com o casamento ou a união estável. A sociedade quando é composta por famílias constituídas em afeto e respeito, é uma sociedade fortalecida e bem estruturada.

No entendimento de Georg Wilhelm Friedrich Hegel

Como substancialidade imediata do espírito, a família determina-se pela sensibilidade de que é uma pelo amor, de tal modo que a disposição de espírito correspondente é a consciência em si e para si e de nela existir como membro, não como pessoa para si.⁴⁷

A família é o meio pelo qual cada indivíduo deveria se reconhecer enquanto pessoa e proporcionar a felicidade, porém a mesma pode se transformar nas angústias, nas frustrações, nos traumas e em medos, de integrantes que não se enquadram no padrão social aceito, como é o caso da transexualidade.

Para o psicanalista Jacques Lacan:

“entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos. Ela estabelece desse modo, entre as gerações, uma continuidade psíquica cuja causalidade é a ordem mental”⁴⁸.

É no âmbito familiar que os indivíduos desenvolvem as primeiras fases da vida, compreendendo o desenvolvimento da personalidade e a identidade dos seus integrantes, que se moldam e os prepara para uma inclusão no seio social.

Entretanto, a sexualidade humana sempre foi um *tabu* no seio familiar brasileiro, todavia tanto a orientação afetiva sexual como a identidade de gênero é uma realidade, porém mesmo fazendo parte deste fato, em sua maioria as pessoas tendem a excluir e vitimizar seus integrantes que não se enquadram na heteronorma.

Segundo David Willian Foster:

Por heteronormatividade, entende-se a reprodução de práticas e códigos heterossexuais, sustentada pelo casamento monogâmico, amor romântico, fidelidade conjugal, constituição de família (esquema pai-mãe-filho(a)(s)). Na esteira das implicações da aludida palavra, tem-se o heterossexismo compulsório, sendo que, por esse último termo, entende-se o imperativo inquestionado e inquestionável por parte de todos os membros da sociedade com o intuito de reforçar ou dar legitimidade às práticas heterossexuais.⁴⁹

É por falta de conhecimento e até mesmo uma cultura ocidental cristã, que a família mesmo que indiretamente exclui e vitimiza aqueles que não fazem parte do padrão social, que

⁴⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Pág. 149.

⁴⁸ LACAN, Jacques. *Os complexos Familiares*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1985. p. 13.

⁴⁹ FOSTER, David Willian. Consideraciones sobre el estudio de la heteronormatividade en la literatura latinoamericana. *Letras: literatura e autoritarismo*, Santa Maria, n. 22, jan./jun. 2001. p. 19

no caso é, se um indivíduo nasce com o cromossomo XX, sendo esta fêmea deverá ter sua identidade de gênero feminina, se nasce com o cromossomo XY, sendo este macho deverá ter sua identidade de gênero ser masculino.⁵⁰

A falta de compreensão sofrida pelo transexual no âmbito familiar ainda é muito grande, e em casos extremos a violência física, pode acarretar a morte.

Para Simone de Beauvoir o fenômeno da exclusão vitimiza qualquer indivíduo que se encontra em um grupo inferiorizado, ainda que tal agressão ocorra dentro do seio familiar, mencionando que:

[...] quando um indivíduo ou um grupo de indivíduos é mantido numa situação de inferioridade, ele é de fato inferior; mas é sobre o alcance da palavra *ser* que precisamos entender-nos; a má-fé consiste em dar-lhe um valor substancial quando tem o sentido dinâmico hegeliano; *ser* é ter-se tornado, é ter sido feito tal qual como se manifesta; o problema consiste em saber se esse estado de inferioridade, bem como o tratamento dado deve perpetuar-se⁵¹.

O transexual é dotado de personalidade, todavia violações de direitos tanto na sociedade como no âmbito familiar ocorrem todos os dias. A legislação pátria protege a pessoa e na Constituição Federal de 1988, isso restou claro, pois o legislador Constituinte elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Trata-se não apenas de um valor como de um princípio e, também, de um direito da personalidade, um direito fundamental e um direito humano.

Afere-se ainda que, os direitos fundamentais é uma qualidade inerente ao ser humano, pois é detido de valor supremo, atuando como alicerce na ordem jurídica democrática, onde David Pardo, explica:

(...) identifica como fundamentais todos aqueles direitos declarados em uma comunidade política organizada, para satisfação das necessidades ligadas ao reconhecimento dos princípios da liberdade, igualdade e dignidade humana; todos conformes com o momento histórico e reconhecidos na ordem jurídica constitucional.⁵²

⁵⁰ CERQUEIRA, Elizabeth Kipman (org.). *Sexualidade, gênero e desafios bioéticos*. São Caetano do Sul: Difusão. 2011. p. 46.

⁵¹ BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 6 ed. Rio de Janeiro: nova fronteira, 1980. p. 54.

⁵² PARDO apud MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.40.

A dignidade da pessoa humana, como fundamento da República vem como “uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento⁵³”. Valor este que é atribuído a todo homem. Dessa forma, o transexual também é detentor de dignidade.

A constituição Federal em seu artigo 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 em seu inciso III – a dignidade da pessoa humana; (...)”⁵⁴.

Denota-se ainda que tal preceito uma vez consagrado na Constituição Federal, ainda é abordado e trabalhado no art. 226, § 7º da Constituição Federal, que segundo o ensinamento de Zulmar Fachin:

A dignidade da pessoa humana é o valor fundante do estado brasileiro (art. 1º, inc. III) e inspirador da atuação de todos os poderes do Estado e do agir de cada pessoa. Tal valor está presente, de modo expresso ou implícito, em todas as partes da Constituição. Um exemplo bastante claro pode ser encontrado no campo do direito de família: o planejamento familiar, livre decisão do casal, deve estar findado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 226,§ 7º).⁵⁵

Tem-se ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito de família traz como instrumento o respeito à personalização do homem e de sua família, todavia o transexual pertence a uma família, e esta deve tratá-lo com dignidade.

Entretanto, o que se observa é que as maiorias dos transexuais vivem à margem da sociedade, e não em um ambiente familiar, e por ter a sua sexualidade diversa, mais precisamente a sua identidade de gênero discrepante com o sexo biológico, muitas famílias optam por excluí-los ou até mesmo negar mutua assistência.

É impossível, quando se fala em dignidade da pessoa humana, concordar que a pessoa ceda, renuncie ou negocie sua dignidade, como é o caso dos transexuais, que ao renunciarem o gênero a que pertencem, e até mesmo suas origens, não detém de reconhecimento para com os seus entes familiares. “Quando se trata da proteção da dignidade do ser humano, não podemos admitir tergiversação. A dignidade do ser humano exige

⁵³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.48.

⁵⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2013.

⁵⁵ FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 198.

proteção máxima, inegociável⁵⁶”. Não menos a dignidade do transexual que também é inegociável.

No mesmo sentido, a personalidade é um atributo que caracteriza o ser humano, determinando como ele é; uma característica que o identifica e o individualiza. Cada atributo do indivíduo corresponde a um direito, e, por esse motivo, suas particularidades não são elencadas em rol taxativo, estando algumas delas regulamentadas e protegidas em lei, sendo outras descobertas conforme são violadas.

Os direitos decorrentes da personalidade podem ser conceituados como aqueles que têm por objeto atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e de sua projeção social⁵⁷. Diante de tal conceituação, pode-se afirmar que toda vez que há uma transgressão da identidade de um transexual os direitos da personalidade desta, é violada, toda via a sua dignidade é afrontada.

Desta forma, a exclusão do convívio familiar sofrida pelo transexual, compromete a integridade psíquica, viola um direito da personalidade e a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a família pode ser vista como um instrumento⁵⁸ de exclusão social, pois em vez de incluir ela abandona um de seus membros.

A violência e abuso psicológico sofrido pelo transexual no ambiente familiar é corriqueiro, uma vez que para essas pessoas a família deixou de ser um abrigo seguro para se tornar mais uma forma de excludente social.

Leciona Renato Vasconcelos Magalhães:

A família, longe de ser aquele lugar seguro dos românticos, constitui o espaço onde mais ocorrem crimes na sociedade, sejam perpetrados contra os jovens e as crianças, sejam contra os idosos ou as mulheres, sendo perpetrada ainda com maior intensidade quando os filhos tem uma orientação sexual diversa da heterossexual⁵⁹.

⁵⁶ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de direito privado*, São Paulo, n.24, out.-dez. 2005, p. 29.

⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2002. v. 1. p.144.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

⁵⁹ MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. As escusas absolutórias do código penal e os crimes patrimoniais de gênero a proteção da nova ordem jurídica aos direitos humanos das Mulheres. In *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI* realizado em Florianópolis - SC nos dias 13, 14, 15 e 16 de Outubro de 2010, p. 1371-1387. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>, acessado em 15 de out./2012.

Neste caso a orientação sexual se estende a identidade de gênero, pois muitos autores as colocam em um mesmo aspecto, tão somente a família deixa de ser um local seguro para o transexual e passa a ser um local de violência e opressão.

Por fim essas violações de direitos fazem com que, em sua maioria os transexuais, deixe a família muito cedo e viva a margem da sociedade, ainda preconceituosa e não solidária, onde quem não se enquadra nos padrões sociais apresentados como aceitáveis devem ser estigmatizado e conseqüentemente excluído, deixando transparecer uma falsa moralidade e igualdade social.

7 CONCLUSÃO

O tema abordado nesta pesquisa é de fundamental importância, pois alcança uma realidade social pouco explorada, o princípio da afetividade nas relações familiares e transexualidade.

A transexualidade é arraigada de preconceitos e *tabus*, além de uma falsa ideia de doença e até mesmo perversão, porém o que se observa atualmente é a gama de estudos acerca da sexualidade humana e suas manifestações dentre ela a identidade de gênero.

Os transexuais são acometidos pela discrepância entre o sexo biológico e o gênero psicológico, determinado por um laudo e diagnosticado como transtorno de sexualidade, esta compreende na rejeição das características biológicas, por não compreenderem o gênero que este indivíduo pertence.

Entender que o instituto familiar é o alicerce de reconhecimento e desenvolvimento dos seus membros, a afetividade por sua vez é o meio pelo qual esses indivíduos convivem e se relacionam, é efetivar princípios constitucionais como o da dignidade humana, pois a família como base norteadora da sociedade tem o dever de proteger e promover seus membros de abusos e violações de direitos.

Afere-se nos dias atuais que as relações familiares são abordadas na falta de cuidado e por sua vez na carência do afeto, principalmente quando um de seus membros distingue-se da heteronormatividade, como é o caso dos transexuais, vitimizados pela grande parte da sociedade, que desconhece o seu conflito e situação. Como consequência deste pré-conceito acerca do tema, as famílias tendem a excluir, a negar, a esconder, a vitimizar ou até mesmo a abandonar seus entes, por causa de sua disforia de gênero, agindo discriminatoriamente e excluindo seus entes de seu seio familiar e social, esquecendo-se que a família não pode violar tais direitos, pois seu papel consiste na formação e dignificação dos mesmos.

Ressalte-se ainda que os transexuais vivem a margem da sociedade por não terem um espaço, ainda mais quando são negados por suas próprias famílias, pois a falta de reconhecimento é o fator chave para que essas pessoas possam ser incluídas na sociedade, e por sua vez assumir o papel social a que são destinadas como seres humanos detentores de direitos e deveres, resguardando assim o princípio da igualdade.

O Estado por sua vez, deve propiciar esse conhecimento e inclusão dos transexuais, por intermédio políticas públicas de promoção humana, no qual esses indivíduos possam realizar-se socialmente e garantir sua inclusão no seio social.

Conclui-se que o princípio da afetividade, por consequência o afeto é o elo entre a família e os transexuais, a falta deste vínculo produz consequências nefastas ao desenvolvimento dessas pessoas bem como sua exclusão da sociedade. A família base da sociedade deve superar os obstáculos do preconceito e da discriminação, resguardando os direitos de seus integrantes, efetivando assim os princípios da paternidade responsável e da dignidade humana.

8 REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de direito privado*, São Paulo, n.24, out.-dez. 2005.

ARÁN, Márcia; Zaidhaft, Sérgio; Murta, Daniela. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000100008> . Acesso em: 11/10/2011.

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

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos da família: dos fundamentais aos operacionais*. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). São Paulo: Imago, 2003.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 6 ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1980.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm>. Acesso em: 16 mar. 2013.

CERQUEIRA, Elizabeth Kipman (org.). *Sexualidade, gênero e desafios bioéticos*. São Caetano do Sul: Difusão. 2011.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva-constitucional*. São Paulo: Renovar, 2010.

CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.955/2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm> . Acesso em: 14 mar. 2013.

DELGADO, Mário; COLTO, Mathias. *Guarda compartilhada/coordenadores*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico A-Z*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FARINA, Roberto. *Transexualismo: Do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias*. São Paulo: Nova lunar, 1982.

FOSTER, David Willian. Consideraciones sobre el estudio de la heteronormatividade en la literatura latinoamericana. *Letras: literatura e autoritarismo*, Santa Maria, n. 22, jan./jun. 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2002. v. 1.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 149.

LACAN, Jacques. *Os complexos Familiares*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1985.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *O Direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

- _____. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/130>>. Acesso em: 16 mar. 2013.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. As escusas absolutórias do código penal e os crimes patrimoniais de gênero a proteção da nova ordem jurídica aos direitos humanos das Mulheres. In *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI* realizado em Florianópolis - SC nos dias 13, 14, 15 e 16 de Outubro de 2010, p. 1371-1387. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>, acessado em 15 de out./2012.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas. 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin. *A Constitucionalização do Direito Civil*. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 1999.
- NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual da bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PARDO apud MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Temas atuais de Direito e Processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PERES, Ana Paula Ariston Bario. *Transsexualismo: O direito a uma nova identidade sexual*. São Paulo: Renovar, 2001.
- PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf >. Acesso em 13 mar. 2013
- SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e Possibilidade do direito de redesignação do estado sexual*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. O direito à mudança de sexo do transexual. *Revista Jurídica Consulex*. Ano 8, nº 181. 31 de Jul. 2004.
- _____. O direito à mudança de sexo do transexual. *Revista Jurídica Consulex*. Ano 8, nº 181. 31 de Jul. 2004.
- ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. In: *Horizontes Antropológicos*. v.12, n. 26, Porto Alegre, jul-dez. 2006.

DO ABANDONO AFETIVO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL: DO EXERCÍCIO DE UMA PATERNIDADE IRRESPONSÁVEL

AFFECTIVE ABANDONMENT DUE TO SEXUAL ORIENTATION: THE PURSUIT OF
AN IRRESPONSIBLE PARENTHOOD

Marcela Gorete Rosa Maia Guerra¹

Francielle Lopes Rocha²

RESUMO: A Constituição Federal de 1988, no art. 226, §7º, consagrou o direito do casal ao livre planejamento familiar, mas concomitantemente estabeleceu uma série de princípios que devem nortear referida decisão, como por exemplo, os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. O exercício da paternidade responsável envolve uma verdadeira integração dos valores constitucionais, a fim de que, nas relações familiares, os direitos da personalidade, incluindo o exercício da sexualidade, das crianças e adolescentes sejam efetivamente resguardados pelos seus pais, pela sociedade e também pelo Estado. Dentre referidos valores constitucionais, implicitamente encontra-se a afetividade. O afeto, atualmente, tornou-se o principal elemento das relações familiares, possibilitando, inclusive, indenização por danos morais contra os pais em razão do abandono afetivo. Contudo, faz-se necessário analisar o abandono afetivo praticado pelos pais em virtude da orientação sexual de seus filhos, principalmente, tratando-se de pais heterossexuais e de filhos homossexuais. O preconceito ainda tem a porta de abertura nas próprias relações familiares, e os danos para estas crianças e adolescentes em virtude da discriminação, da violência homofóbica, do conseqüente abandono afetivo são irreversíveis, devendo ser indenizados.

Palavras-chave: Paternidade responsável. Dignidade humana. Afetividade. Orientação sexual.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988, art. 226, § 7, consecrated the right of a free family planning to couples, but concomitantly established a number of principles that should guide this decision, for example, the principles of human dignity and responsible parenthood. The exercise of responsible parenthood involves a genuine integration of constitutional values, in order to, in family relationships, the personality rights, including sexual activity, of children and adolescents are effectively guarded by their parents, by society and by the State. Among those constitutional values, there is affection implicitly. Affection currently became the main element of family relationships, enabling even punitive damages against parents because of affective abandonment. However, it is necessary to analyze the affective abandonment practiced by parents because of the sexual orientation of their children,

¹ Discente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas – PPGCJ no Centro Universitário de Maringá – CESUMAR, advogada em Maringá/PR.

² Discente do curso de graduação em Direito pelo Centro Universitário de Maringá-CESUMAR, Maringá/PR. Orientadas por Valéria Silva Galdino Cardin, professora da Universidade Estadual de Maringá e do Centro Universitário de Maringá-PR; mestre e doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; pós-doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa. Advogada em Maringá-PR. Endereço eletrônico: valeria@galdino.adv.br.

especially in the case of heterosexual parents and homosexual children. Prejudice still has an entrance door on family relationships properly, and the damage to these children and adolescents because of discrimination, homophobic violence and the consequent affective abandonment are irreversible and must be indemnified.

Key-words: responsible parenthood. human dignity. affection. sexual orientation.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 valorizou os vínculos familiares, tendo por referencial os princípios da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana, da convivência familiar e implicitamente da afetividade.

A partir das normas constitucionais, o planejamento familiar deve ser exercido de forma responsável. Isto representará uma série de obrigações para o casal em relação aos seus filhos que estão sob o poder familiar.

Depreende-se que neste novo paradigma, o dever jurídico dos pais não se restringe apenas à assistência material e ao sustento dos filhos, mas ao dever de assistência moral, psicológica, inclusive à orientação sexual, ou seja, um verdadeiro dever de cuidado.

Ressalte-se que a ausência de afeto nas relações familiares gera danos irreparáveis, capazes de desestruturar psicologicamente o ser humano. Por isso, a discussão acerca do abandono afetivo dos pais tornou-se assunto de grande relevância para o direito.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº. 1.159.242-SP, pela primeira vez, reconheceu que a ausência de afeto gera dano e que este deve ser indenizado.

É importante, ainda avaliar qual o verdadeiro sentido da convivência familiar, tendo por base os demais princípios constitucionais. Afinal, será que a coabitação entre os pais e os filhos, por si só, compreende o real sentido da paternidade responsável e da convivência familiar? É possível afirmar que na relação dos pais e dos filhos que convivem sob o mesmo recinto, há o devido respeito aos direitos personalíssimos da criança ou do adolescente?

Dentro dos direitos personalíssimos da criança e do adolescente, está o exercício da sexualidade. Trata-se de direito fundamental elementar para a própria dignidade humana, e que deve ser garantido também no exercício da paternidade responsável, através da assistência psicológica, moral, afetiva, e à orientação sexual.

Tendo em vista os inúmeros conflitos das famílias por consequência do preconceito e da discriminação dos pais em relação à orientação sexual diversa da heterossexual de seus

filhos, faz-se necessário a análise do abandono afetivo em razão da orientação sexual dos filhos, verificando, *a priori*, sua incidência na sociedade, e posteriormente quais as consequências para a vida da criança e do adolescente, tanto no âmbito social quanto no jurídico.

Neste trabalho científico, foi utilizado o método teórico que consiste na pesquisa de obras e artigos de periódicos especializados que tratam do assunto. Também foi utilizado o método teórico empírico, por meio de dados estatísticos que corroboram a teoria do abandono afetivo em razão da orientação sexual.

2 DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

A paternidade responsável, ao lado da dignidade da pessoa humana, é um princípio constitucional que fundamenta o planejamento familiar e está previsto no § 7º, do art. 226 da Constituição Federal³. O planejamento familiar é um direito consagrado pela Constituição que permite ao casal decidir livremente acerca da formação da família, ou seja, o número de filhos, os intervalos de cada gestação, sem que haja qualquer intervenção pública ou privada, desde seja respeitado pelo casal os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

É possível identificar o princípio da paternidade responsável na legislação infraconstitucional, nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e no inc. IV, do art. 1.566 do Código Civil⁴.

A partir de referidas disposições legais, pode-se conceituar a paternidade responsável como a obrigação dos pais em prover a assistência material, intelectual, moral, e afetiva aos

³ § 7º, art. 226, CF/88: 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. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 12 mar. 2013

⁴ Lei 8.069/90:

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

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 12 mar. 2013

⁴ Art. 1.566, CC. São deveres de ambos os cônjuges:

[...]

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 12 mar. 2013>.

filhos⁵. Mais que isto, garantir que a dignidade do menor vulnerável sujeito ao poder familiar seja preservada. Por isso, o legislador ao dispor acerca do planejamento familiar, ressalva que a livre escolha do casal deve respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, ao lado da paternidade responsável. Afinal, inexistente paternidade responsável quando não há o respeito ao princípio da dignidade humana da criança e do adolescente.

Todo o ser humano tem o direito a uma vida digna, e, por consequência, ser respeitado em sua integridade física, psicológica e espiritual, assegurando-se, assim, os direitos da personalidade, especialmente quando se tratam de crianças e adolescentes, que não possuem condições de subsistência e desenvolvimento próprios. Neste caso, é de suma importância que exista uma tutela diferenciada para garantir a real efetivação dos direitos dos menores que vivem sob o poder familiar, a fim de que possam ter um desenvolvimento físico e psicológico adequado e saudável.

Neste sentido, o direito à escolha da orientação sexual é um direito personalíssimo atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um direito fundamental que decorre da própria condição humana e, por conta disto, caso não seja assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade estará infringindo uma série de princípios, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, bem como os princípios da paternidade responsável, da convivência familiar e da afetividade, quando a violação do direito à orientação sexual partir da própria entidade familiar⁶.

A paternidade responsável significará, portanto, uma verdadeira unificação dos valores constitucionais em defesa dos interesses da criança e do adolescente, inclusive em relação à orientação sexual do menor. Representa para os pais o indubitável dever de respeitar plenamente os direitos assegurados às crianças e adolescentes, em especial os declarados na Convenção de Direitos da Criança de 1989 pela UNICEF⁷, os consagrados pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, os quais juntos pretendem garantir o efetivo respeito à dignidade da pessoa humana do menor, assegurando o seu desenvolvimento em um ambiente digno que promova a adequada saúde física, mental, intelectual do mesmo, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência,

⁵ CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do Planejamento Familiar, da Paternidade Responsável e das Políticas Públicas. 2009. (Apresentação de Trabalho/Congresso). p. 7.

⁶ CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Leticia Carla Baptista. Do Planejamento Familiar e da Paternidade Responsável na União Homoafetiva. In: CONPEDI. (Org.). XX Encontro Nacional do CONPEDI - Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 6-7.

⁷ Convenção de Direitos da Criança de 1989. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em 13 mar. 2013.

crueldade e opressão⁸. Trata-se também da aplicação do princípio da proteção integral da criança e adolescente e do melhor interesse da criança nas relações familiares⁹.

O exercício da paternidade responsável ultrapassa, portanto, a assistência material, envolvendo o dever de cuidado, que se traduz também na *afetividade*:

Os genitores, na assunção de seus papéis de pais (não somente genitores), devem cuidar para que seus encargos não se limitem ao aspecto material, ao sustento. Alimentar o corpo sim, mas também cuidar da alma, da moral, do psíquico. Estas são as prerrogativas do poder familiar (...)¹⁰.

O afeto adquiriu o “status” de princípio, sendo reconhecido pelo nosso sistema jurídico brasileiro. Atualmente, o ordenamento jurídico prevê a formação de entidades familiares por relações que tenham o afeto e o sentimento de solidariedade com o outro. Neste sentido, são reconhecidas, por exemplo, as uniões estáveis de casais homossexuais e os vínculos familiares entre pais e filhos não biológicos¹¹.

A afetividade, no exercício da paternidade responsável irá representar para a criança e o adolescente o direito à *convivência familiar* saudável, ou seja, o direito de serem amparados moral e psicologicamente pelos seus pais. Do mesmo modo, o afeto também constitui fundamento indispensável ao exercício da paternidade responsável, equivale ao dever de cuidado, à assistência psicológica e que os pais devem ter em relação aos filhos.

O exercício da paternidade responsável revela um benefício para as crianças, na medida em que estas passam a ter a devida assistência material, intelectual, moral, afetiva, e a consequente assistência à orientação sexual, fazendo com que os direitos da personalidade do menor sejam concretizados, tais como o direito à vida, à integridade física e psicológica, à convivência familiar, ao exercício da sexualidade, ao afeto, dentre outros¹².

⁸Art. 227, *caput*, CF/88: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 mar. 2013 V. arts. 3º e 4º da Lei 8.069 *alhures*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 12 mar. 2013.

⁹DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 65.

¹⁰SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho. Revista Brasileira de Direito de Família. Ano VI - nº. 25. Porto Alegre: Síntese, ago/set 2004.

¹¹DIAS, Maria Berenice. op. cit. p. 67.

¹²CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Aspectos inovadores da nova lei de adoção sob a perspectiva do Planejamento Familiar, da Paternidade Responsável e dos Direitos da Personalidade. Revista Jurídica CESUMAR. Mestrado, v. 10, p. 537-565, 2010 p. 4.

Por outro lado, mesmo diante de todos os princípios e leis acima relacionados, não são raros os casos de afronta aos direitos dos menores, no próprio âmbito familiar. O descaso dos pais em relação aos filhos faz com que estas crianças e adolescentes tenham suas dignidades afrontadas por conta do exercício irresponsável da paternidade. A situação ainda é mais agravante quando crianças e adolescentes possuem orientação sexual diversa dos seus pais, principalmente se tratando de filhos homossexuais criados por pais heterossexuais.

Atualmente, com frequência a imprensa noticia casos em que adolescentes sofrem violação de seus direitos personalíssimos pelos seus próprios entes familiares. O desrespeito ao exercício da sexualidade dos filhos pelos pais gera riscos à própria integridade psíquica, física, e a própria dignidade do menor, que pelo fato de estar em processo de formação pessoal, está sujeito a males irreversíveis em sua vida.

3 DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

Muito embora os princípios constitucionais de igualdade e dignidade da pessoa humana possuam força normativa, pode-se afirmar que o sujeito exerce um comportamento condizente com a moral e a cultura a qual se insere. Ressalta-se, que tal comportamento é subjetivado por práticas reiteradas de naturalização que estabelecem quais condutas são consideradas normais, bem como aquelas que causam estranhamento. Deste modo, questões de foro íntimo, como a sexualidade, quando considerada desconexas à moral e aos costumes, tornam-se meio para o desencadeamento de práticas de intolerância e preconceito, causando assim, o desrespeito aos preceitos fundamentais supracitados.

A sexualidade humana não se restringe somente à simples orientação sexual. Observa-se a existência de aspectos que a integram como os conceitos de sexo; onde são feitas as distinções biológicas primárias e secundárias entre fêmeas e machos; de gênero, o qual a influência histórica e cultural na construção das diferenças entre homens e mulheres é considerada categórica para o exercício da feminilidade e masculinidade; de identidade de gênero, que corresponde à percepção do sujeito em torno de si próprio; e de expressão de gênero, que vem a ser como o sujeito exterioriza seu gênero. É necessário ressaltar, que não há imperativa correspondência entre o sexo biológico, de gênero e identidade de gênero.

A orientação sexual, por sua vez, refere-se não somente à atração sexual, mas também, à afetiva e emocional que o sujeito vivencia, podendo ser heterossexual, quando a atração ocorre entre pares de gêneros opostos; homossexual, quando da atração entre pares iguais; bissexuais, onde o interesse revela-se por ambos os gêneros; assexuais, quando

indivíduos não sentem atração sexual por gênero algum; e pansexuais que são pessoas cuja identificação com o outro independe do gênero, orientação, papel e identidade sexual¹³. Apesar das várias possibilidades de orientação sexual do sujeito, a discussão se dará em torno da homoafetividade.

Historicamente estigmatizados, levados à margem da sociedade pela tradição heteronormativa, os homossexuais tiveram suas práticas afetivas fortemente embatidas. A homossexualidade fora patologizada no século XIX. O posicionamento da classe médica acerca do tema considerava a relação sexual entre pares do mesmo sexo como uma degeneração. Em decorrência dessa visão patológica, temia-se que a homossexualidade pudesse se “espalhar” pela sociedade se não fosse fortemente reprimida¹⁴.

Tais afirmações corroboraram para o aumento do preconceito e da homofobia, e para justificar as práticas atentatórias à dignidade física e psíquica exercidas como meio para curar e reprimir expressões sexuais vistas como inaceitáveis.

No ano de 1974 a Associação Americana de Psiquiatria afirmou que a homossexualidade não seria uma perturbação mental e apenas em 1993 a Organização Mundial de Saúde excluiu a prática afetiva ou sexual entre pares do mesmo gênero, até então denominada como homossexualismo, da Classificação internacional de doenças. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina afirmou que a prática não seria mais considerada doença no ano de 1985 e no ano de 1999 o Conselho Federal de Psicologia através da Resolução 01/1999, orientou os profissionais da área em como proceder, afirmando que não seria, a homossexualidade, considerada doença, desvio psicológico ou perversão¹⁵.

A notória influência da tradição ocidental judaico-cristã no Brasil, bem como os resquícios das discussões acerca da patologização da homossexualidade, disseminaram a concepção de que as relações sexuais entre pares do mesmo sexo seriam sinais de perversão e anomalia. Em detrimento a tal entendimento, bem como, em decorrência do longo período em que o Estado omitiu a tutela e os direitos conferidos aos LGBTTs, enraizou-se uma cultura de discriminação e preconceito, que veio a justificar, ao longo de anos, a aversão à homossexualidade e o desrespeito em relação a esses sujeitos.

O exercício da sexualidade do indivíduo é fator inerente a sua personalidade, decorre da natureza do ser humano, portanto, não pode ser ignorada ou diminuída. A histórica decisão

¹³ ORIENTAÇÃO sexual. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/sexualidade/orientacao-sexual.htm>> Acesso em 13 de mar. 2013.

¹⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos – São Paulo: Método, 2008. p. 61.

¹⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. . op. cit. p. 63.

do Supremo Tribunal Federal¹⁶ ao equiparar as uniões homoafetivas às uniões estáveis reconheceu não somente um modelo de entidade familiar, mas também a existência de sujeitos cuja orientação sexual ou afetiva difere-se dos moldes tradicionais, consagrando então, os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade. Acerca do tema, Maria Berenice afirma¹⁷:

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

O reconhecimento, bem como a regulamentação dos vínculos afetivos, ocorre de forma lenta, os valores dominantes em cada momento histórico possuem um sistema de exclusões baseado em preconceitos discriminantes¹⁸.

A sexualidade muitas vezes, quando tratada, é feita de forma sucinta pelos pais e mesmo pelas instituições educacionais. Em uma fase de descobertas, pode-se afirmar, categoricamente, que um dos momentos mais conflitantes na percepção da própria identidade ocorre quando o menor reconhece traços da orientação sexual distinta da considerada normal, isto porque já incorporou algumas características referenciadas pela sociedade e cultura a qual é inscrito principalmente as relações dicotômicas entre sexo e gênero. Ao discorrer sobre o tema, Maria Conceição Costa ressalva¹⁹:

Ele sabe que seu papel de gênero o obriga a determinadas posturas individuais e coletivas, teme as pressões familiares e grupais, angustia-se ao prever as reações dos outros, além do que, estando numa idade de grande interesse por tudo, freqüentemente acompanha pela mídia ou na escola, comunidade e grupo de apoio, o rechaço e as humilhações impostas aos jovens homossexuais, que podem chegar da rejeição à morte.

¹⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADI 4.277*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 15 mar. 2013; e *ADPF 132*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 15 de mar. 2013.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 84

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *op. cit.* p 27.

¹⁹ COSTA, Maria Conceição O. *Sexualidade na adolescência: desenvolvimento, vivência e propostas de intervenção* Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/24183809/1088503755/name/port-4.pdf>>. Acesso em 16 mar.2013.

Percebido o desejo por pares do mesmo gênero, o jovem não encontra amparo ou compreensão, mas obstáculos inseridos através da mídia, escola, colegas e manifestações de intolerância dos próprios pais. O jovem, em fase de desenvolvimento, quando em meio a conflitos subjetivos percebe que o fator sexual que compõe sua identidade afetiva é adverso do arquétipo heteroafetivo se depara com medos, inseguranças e incertezas decorrentes das experiências discriminatórias e preconceituosas.

A família é um dos meios de primordial relevância no desenvolvimento emocional e psíquico da criança e do adolescente, é justamente em seu seio que o sujeito sente-se amparado e inicialmente inserido no corpo social. Entretanto, arraigados os preconceitos, muitos pais não acolhem a orientação sexual dos filhos quando divergente da ordem normativa e iniciam uma brutal oposição às manifestações afetivas díspares das habituais, causando inestimáveis danos ao menor.

O sujeito, especialmente em fase de desenvolvimento físico psíquico e emocional, quando não encontra na família o amparo necessário para transpor dificuldades sofre, não somente pela discriminação familiar, mas pela interiorização da rejeição, podendo internalizar o preconceito e sofrer a auto-discriminação.

Assim, o menor, quando ao revela-se homoafetivo encontra a resistência familiar, pode padecer de uma série de abalos psicológicos, como o sentimento de vergonha de sua orientação sexual, o abalo de sua autoestima, o aumento da probabilidade de futuros quadros depressivos e mesmo tendências ao suicídio²⁰.

A orientação sexual é um traço essencial da identidade do sujeito, compõe, assim como outras qualidades, a essência do indivíduo. Revelada, quando ainda jovem, a desconexa orientação sexual da tradicional, o sujeito pode sofrer, além do medo natural do desenvolvimento humano, com o preconceito e a depreciação de seus sentimentos.

Quando a família expõe o menor a castigos vexatórios, a tentativa de adequação à orientação heterossexual e o rejeita, não exerce a paternidade responsável, muito antes pelo contrário, atenta contra sua dignidade.

4 DO ABANDONO AFETIVO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

O moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade. Conforme abordado no primeiro capítulo, o afeto adquiriu reconhecimento e inserção no ordenamento

²⁰ GHORAYBE. Daniela Barbetta. Homossexualidades na adolescência : aspectos de saúde mental, qualidade de vida, religiosidade e identidade psicossocial. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000858223&fd=y>>. Acesso em 17 mar. 2013.

jurídico, apresentando-se sob muitas faces e aspectos, afinal, além de reconhecer outras formas de entidades familiares, é importante ressaltar as normas protetivas da criança e do adolescente que, em inúmeras passagens, expressamente tomam por base o afeto como vetor de orientação comportamental dos pais ou representantes legais²¹. Neste sentido, pode-se relacionar, por exemplo, a Convenção de Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e adolescentes em matéria de adoção internacional²², art. 28 da Lei 8.069²³, e art. 1584, § 5º, do Código Civil²⁴.

Mesmo sem previsão expressa do termo “afetividade”, a Constituição Federal implicitamente destacou os vínculos afetivos nas relações familiares, eis que no artigo 226, §7º, e no artigo 227²⁵, consagrou o direito ao planejamento familiar, fundamentando a decisão do casal de ter ou não filhos nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável que representa o dever dos pais de prestarem a assistência material, psicológica, moral, afetiva como também à orientação sexual, e com base nisto, garantir à sua prole uma *convivência familiar* que possibilite um desenvolvimento físico, psicológico, sexual e intelectual saudável, ou seja, que respeite os direitos personalíssimos da criança e adolescente²⁶.

O princípio da afetividade atua como elemento de ligação no âmbito familiar dos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da convivência familiar. É certo que, para o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente,

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6. – p. 89/94.

²² “Reconhecendo que, para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, a criança deve crescer em meio familiar, em clima de felicidade, de amor e de compreensão” – Preâmbulo da Convenção relativa à proteção das crianças e à Cooperação em matéria de adoção Internacional, Haia 29/05/93. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/legislacao/convencao-de-haia>>. Acesso: 13 mar. 2013.

²³ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 12 mar. 2013.

²⁴ Art. 1.584, § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 12 mar. 2013.

²⁵ Art. 226, § 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.

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

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 mar. 2013.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.v.6.

a *convivência familiar* harmoniosa é necessária²⁷. Contudo, este direito de convivência familiar dos filhos transcende ao poder-dever de seus pais em mantê-los sob sua guarda ou companhia física.

A *convivência familiar* significa o dever de respeito dos pais diante dos direitos da personalidade dos filhos, garantindo-lhes dignidade, haja vista que o exercício da paternidade responsável não se resume somente no dever de assistência material dos genitores.

Diante de todos os princípios constitucionais, da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da proteção integral da criança e do adolescente, do melhor interesse do menor, juntamente com a gama de direitos personalíssimos assegurados como a vida, a saúde, o livre exercício da sexualidade²⁸, a integridade física e psicológica, verifica-se que todas estas supranormas atuam conjuntamente na defesa e proteção da criança e adolescente.

Depreende-se, portanto, que a convivência familiar decorre do afeto, do *dever de cuidado* dos pais em relação aos filhos, não corresponde desta forma, na simples coabitação entre pais e filhos, uma vez que a interpretação constitucional de *convivência familiar* não se resume ao fato de pais e filhos habiterem sobre o mesmo teto, é preciso que exista relação de *afetividade*, de atenção e cuidado dedicados pelos pais à sua prole. Afinal, na hipótese de divórcio, mesmo que os pais e filhos não residam no mesmo domicílio, o direito à convivência familiar coexiste com as demais obrigações legais.

Não se trata da obrigação de amar, a afetividade representa o exercício do dever de cuidado, pois, sendo livre o planejamento familiar, o casal tem todos os meios e formas disponíveis na ciência médica e farmacêutica para planejar quando e como terão filhos. Ninguém é obrigado a ter filhos, entretanto, quando o casal toma para si está importante decisão, não cabe mais a eles o interesse, a escolha de exercer assistência ou não, é dever imposto por lei e pelo Estado²⁹.

“*Amar é faculdade, cuidar é dever*”, esta frase da Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrigthi, no julgamento do Resp. 1.159.242/SP³⁰ justifica a imposição biológica e constitucional de cuidado dos pais, que é dever jurídico corolário da liberdade das

²⁷MACHADO Gabriela Soares Linhares. Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/861>>. Acesso em 12 mar. 2013

²⁸CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Letícia Carla Baptista. Do Planejamento Familiar e da Paternidade Responsável na União Homoafetiva. In: CONPEDI. (Org.). XX Encontro Nacional do CONPEDI - Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 6-7.

²⁹REIS, Clayton; PINTO, Simone Xander. O Abandono Afetivo do Filho, como Violação dos Direitos da Personalidade. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 2, p. 503-523, jul./dez. 2012.

³⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 1.159.242/SP. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012> Acesso em 12 mar. 2013.

peças de gerar ou adotar filhos. Dessa forma, quando os pais deixam de agir com o devido desvelo em relação aos filhos, e ignoram o dever jurídico de cuidado, cometem o abandono afetivo.

O abandono afetivo, por sua vez, caracteriza-se tanto pelo abandono real, representado pela total ausência dos pais na vida do filho, como também pelo abandono fictício, no caso dos pais que apenas coabitam com a criança e o adolescente, mas que estão absolutamente apartados da vida do menor não proporcionando a *convivência familiar* harmoniosa, sem prestar-lhes qualquer assistência psicológica, prejudicando o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, causando-lhe danos de índole moral³¹.

A atenção do Estado e da sociedade deve ser ainda mais efetiva nos casos de crianças e adolescentes com orientação sexual diversa dos seus genitores. O abandono afetivo praticado pelos pais em razão da orientação sexual diversa do filho gera danos, na maioria das vezes, irreversíveis para a criança e o adolescente.

Infelizmente, além do preconceito radicado na sociedade que estes adolescentes e crianças enfrentam todos os dias, pesquisas demonstram que o maior desafio na vida destas pessoas está no próprio âmbito familiar. A Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal, no ano de 2011, elaborou um Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil³², e as estatísticas são preocupantes. Primeiramente, os dados obtidos só levam em conta denúncias realizadas aos órgãos criados pelo Governo Federal para recebimento de informações, assim, inúmeros casos sequer chegam ao conhecimento das autoridades. Em análise ao Relatório, convém apresentar as seguintes conclusões e gráficos³³:

1. De janeiro a dezembro de 2011, foram denunciadas 6.809 violações de direitos humanos contra LGBTs, envolvendo 1.713 vítimas e 2.275 suspeitos. Tais números trazem algumas revelações importantes: a primeira diz respeito ao padrão de sobreposição de violências cometidas contra essa população. Os dados revelam uma média de 3,97 violações sofridas por cada uma das vítimas, o que parece indicar como a homofobia se faz presente no desejo de destruição (física, moral ou psicológica) não apenas da pessoa específica das vítimas, mas também do que elas representam - ou seja, da existência de pessoas LGBT em geral. Assim, são bastante recorrentes, por exemplo, os casos em que não apenas o indivíduo sofre violência física, com socos e pontapés, mas também violência psicológica, por meio de humilhações e injúrias – p. 18;
2. No que diz respeito ao sexo biológico das vítimas, 67,5% destas nasceram do sexo masculino, e, 26,4% do sexo feminino e 6,1% de não informados – p. 22;

³¹Silva, Priscilla Menezes da. A amplitude da Responsabilidade Familiar: da indenização por abandono afetivo por consequência da violação do dever de convivência. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/617>>. Acesso: 12 mar. 2013.

³²BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos. Relatório Sobre Violência Homofóbica no Brasil, Ano de 2011. Disponível em: <<http://portal.sdh.gov.br/clientes/sedh/sedh/brasilem/relatorio-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-o-ano-de-2011>>. Acesso: 12 mar. 2013.

³³VIOLÊNCIA contra gays começa em casa. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1284089&tit=Violencia-contra-gays-comeca-em-casa>>. Acesso: 12 mar. 2013.

3. Quanto à identidade de gênero, 34% das vítimas afirmam ter identidade de gênero masculina, 34,5% identidade de gênero feminina, 10,6% se identificam como travestis, 1,5% como mulheres trans (ou seja, pessoas que nasceram com o sexo masculino, mas se identificam como mulheres), 0,6% como homens trans (ou seja, pessoas que nasceram com o sexo feminino, mas se identificam como homens) e 18,6% não informaram – p. 22.
4. Em relação à orientação sexual da vítima, 85,5% se definiram como homossexuais, enquanto os bissexuais somam 9,5% do total de vítimas e os heterossexuais 1,6%. A orientação sexual de 3,4% das vítimas não foi informada – p. 23.
5. Que 16% das vítimas concentram-se na faixa etária de 15 a 18 anos, até 12 anos de idade corresponde a 1,2% das vítimas; de 13 e 14 anos corresponde a 2%; 31% das vítimas têm entre 19 a 29 anos, e 31% não foi informada a faixa etária; p. 25/26.
6. Das violências homofóbicas cometidas, os agressores estão compreendidos numa variada gama de sujeitos, em relações interpessoais familiares, domésticas, de trabalho, estudo, lazer e também entre desconhecidos. No que tange aos dados referentes às denúncias encaminhadas para o governo federal, 61,9% agressores eram conhecidos das vítimas, enquanto 29,4% eram desconhecidos e 8,7% não informados – p. 29.
7. Dos agressores conhecidos das vítimas, os familiares correspondem a (38,2%) e vizinhos (35,8%). Entre os familiares, destacam-se as mães que cometem violações contra seus filhos/as, com 9,5% das ocorrências, seguidas pelos pais, com 4,8%. Sob a categoria “companheiro (a)”, estão contabilizados maridos (0,4%), esposas (0,2%), ex-maridos (0,3%), ex-esposas (0,1%), namorados (as) (1,9%) e companheiros (as) (6,9%) – p. 30.
8. 42,0% das violações ocorreram em casa – da vítima (21,1%), do suspeito agressor (7,5%), de ambos ou de terceiros – p. 40.
9. Das formas de violências praticadas, as violências psicológicas correspondem a 42,5%; violências de discriminação, 22,3%; violências físicas, a 15,9%; negligências 6,8% e violências sexuais 4,9% - p. 39/40.
10. Em relação às negligências praticadas advém de relações de poder, implicando abandono, descuido, desamparo, descompromisso e irresponsabilidade de cuidado e de afeto. Dentre as negligências, as mais reportadas foram: a negligência em amparo e responsabilização, com 45,9% dos casos (incluindo aí pais ou responsáveis que expulsam crianças e adolescentes LGBT de casa), negligência em alimentação, com 17,0% e negligência em limpeza e higiene, com 11,6% - p. 45/46.
11. As Negligências ocorrem principalmente no âmbito doméstico, com 74,5% do total de violações reportadas tendo ocorrido em casa. – p. 45/46.
12. 70,2% das negligências reportadas foram obtidas pelo módulo voltado a crianças e adolescentes do Disque Direitos Humanos.

IDENTIDADE

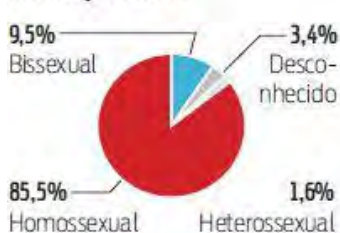
Veja o perfil das vítimas de homofobia do país e dos suspeitos pela violência:

Vítimas

Sexo biológico



Orientação sexual



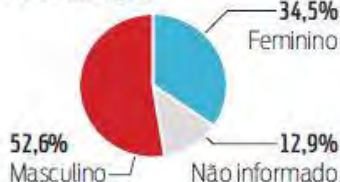
Relação com as vítimas



Familiar	38,2
Vizinho	35,8
Amigo	8,4
Companheiro(a)	11,6
Outros	5,8

Agressores

Sexo biológico



Principais violações (em %)

Psicológica	42,5
Discriminação	22,3
Violência física	15,9
Negligência	6,8
Sexual	4,9

No Paraná

Municípios com mais denúncias

Curitiba	75
S. Isabel do Ivaí	53
Paranavaí	49
Porto Rico	40

Violações por estados

	Taxa por 100 mil habitantes
Piauí	9,2
Distrito Federal	8,8
Ceará	5,6
Maranhão	5,4
Mato Grosso do Sul	4,5
Amazonas	4,4
Paraíba	4,4
Rio Grande do Norte	4,2
Paraná	4,1
Média nacional	3,5

Local de ocorrência



Meses com mais denúncias

Setembro	10
Outubro	14,8
Novembro	13,6
Dezembro	19,4

Fonte: Secretaria de Direitos Humanos. Infografia: Gazeta do Povo.

Diante disto, infere-se que os pais estão entre os principais responsáveis pela violência homofóbica contra seus próprios filhos. Resta claro que pelas diversas formas de violência praticadas contra as crianças e os adolescentes, o abandono afetivo destes pais está mais que caracterizado. Não há como falar em exercício da paternidade responsável, em convivência familiar, dignidade da pessoa humana, ou qualquer outro dever de cuidado quando a criança e o adolescente são obrigados a conviver com constantes humilhações resultantes de violências psicológicas, violências físicas, ou simplesmente sofrerem com o descaso, a negligência de seus entes familiares. Todas estas atitudes prejudicam o pleno desenvolvimento físico, sexual e moral da criança e do adolescente, correspondendo a graves violações aos seus direitos personalíssimos.

Além do referido Relatório formulado, as notícias vinculadas diariamente na mídia corroboram a ocorrência de abandono afetivo em razão da orientação sexual e o consequente

exercício da paternidade irresponsável, dentre elas, relacionam-se dois casos recentes: o primeiro de um adolescente de 16 anos que foi expulso de casa pelo pai, por ser homossexual. Consta da notícia que era a segunda vez que sofria intolerância pela família. Para dificultar o acesso do adolescente a casa, o pai trocou a fechadura da porta³⁴.

O segundo caso também trata da expulsão do filho de casa pela família, por ter revelado a sua orientação sexual. Consta no noticiário, que o adolescente de dezesseis anos, foi expulso de casa pelo pai com o apoio dos tios, por assumir a homossexualidade. O adolescente relatou que, em virtude da pressão psicológica que sofria pelos seus familiares, por “dar sinais de ser homossexual”, passou a ficar mais tempo nas ruas do que em sua própria casa, momento em que começou a se prostituir para garantir a sua sobrevivência³⁵.

Estas notícias demonstram que, os pais que refutam em não aceitar a orientação sexual de seus filhos, cometem o abandono afetivo tanto no momento em que expulsam os adolescentes de casa, deixando-os totalmente desamparados, a mercê da própria sorte, sujeitos à marginalidade e à prostituição, como também quando o adolescente ainda coabita com seus entes familiares, uma vez que, em virtude do preconceito, sofrem diariamente com a discriminação da própria família, e as várias formas de violência e negligência.

O carinho, o afeto, o amor e a preocupação, extraídos tanto do dever de guarda como do dever de *convivência familiar*, devem ser desempenhados em prol do desenvolvimento saudável da criança e do adolescente independentemente da sua orientação sexual, afinal, o poder familiar é irrenunciável e indelegável, e pressupõe laços de afetividade que proporcionem um ambiente harmonioso, propício ao melhor desenvolvimento do menor, garantindo uma formação digna.

Indubitavelmente, para que haja diminuição da violência homoafetiva, o preconceito deve ser rompido nas próprias relações familiares. Independente da orientação sexual, os pais têm o dever de cuidado com seus filhos, inclusive no que se refere à assistência psicológica quanto ao exercício da sexualidade. Os princípios de proteção integral do menor e do melhor interesse da criança e do adolescente correspondem a verdadeiras diretrizes nas relações entre pais e filhos, as quais devem tratar com prioridade os interesses destas pessoas em desenvolvimento e dotadas de dignidade³⁶.

³⁴PAI expulsa filho gay de casa. Disponível em: <<http://www.jornalfolhadoestado.com/noticias/11050/pai-expulsa-filho-gay-de-cas0a>>. Acesso: 12 mar. 2013.

³⁵HOMEM expulsa o filho gay de casa em Franca. Disponível em: <http://portal.rac.com.br/noticias/index_teste.php?tp=brasil&id=/77590&ano=/2011&mes=/03&dia=/10&titulo=/homem-expulsa-o-filho-gay-de-casa-em-franca->>. Acesso: 12 mar. 2013.

³⁶ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 55.

5 DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PELO ABANDONO AFETIVO DE SEUS PAIS EM VIRTUDE DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

Incontestavelmente que depois de todos os fatos, dados e teorias expostas sobre os direitos da criança e do adolescente, o exercício da paternidade responsável, a prática de abandono afetivo em razão da orientação sexual pelos pais em relação os filhos, não há dúvidas quanto à violação dos direitos da personalidade destes menores.

Estas crianças e adolescentes estão expostas a todos os graus e tipos de violência, discriminação e negligência, por conta da sua orientação sexual. É inadmissível que esta violência homofóbica seja praticada pelos próprios familiares, pelas pessoas mais próximas e importantes na vida destes menores, os seus responsáveis legais a quem foi atribuído por lei e pelo Estado o dever de cuidado, de atenção e proteção.

No exercício do direito de planejamento familiar, o casal fez a opção de ter filhos, a partir desta decisão, o dever jurídico de assistência material, moral, intelectual, à orientação sexual, de convivência familiar e da afetividade transformam-se nos mandamentos maiores a serem observados pelos pais, que perdem o direito a escolha de exercê-los ou não. Afinal, os princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento supremo da Constituição Federal, representam supranormas, verdadeiros valores que devem ser respeitados por todos, principalmente pelos pais que tem a nobre missão de contribuir para a formação de novos cidadãos.

Somente por meio do respeito à dignidade humana da criança e do adolescente, que envolve também o respeito ao exercício da sexualidade, que haverá o verdadeiro exercício da paternidade responsável. É inadmissível que situações de abandono, descaso, discriminação, violência aconteçam com qualquer pessoa, ainda mais que ocorram no próprio seio familiar. Com certeza, a integridade moral e psíquica destas crianças e adolescentes resta prejudicada. Trata-se de menores vulneráveis, dotadas de dignidade, que devem ter seus direitos personalíssimos como a vida, a honra, a integridade moral e psicológica, a saúde física e o exercício da sexualidade respeitados e garantidos tanto pela sociedade como pelo Estado, mas principalmente por aqueles que assumiram o compromisso, a obrigação de cuidado, logo quando vieram ao mundo, pelos seus pais.

Os danos decorrentes deste abandono afetivo são, portanto, evidentes, e decorrem da quebra dos deveres paternos em relação aos filhos. A criança e o adolescente sofrem lesões

em seus bens jurídicos morais, extrapatrimoniais, que representam os valores mais íntimos das pessoas tais como a honra, a dignidade, a integridade moral, dentre outros.

As lesões decorrentes do abandono afetivo em razão da orientação sexual atingem *direitos da personalidade*, provocando, dessa forma, o dano moral e o respectivo direito de indenização, pois embora seja um dano insuscetível de aferição econômica como os danos materiais, a indenização pecuniária é devida para compensar a injustiça sofrida pela vítima, atenuando parte de seu sofrimento³⁷.

A personalidade compreende o conjunto de caracteres do próprio indivíduo, e consiste na parte intrínseca da pessoa³⁸. Os direitos da personalidade são aqueles inerentes à qualidade de ser humano, a saber: a vida, a honra, a integridade física, a integridade psíquica, o exercício da sexualidade, etc. Bens jurídicos que são essenciais para o desenvolvimento do indivíduo, que se destinam a resguardar a dignidade humana, por isso, a consequência da lesão a tais bens gera, em regra, um dano moral.

Em nossa legislação, pelo fato de inexistir dispositivo específico que trate da matéria, aplica-se a teoria geral da responsabilidade civil. A indenização em decorrência de conduta humana culposa (negligência, imprudência, imperícia ou por omissão) que gere danos é devida com fundamento no disposto no art. 186 do Código Civil³⁹.

A responsabilidade civil dos pais decorre da própria lei e é atribuída por uma série de fatores elencados que constituem o não cumprimento do dever legal de cuidado em relação aos filhos, da conduta, comissiva ou omissiva, culposa e que gera danos à prole.

Os danos psicológicos que a criança ou adolescente estão sujeitos em virtude do abandono afetivo em razão da orientação sexual são inequívocos. A falta dos pais, no sentido supramencionado de *convivência familiar* harmoniosa, faz com que o menor se sinta rejeitado, humilhado e principalmente discriminado pelo exercício de sua sexualidade, que faz parte da própria dignidade humana. É óbvio que esta criança ou adolescente terá dificuldades de se relacionar no futuro. Por conseguinte, uma indenização por dano moral sofrido tem o fim de proporcionar que esta pessoa receba auxílio psicológico para tratar as sequelas oriundas da falta de uma *convivência familiar* harmoniosa⁴⁰.

³⁷ CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano Moral no Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 18.

³⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da Personalidade e sua Tutela. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70.

³⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 12 mar. 2013.

⁴⁰ CARDIN, Valéria Silva Galdino. op. cit. p. 239.

Frise-se que o planejamento familiar é livre, entretanto, a paternidade deve ser exercida atendendo a todos os princípios constitucionais para garantir pleno desenvolvimento físico, moral e sexual das crianças e adolescentes, independentemente da orientação sexual, pois a sexualidade não justifica a desigualdade, muito menos a irresponsabilidade familiar. “*Aqueles que não querem se comprometer com o mínimo de assistência afetiva, moral, intelectual e material que não tenham filhos*”⁴¹.

A indenização por abandono afetivo nas relações familiares é instrumento de extrema relevância, principalmente nos casos em que tal abandono é resultado do preconceito, pois tem o condão de desempenhar um papel pedagógico⁴², representando uma imposição de limites para os pais no desempenho do planejamento familiar e do próprio poder familiar, que devem ser exercidos sem causar prejuízos aos seus filhos.

É necessário compreender que a fixação desta indenização não significa uma quantificação do amor, ou do afeto, ao contrário, tem um acentuado e preciso caráter punitivo e pedagógico⁴³, afinal deve servir de punição ao desrespeito dos pais ao dever de cuidado em relação aos filhos, como também pelo preconceito e discriminação praticados em razão da orientação sexual, além da condenação servir de exemplo para toda sociedade reconhecer a importância do exercício de uma paternidade responsável e aprender a conviver e principalmente respeitar as diferenças.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza⁴⁴, logo, todas as pessoas são dotadas de dignidade, pelo simples fato de existirem e terem *personalidade*, portanto, a garantia e proteção dos princípios constitucionais devem se estender a todo ser humano, por ser esta a única condição necessária.

6 CONCLUSÃO

A afetividade não significa a obrigação de amar, mas sim, a obrigação de cuidar. A inédita decisão do Superior Tribunal de Justiça resultou na construção de um novo paradigma para o Direito de Família. A condenação do pai ao pagamento de indenização por dano moral

⁴¹ Ibidem. p. 239.

⁴² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 409.

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.v. 6. p. 747.

⁴⁴ Art. 5º, CF/88. 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: (...) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 mar. 2013.

em razão do abandono afetivo representa para todos os pais e toda a sociedade que o planejamento familiar e a paternidade devem ser exercidos de forma responsável.

O Direito não está impondo a obrigação de amar, pelo contrário, está apenas exigindo o cumprimento do dever legal já existente que consiste na obrigação de assistência material, moral, intelectual e à orientação sexual à criança e ao adolescente.

A liberdade do casal restringe-se, portanto apenas na escolha de formação de sua prole, ou seja, quando, como, e quantos filhos querem ter. A partir disto, o cuidado com este novo ser, passa a ser dever jurídico imposto por lei e pelo Estado, e não uma opção do casal.

O exercício da paternidade responsável, o princípio da dignidade da pessoa humana irá garantir à criança e ao adolescente uma *convivência familiar* harmoniosa, que proteja sua plena formação e o respeito aos seus direitos personalíssimos.

O abandono afetivo representa mais do que o abandono real na vida das crianças e adolescentes, a simples coabitação entre pais e filhos não significa o respeito à dignidade da criança e do adolescente à *convivência familiar*, ou que o dever de cuidado dos pais seja exercido. A convivência familiar representa para as crianças e adolescentes que o direito à assistência moral, ao afeto e à orientação sexual sejam realmente efetivados nas relações familiares.

A questão ainda é de maior importância quando os pais cometem abandono afetivo em razão da orientação sexual diversa de seus filhos, principalmente nos casos de pais heterossexuais e de filhos homossexuais. O preconceito é o vetor do abandono afetivo desde quando a criança apresenta “traços” de orientação sexual homossexual.

Infelizmente, está comprovado pelo Relatório de Violência Homofóbica no Brasil do ano de 2011, da Secretaria de Direitos Humanos, que a violência homofóbica se inicia dentro das próprias relações familiares, o desrespeito e a discriminação são praticados pelos próprios pais que por ignorância acabam cometendo atrocidades contra seus filhos, chegando até a expulsá-los do recinto familiar, deixando-os totalmente desamparados, na rua, sujeitos à marginalidade e à prostituição, como aconteceu com o adolescente de dezesseis anos que pelo fato de ser expulso de casa pelo pai com o apoio dos tios por assumir a homossexualidade, começou a se prostituir para garantir a sua sobrevivência.

A intolerância faz com que os direitos da personalidade destas crianças e adolescentes, em fase de formação, sofram danos gravíssimos, e, em regra irreversíveis.

O Direito não deve ser conivente com tais práticas abusivas do poder familiar. Inexiste qualquer razão/justificativa para que um pai deixe de dar assistência afetiva e moral a um filho, independentemente de sua orientação sexual, afinal, a Constituição Federal

consagrou o princípio da igualdade, o qual determina que todas as pessoas são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, significando, dessa forma, que o princípio da dignidade da pessoa humana é o mesmo para todos, pelo simples fato de terem a condição de “ser pessoa” e ter *personalidade*.

Os desafios sociais que os homossexuais, os transexuais e os travestis enfrentam para combater o preconceito são imensos. A ignorância da sociedade é mutável, mas leva-se tempo. Entretanto, nas relações familiares, tendo em vista todas as normas protetoras da criança e do adolescente, como o princípio do melhor interesse do menor, de proteção integral da criança ou adolescente, e as demais normas constitucionais do planejamento familiar, o abandono afetivo e o descaso familiar devem ser punidos de forma imediata, e os danos resultantes destas condutas nefastas devidamente indenizados.

A indenização nestes casos terá caráter punitivo e pedagógico, afinal, a simples perda do poder familiar destes pais, para quem nunca exerceu o dever de cuidado representaria um verdadeiro “favor”. Representa uma dupla punição, primeiro pelo desrespeito do dever jurídico de cuidado e assistência moral ao filho, segundo pelo preconceito, discriminação e desrespeito da dignidade humana desta criança ou adolescente.

O caráter pedagógico respresenta uma lição para toda sociedade, para deixar claro aos pais que o desvelo e a irresponsabilidade têm consequências, mesmo que coabitem sob o mesmo teto, porque coabitar, não significa *convivência, cuidado, assistência moral, etc.*

7 BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA Priscila Araújo de. Responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/829>>. Acesso: 12 mar. 2013.

ARAGUAIA, Mariana. Orientação sexual. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/sexualidade/orientacao-sexual.htm>>. Acesso em 16 mar. 2013.

ARRUDA Paula Roberta Corrêa dos Santos. Responsabilidade civil no Direito de Família: Da possibilidade de indenização por descumprimento do dever de convivência. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/782>>. Acesso: 12 mar. 2013.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 12 mar. 2013.

_____. Lei 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 12 mar. 2013.

____ Lei 10.406, Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 12 mar. 2013.

____ Secretaria de Direitos Humanos. Relatório sobre violência homofóbica no Brasil – ano 2011. Disponível em: <<http://portal.sdh.gov.br/clientes/sedh/sedh/brasilem/relatorio-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-o-ano-de-2011>>. Acesso: 12 mar. 2013.

____ Superior Tribunal de Justiça, Resp. 1.159.242/SP. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012> Acesso em 12 mar. 2013.

____ Supremo Tribunal Federal, ADI 4.277. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 12 mar. 2013.

____ Supremo Tribunal Federal, ADPF 132. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano Moral no Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2012.

____ Do Planejamento Familiar, da Paternidade Responsável e das Políticas Públicas.2009. (Apresentação de Trabalho/Congresso).

____ CAMILO, Andryelle Vanessa. Aspectos inovadores da nova lei de adoção sob a perspectiva do Planejamento Familiar, da Paternidade Responsável e dos Direitos da Personalidade. Revista Jurídica CESUMAR. Mestrado, v. 10, p. 537-565, 2010.

____ ROSA, Letícia Carla Baptista. Do Planejamento Familiar e da Paternidade Responsável na União Homoafetiva. In: CONPEDI. (Org.). XX Encontro Nacional do CONPEDI - Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

COSTA, Maria Conceição O. Sexualidade na adolescência: desenvolvimento, vivência e propostas de intervenção Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/24183809/1088503755/name/port-4.pdf>>. Acesso: 17 mar.2013.

Convenção de Direitos da Criança de 1989 da UNICEF. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em 13 mar. 2013.

Convenção de Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em matéria de Adoção Internacional de Haia, 1993. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/legislacao/convencao-de-haia>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

____ Manual de Direito de Família. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. União Homoafetiva: o preconceito e a justiça. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Por que me abandonaste? Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/816>>. Acesso: 12 mar. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.v. 6.

GHORAYBE, Daniela Barbeta. Homossexualidades na adolescência: aspectos de saúde mental, qualidade de vida, religiosidade e identidade psicossocial. Disponível em:
<<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000858223&fd=y>>. Acesso em 17 mar. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.v. 6.

HAMADA Thatiane MiyukiSantos . O abandono afetivo paterno-filial, o dever de indenizar e considerações acerca da decisão inédita do STJ. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/872>>. Acesso: 12 mar. 2013.

HOMEM expulsa o filho gay de casa em Franca. Disponível em:
<http://portal.rac.com.br/noticias/index_teste.php?tp=brasil&ano=2011&mes=03&dia=10&titulo=/homem-expulsa-o-filho-gay-de-casa-em-franca>. Acesso em: 12 mar. 2013.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO Gabriela Soares Linhares. Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/861>>. Acesso: 12 mar. 2013.

ORIENTAÇÃO sexual. Disponível em:<<http://www.brasilecola.com/sexualidade/orientacao-sexual.htm>> Acesso em 13 de mar. 2013.

PAI expulsa filho gay de casa. Disponível em:
<<http://www.jornalfolhadoestado.com/noticias/11050/pai-expulsa-filho-gay-de-ca0a>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

PEREIRA Rodrigo da Cunha. Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/392>>. Acesso: 15 mar. 2013.

REIS, Clayton; PINTO, Simone Xander. O Abandono Afetivo do Filho, como Violação dos Direitos da Personalidade. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 2, p. 503-523, jul./dez. 2012.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho. Revista Brasileira de Direito de Família. Ano VI - n°. 25. Porto Alegre: Síntese, ago/set 2004.

Silva, Priscilla Menezes da. A amplitude da Responsabilidade Familiar: da indenização por abandono afetivo por consequência da violação do dever de convivência. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/617>>. Acesso: 12 mar. 2013.

SOUSA, Hiasmini Albuquerque Alves. Abandono afetivo: Responsabilidade civil pelo desamor. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/863>>. Acesso: 12 mar. 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.

CRIANÇAS E ADOLESCENTES NEGLIGENCIADOS NO ÂMBITO FAMILIAR: UMA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

CHILDREN NEGLECTED WITHIN THE FAMILY: A VIOLATION OF THE PRINCIPLE
OF RESPONSIBLE PARENTHOOD

Tatiana de Freitas Giovanini Mochi**

<http://lattes.cnpq.br/6154492023171423>

Letícia Carla Baptista Rosa*

<http://lattes.cnpq.br/4850355058538339>

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2 A VULNERABILIDADE DA POPULAÇÃO INFANTOJUVENIL; 3 O PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL: UMA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE; 4 A NEGLIGÊNCIA: UMA OMISSÃO PARENTAL EM RELAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO PARA COM OS FILHOS

Resumo: A criança e o adolescente são seres vulneráveis, pois estão vivenciando um processo de formação e transformação psicofísica. Por esta razão, a Constituição Federal estabeleceu no art. 226, §7º, que, embora o planejamento familiar seja livre, deve estar associado ao princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, com o escopo de garantir que os direitos das crianças e dos adolescentes sejam respeitados. Uma das mais graves formas de transgressão ao exercício da parentalidade responsável é a violência perpetrada no âmbito doméstico, da qual faz parte a negligência. Esta implica na omissão parental em suprir as necessidades físicas e emocionais da criança ou do adolescente, desde que essa falta não seja resultado de uma situação de precariedade financeira. Independentemente se é um caso de negligência física, médica, educacional, emocional ou de supervisão inadequada, tais condutas omissivas afetam a capacidade cognitiva e intelectual, bem como o desenvolvimento emocional e físico das vítimas, evidenciado, destarte, uma falta de diligência dos pais em suprir as necessidades daqueles que deles dependem.

Palavras-chave: Criança e Adolescente. Vulnerabilidade. Paternidade Responsável. Negligência.

Abstract: Children and adolescents are vulnerable beings, because they are experiencing a process of psychological and physical formation and transformation. For this reason the Federal Constitution established in art. 226, § 7, that although family planning is free, it must be linked to the principle of human dignity and responsible parenthood, with the aim of ensuring that the rights of children and adolescents will be respected. One of the most serious transgression of the exercise of responsible parenthood is the violence within the family, which the neglect is part of. This implies the parental omission in supply the physical and

** Advogada em Maringá, mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá, professora do Centro Universitário de Maringá e da Faculdade Metropolitana de Maringá.

* Professora da Faculdade Metropolitana de Maringá, especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina, mestranda mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá.

emotional needs of the child or adolescent, since this lack is not the result of a precarious financial situation. Regardless if it is a case of physical neglect, medical, educational, emotional or inadequate supervision, such conducts affect the cognitive and intellectual abilities as well as the emotional and physical development of the victims, evidenced a lack of diligence of parents to fill the needs of those who depend on them

Keywords: Children and Adolescents. Vulnerability. Responsible Parenthood. Neglect.

INTRODUÇÃO

A negligência parental em relação aos filhos menores é a modalidade de violência intrafamiliar com uma das mais altas taxas de incidência nas famílias brasileiras, o que justifica a análise deste fenômeno que tem ganhado pouca atenção dos pesquisadores nacionais.

Em primeiro lugar, para a compreensão da negligência, faz-se necessário focar a vulnerabilidade da criança e do adolescente. Isto será realizado a partir da contribuição psicanalítica acerca do desenvolvimento infantil e do papel dos pais e cuidadores na formação da personalidade dos infantes.

A seguir, estudar-se-á o princípio da paternidade responsável, previsto no art. 226, §7º da Constituição Federal, bem como em que medida tal princípio implica em um dever de cuidado parental em relação aos filhos e de observância aos direitos da população infantojuvenil.

Por fim, a partir de uma revisão bibliográfica e de pesquisas empíricas realizadas no Brasil e no mundo, analisar-se-á o fenômeno da negligência como uma modalidade de violência intrafamiliar, discorrendo-se acerca de cinco modalidades deste tipo de omissão parental – a negligência física, a negligência médica, a negligência educacional, a negligência emocional e a supervisão inadequada, explicitando quais as sequelas corporais, psicológicas e comportamentais vivenciadas pelas vítimas negligenciadas por seus pais.

2 A VULNERABILIDADE DA POPULAÇÃO INFANTOJUVENIL

Por muitos séculos a infância e a adolescência foram completamente desprezadas. Não existia a compreensão de que os primeiros anos do desenvolvimento humano seriam cruciais para a formação da personalidade. Apenas com as mudanças ocorridas a partir dos séculos XIX e XX, como a positivação e reconhecimento dos direitos infantojuvenis, somadas às contribuições de psicólogos e psicanalistas, é que se formou a concepção de que a criança e

o adolescente são seres vulneráveis, os quais necessitam de uma proteção especial.

Decerto, todos os seres humanos nascem vulneráveis, e, não fosse o cuidado proporcionado por pais, avós, parentes próximos e terceiros, morreriam em decorrência da ausência de recursos vitais indispensáveis para o desenvolvimento do corpo e da psique. Isto ocorre porque o animal humano, ao contrário de outros animais, nasce prematuro, ou seja, a sua integração e amadurecimento são apenas uma possibilidade que se concretizará tão somente se houver uma rede de cuidados².

Todas as pessoas são vulneráveis. Esta afirmação é resultado da análise do próprio conceito de vulnerabilidade – do latim *vulnerabilis*, “que pode ser ferido”. O fato é que qualquer ser vivo “pode ser ‘vulnerado’ em condições contingenciais”. No entanto, alguns indivíduos têm essa vulnerabilidade potencializada, podendo-se afirmar que esta apresenta graduações³.

A Resolução n. 196/1996, do Conselho Nacional de Saúde, define a vulnerabilidade na seção II.15 como “estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”⁴.

Há certo grupo de pessoas como, por exemplo, aquelas com deficiência, os idosos, dentre outros, que por determinadas condições socioeconômicas ou psicofísicas, encontram-se em condição de desigualdade em relação aos demais, o que as torna vítimas em potencial, ou seja, estão inevitavelmente submetidas a uma constante situação de risco. A pessoa que se encontra nesta categoria “está impedida ou tem diminuída a possibilidade de exercer seus direitos”, e, por esta razão, “necessita de proteção especial”⁵.

De acordo com Nilson Tadeu Reis Campos Silva:

Os grupos vulneráveis são os grupamentos de pessoas que, não obstante terem reconhecido seu *status* de cidadania, são fragilizados na proteção de seus direitos e, assim, sofrem constantes violações de sua dignidade: são, por assim dizer, tidos como invisíveis para a sociedade, tão baixa é a densidade efetiva dessa tutela⁶.

²MAIA, Marisa Schargel. Cuidado e Vulnerabilidade Psíquica. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 359.

³BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 110.

⁴BRASIL. *Resolução n. 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/res19696.htm>. Acesso em: 12 jan. 2013.

⁵BARBOZA, op. cit., p.113 e 114.

⁶SILVA, Nilson Tadeu Campos. Alteridade: a identificação das diferenças. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 5, n.8, p. 131-166, jan./jun. 2010, p. 142.

A criança e o adolescente são, por excelência, seres vulneráveis, tendo em vista que estão vivenciando um processo de formação e transformação tanto no âmbito fisiológico quanto no aspecto psíquico⁷.

Joseph Goldstein, Anna Freud e Albert Solnit ressaltam que as crianças não são adultos em miniatura, mas sim “seres por si mesmos, diferentes dos mais velhos e de sua natureza mental, de seu funcionamento, de sua compreensão de acontecimentos e de suas reações a estes”⁸.

Ressalte-se que a fragilidade da vida psíquica é mais intensa na infância, período de formação da personalidade, quando são imprescindíveis o cuidado, o afeto, o amor, a compreensão e a empatia.

É evidente que cada etapa evolutiva do ser humano tem sua importância e peculiaridades. Todavia, grande parte dos psicólogos e psicanalistas afirmam que “os primeiros anos de vida da criança são cruciais e decisivos para a estruturação de sua personalidade e ulterior desenvolvimento cognitivo, social, moral, afetivo, emocional e da linguagem”⁹. Por essa razão, é essencial que seja proporcionado ao infante, nesta etapa, condições favoráveis para o adequado desenvolvimento de sua personalidade.

Para que uma criança tenha um desenvolvimento saudável, os atos que antecedem seu nascimento, desde o planejamento até o parto em si, são extremamente importantes, como afirma a psicanalista Katia Maria Maia Ferreira.¹⁰ O ideal é que os pais estejam preparados para receber o filho concebido em seu novo lar com muito carinho e cuidado, capacitados para compreender que, desde a gestação, todas as experiências vividas pela criança integrarão a sua personalidade¹¹.

De acordo com a psicanálise, o bebê existe antes do seu nascimento, a partir do desejo dos seus pais, que, mesmo inconsciente, se manifesta por meio das expectativas criadas e vivenciadas em torno do bebê, o que influenciará a qualidade das relações afetivas que se estabelecerão. O nascimento de uma criança nem sempre é consequência de um ato amoroso,

⁷CABRERA, Carlos Cabral; WAGNER, Luiz Guilherme da Costa Jr.; FREITAS, Roberto Mendes de Freitas Jr. *Direitos da Criança, do Adolescente e do Idoso: Doutrina e Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 9.

⁸GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; SOLNIT Albert J. *No interesse da criança?* Tradução de Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 9.

⁹NOVAES, Maria Helena. O “maior interesse” da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais – uma questão psicológica. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 529.

¹⁰FERREIRA, Katia Maria Maia. Violência doméstica/intrafamiliar contra crianças e adolescentes: nossa realidade. In: SILVA, Lygia Maria Pereira da (Org.). *Violência doméstica contra a criança e o adolescente*. Recife: EDUPE, 2002, p. 25.

¹¹DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=703>. Acesso em 20 mar. 2012.

mas sim de relacionamentos fortuitos, fragilizados, de gestações não desejadas, de um capricho, dentre outras condições que provavelmente dificultarão o estabelecimento de relações afetivas necessárias para um bom desenvolvimento.¹²

Quando por ocasião do nascimento de uma criança as coisas não ocorrem da forma planejada, como uma gravidez indesejada, problemas financeiros, processo de luto em curso, desavenças conjugais, os pais podem “experimentar afetos primitivos [...] que podem impedir os processos básicos [...] que físgam o humano para a vida”, fazendo o bebê experimentar sentimentos de rejeição e morte¹³.

Donald Woods Winnicott, a partir de estudos aplicativos da teoria freudiana acerca da infância, analisou a primeira infância sob uma nova ótica, ou seja, da dependência do lactente¹⁴ em relação a sua mãe até atingir as ulteriores fases de desenvolvimento rumo à independência e ao amadurecimento.

O citado autor esclarece que a primeira fase de desenvolvimento do lactente é o *holding*, em que há dependência absoluta do infante em relação à mãe, sendo esta aproximação física (*holding* físico) o único momento em que será demonstrado ao filho o seu amor. Trata-se de um período em que a mãe supre as necessidades fisiológicas da criança relacionadas à alimentação, à temperatura do corpo, à evacuação, à sensibilidade auditiva, dentre outras. Esta etapa é fundamental para a formação do ego da criança, iniciando-se um processo caracterizado pelo despertar da inteligência e pela existência da psique como algo separado da mente.¹⁵

Logo após o nascimento do bebê, a mãe desenvolve o que Donald Winnicott denominou de “preocupação materna primária”, em que a mulher é capaz de desenvolver um alto grau de identificação com o lactente, a ponto de sentir e entender o que seu filho necessita.¹⁶

No primeiro ano de vida, a criança já passou por grandes transformações, e, ao contrário do que ocorreu nos meses iniciais, agora o lactente começa a ter uma consciência de sua independência, embora seja ainda inconstante, alternando com um alto grau de dependência materna. Esta fase é denominada de “dependência relativa”, sendo essencial que

¹²FERREIRA, op. cit., p. 25.

¹³MAIA, Marisa Schargel. Cuidado e Vulnerabilidade Psíquica. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 367.

¹⁴Winnicott utiliza em seus estudos a palavra “lactente” como referência à “criança muito nova” (*O ambiente e os processos de maturação*: estudos sob a teoria do desenvolvimento emocional. Tradução de Irineo Constantino Schuch Ortiz. Porto Alegre: Artmed, 1983, p. 41).

¹⁵Ibid, p. 45-48.

¹⁶Id. *A família e o desenvolvimento individual*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 21.

a mãe também volte a desenvolver suas tarefas habituais, acompanhando as necessidades de independência do filho¹⁷.

Winnicott descreve dois tipos de distúrbios maternos que podem afetar a criança nas fases de dependência, seja absoluta ou relativa. O primeiro diz respeito à mãe egoísta, que é incapaz de abandonar seus afazeres e interesses para satisfazer as necessidades primárias do lactente. No outro extremo encontra-se a mãe cuja preocupação com o filho é patológica, em decorrência de que permanece identificada com o bebê além do tempo necessário. Estes comportamentos influenciam diretamente a formação do ego e da personalidade da criança, ocasionando traumas e sequelas irreversíveis¹⁸.

Note-se que o alicerce da saúde mental da criança tem como fundamento o cuidado materno, que, quando ocorre de forma satisfatória, não deixa sequelas. Por outro lado, se o cuidado materno não é adequado, a personalidade é construída com base no sofrimento, ou seja, na irritação a que é submetido o lactente¹⁹.

A grande contribuição de Donald Woods Winnicott está, pois, na introdução do conceito de “mãe suficientemente boa”, cujo papel é essencial para o desenvolvimento saudável do lactente:

Só na presença dessa mãe suficientemente boa pode a criança iniciar um processo de desenvolvimento pessoal e real. Se a maternagem não for boa o suficiente, a criança torna-se um acumulado de reações à violação; o *self* verdadeiro da criança não consegue formar-se, ou permanece oculto por trás de um falso *self* que a um só tempo quer evitar e compactuar com as bofetadas do mundo.²⁰

O papel do pai nas fases de dependência absoluta e relativa é de conferir apoio e segurança à mãe, para que esta desempenhe suas funções de forma suficientemente satisfatória. Por outro lado, conforme a criança caminha rumo à independência, ambos os pais são indispensáveis para auxiliar o filho a aumentar seu círculo de relacionamentos, a fim de que este se identifique com a sociedade²¹.

À medida que a criança se desenvolve, o seu funcionamento psíquico também se altera. Assim, sua compreensão de acontecimentos, sua tolerância à frustração e suas

¹⁷WINNICOTT, op. cit., p. 83-85.

¹⁸WINNICOTT, Donald Woods. *A família e o desenvolvimento individual*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 22.

¹⁹Id. *O ambiente e os processos de maturação*: estudos sob a teoria do desenvolvimento emocional. Tradução de Irineo Constantino Schuch Ortiz. Porto Alegre: Artmed, 1983, p. 49-53.

²⁰WINNICOTT, op. cit., p. 24.

²¹Ibid., p. 3-5.

necessidades e exigências de cuidados maternos e paternos de amparo, estímulo, orientação e repressão modificam-se conforme o passar do tempo, até atingir a maturidade e a necessidade de independência²².

Na puberdade, o adolescente vivencia uma fase em que alterna entre períodos de extrema dependência e de uma necessidade de se rebelar para estabelecer a própria identidade. Todavia, se o ambiente familiar dá continuidade ao cuidado que foi proporcionado na infância, o menor será uma pessoa autônoma, atingindo a maturidade emocional necessária para uma vida satisfatória²³.

Ressalte-se que, para Donald Winnicott, a maturidade emocional é sinônimo de vida saudável, a qual apenas poderá ser atingida “num contexto em que a família proporcione um caminho de transição entre o cuidado dos pais (ou da mãe) e a vida social”²⁴.

Portanto, a vulnerabilidade da criança e do adolescente, seja no aspecto físico ou psicológico evidencia a necessidade destes receberem uma proteção especial, sendo que a família, sobretudo o pai, a mãe ou os responsáveis, desempenham uma função insubstituível no desenvolvimento da personalidade dos filhos.

3 O PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL: UMA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Constituição Federal conferiu no art. 226 uma especial proteção à família. Por conseguinte, estabeleceu no §7º do citado dispositivo legal o direito ao livre planejamento familiar por parte dos cidadãos brasileiros, desde que associado ao princípio da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama destaca que a associação disposta no §7º do art. 226 da Constituição Federal entre o planejamento familiar e os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável têm por escopo abranger “os efeitos posteriores ao nascimento do filho, [...], principalmente nas fases mais importantes de formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana: a infância e a adolescência [...]”²⁵

A parentalidade responsável decorre do exercício dos direitos reprodutivos pelos

²²GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; SOLNIT Albert J. *No interesse da criança?* Tradução de Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 8.

²³WINNICOTT, Donald Woods. *O ambiente e os processos de maturação: estudos sob a teoria do desenvolvimento emocional*. Tradução de Irineo Constantino Schuch Ortiz. Porto Alegre: Artmed, 1983, p. 87.

²⁴Id. *A família e o desenvolvimento individual*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 134-136.

²⁵GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Cuidado e planejamento familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p 239-240.

seres humanos. No entanto, a liberdade sexual do homem e da mulher implica em uma responsabilidade quanto ao resultado dessa relação, ou seja, são responsáveis pelo eventual nascimento de um ou mais filhos, ainda que não desejados ou planejados²⁶.

É indispensável, destarte, que as pessoas exerçam seu direito de procriação e de se relacionar sexualmente com responsabilidade, haja vista que têm um dever de cuidado quanto à criança que poderá ser concebida como fruto deste relacionamento.

Note-se que a paternidade responsável está atrelada juridicamente, como preceitua o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, ao princípio da dignidade da pessoa humana, a qual, na visão de Gregorio Peces-Barba Martínez, não é em sua origem um conceito jurídico, mas sim um *constructo* filosófico que expressa o valor intrínseco da pessoa, que a faz única e irrepetível, sendo o centro do mundo e, ao mesmo tempo, centrada no mundo, como um fim que ela mesma decide qual é e, portanto, nunca um meio²⁷.

No mesmo diapasão, Wanderlei de Paula Barreto propugna que a “dignidade, por conseguinte, ao lado da liberdade e da igualdade, foram alçadas pelo direito racionalista moderno à categoria de direitos fundamentais que caracterizam e, em certo grau, legitimam o Estado Democrático de Direito”²⁸.

De acordo como preleciona Immanuel Kant, a dignidade é o valor absoluto da própria racionalidade humana, pois enquanto as coisas podem ser considerados como seres destituídos de razão, as pessoas são seres racionais que possuem vontade, o que lhes atribui dignidade que é reconhecida como valor e atributo maior da pessoa humana. Enquanto as coisas têm preço, as pessoas possuem dignidade²⁹.

No tocante à paternidade responsável, esta pode ser conceituada como a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual, material, sexual e espiritual aos filhos³⁰.

Donald Woods Winnicott assevera que “prover” as necessidades infantojuvenis significa “prover o ambiente que facilite a saúde mental individual e o desenvolvimento

²⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p. 453-454.

²⁷MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde La filosofia del derecho*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003, p. 68.

²⁸BARRETO, Wanderlei de Paula. Inovações sobre a personalidade jurídica e os direitos da personalidade no novo Código civil brasileiro. *DBJV - Mitteilungen*, n. 2, fev. 2004. Disponível em: http://www.dbjv.de/dbjv-high/mitteilungen/04-02/DBJV_Mitteilungen_02-2004.pdf. Acesso em: 20 ago. 2011.

²⁹KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 17.

³⁰CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. *IBDFAM*, Belo Horizonte. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 01 abr. 2012.

emocional”, em decorrência de que tal *status* apenas será alcançado se houver condições suficientemente boas, que colaborem para a integração da personalidade do infante e para o estabelecimento de sua independência como indivíduo³¹.

Clayton Reis defende, ademais, que a geração de um filho implica no dever de responsabilidade dos pais, o qual decorre do poder familiar, conforme previsto no artigo 1.634 do Código Civil. Logo, aqueles que pretendem gerar uma criança devem ponderar as consequências oriundas de seu nascimento, a fim de que desempenhem os cuidados indispensáveis para a manutenção e educação deste novo ser humano³².

Por óbvio, a expressão “paternidade responsável” não se limita às obrigações exigidas da figurina masculina quanto ao cuidado dos filhos, mas também abrange o papel materno no desenvolvimento psicofísico dos infantes. Por esta razão, Guilherme Calmon Nogueira da Gama prefere utilizar-se do vocábulo “parentalidade” para se referir à responsabilidade que o pai e a mãe possuem na educação e criação de seus filhos³³.

Além disso, é ínsita à noção de parentalidade responsável o dever de cuidado que os pais devem exercer em relação aos filhos. Deve-se compreender por “cuidado” a atitude de dedicar-se, de doar-se a algo ou alguém, desenvolvendo uma relação de confiança mútua entre o cuidador e aquele que recebe o cuidado. Tal confiança é essencial para o desenvolvimento e o amadurecimento psíquico da criança³⁴.

O cuidado pode, ainda, ser definido como uma conduta em relação ao outro, ou seja, “um modo-de-ser mediante o qual a pessoa sai de si e se centra no outro com desvelo e solicitude”. Nele está inserido a noção de desvelo, solicitude, diligência, zelo, atenção, bom trato e de responsabilidade, por meio da qual as pessoas relacionam-se e o ser humano vai construindo o próprio ser, a autoconsciência e a própria identidade³⁵.

Tânia da Silva Pereira defende a elevação do “cuidado” à categoria de valor jurídico no âmbito do Direito de Família. No caso da criança e do adolescente, o cuidado implica na ideia de aconchego, carinho, delicadeza e afeto por parte dos pais ou responsáveis³⁶.

³¹WINNICOTT, Donald Woods. *O ambiente e os processos de maturação: estudos sob a teoria do desenvolvimento emocional*. Tradução de Irineo Constantino Schuch Ortiz. Porto Alegre: Artmed, 1983, p. 63.

³²REIS, Clayton. O planejamento familiar: um direito de personalidade do casal. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, v. 8, n. 2, p. 415-435, 2008.

³³GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Cuidado e Planejamento Familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 239.

³⁴MAIA, Marisa Schargel. Cuidado e Vulnerabilidade Psíquica. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 364.

³⁵BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 86.

³⁶PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 58-63.

Para Donald Winnicott, o primeiro cuidado de que a criança necessita nos meses iniciais de vida é o materno, que, aos poucos, cede lugar ao cuidado oferecido por ambos os pais, e estes, conjuntamente, responsabilizam-se pelo desenvolvimento do filho. Além disso, segundo o mencionado autor, “o cuidado proporcionado pelos pais evolui para a família e esta palavra começa a ter seu significado ampliado e passa a incluir os avós, primos, e outros indivíduos que adquirem o *status* de parentes devido à sua grande proximidade”³⁷.

No ordenamento jurídico pátrio é possível extrair o princípio da parentalidade responsável do art. 227, *caput*, da Constituição Federal e do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais estabelecem o dever da família de assegurar a concretização dos direitos infantojuvenis.

O Código Civil brasileiro determina, por sua vez, no inc. IV do art. 1.566, que é dever de ambos os cônjuges na constância do casamento o sustento, a guarda e a educação dos filhos. No tocante ao exercício do poder familiar, o art. 1.634, inc. I, do citado Diploma Legal também prescreve aos pais, em relação aos filhos menores, a obrigação de dirigir-lhes a educação e a criação.

No âmbito internacional de proteção aos direitos infantojuvenis, a Declaração dos Direitos da Criança assegura, no Princípio 6º, que a criança deverá crescer, “sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material”.

O art. 18 da Convenção sobre os Direitos da Criança atribui aos pais ou responsáveis legais a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança, tendo em vista o seu melhor interesse. Outrossim, o art. 5º estabelece o dever dos Estados partes de respeitarem os direitos e os deveres dos pais de proporcionarem aos filhos menores a instrução e a orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos no referido tratado internacional.

O intuito do legislador tanto no âmbito nacional quanto internacional é que haja o exercício da paternidade responsável, porque só assim todos os princípios fundamentais, como a vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana, a filiação, dentre outros, serão respeitados.

Ressalte-se que a tutela jurídica da paternidade responsável também decorre de dois princípios basilares atinentes aos direitos infantojuvenis: o princípio da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, ambos previstos no âmbito da

³⁷WINNICOTT, Donald Woods. *A família e o desenvolvimento individual*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 130.

Convenção sobre os Direitos da Criança. É que os estes, como sujeitos de direitos fundamentais, deixaram de ser considerados objetos para alcançarem a condição de seres humanos com dignidade³⁸.

Andréa Rodrigues Amin assevera que a doutrina da proteção integral diferencia-se por estar assentada em três pilas. Primeiro, o reconhecimento da peculiar situação da criança e do adolescente como seres em desenvolvimento, carecendo, destarte, de uma tutela especial; em segundo, o direito à convivência familiar da população infantojuvenil; e, finalmente, a obrigatoriedade dos Estados Partes assegurarem o cumprimento dos direitos previstos na Convenção com absoluta prioridade³⁹.

Nesse sentido, Josiane Rose Petry Veronese relata que a Doutrina da Proteção Integral encampada pela Convenção sobre os Direitos da Criança situa o infante em uma situação privilegiada de garantia, obrigando os países signatários a priorizarem os interesses infantojuvenis, de modo a reconhecerem a criança como um sujeito de direitos fundamentais⁴⁰.

Proteger a criança de forma integral é proporcionar-lhe uma atenção diferenciada, que rompa com o tratamento igualitário puramente formal, para conceder-lhe um cuidado privilegiado, que lhe assegure a satisfação de suas necessidades de pessoa em desenvolvimento⁴¹. Ainda, segundo Paulo Afonso Garrido de Paula, “proteção no sentido de resguardo às condições para a felicidade atual e futura”, e integral “porquanto devida à totalidade do ser humano, nos seus mais variados aspectos, notadamente físico, mental, moral, espiritual e social”⁴².

No tocante ao princípio do melhor interesse da criança, sua previsão já constava no Princípio 2º da Declaração dos Direitos da Criança⁴³. Outrossim, a Convenção acerca dos Direitos da Criança, prevê, em seu art. 3º, item “1”, que “todas as ações relativas às crianças,

³⁸GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p. 464.

³⁹AMIM, Andréa Rodrigues. *Evolução História do Direito da Criança e do Adolescente*. In: MACIEL, Katia (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 12.

⁴⁰VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marli Marlene Moraes da Costa. *Violência doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente: uma leitura interdisciplinar*. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 13.

⁴¹SOUZA, Sergio Augusto Guedes Pereira de. *Os Direitos da Criança e os Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 75-76.

⁴²PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25.

⁴³Dispõe o Princípio 2º que “A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.”

levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o maior interesse da criança”.

O princípio do melhor interesse deve ser utilizado como critério de interpretação de todo o ordenamento jurídico vigente, bem como na elaboração de futuras regras⁴⁴, haja vista que prioriza as necessidades da criança e do adolescente quando em conflito com os interesses dos pais ou responsáveis, ou mesmo da sociedade e do Estado.

Elucida Guilherme Calmon Nogueira da Gama que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente materializou uma relevante alteração de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o menor deixa de ser visto como objeto para alçar a condição de sujeito de direito, ou seja, “pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa”⁴⁵.

Para Cecilia Grosman, o melhor interesse da criança está relacionado ao exercício de seus direitos fundamentais e ao dever imposto a todos de respeitar as diferentes fases evolutivas da infância, cada uma com demandas e expectativas próprias⁴⁶.

Não se deve atribuir ao princípio do melhor interesse ou do interesse superior um alcance que ele nunca teve, legitimando uma série de abusos interpretativos que elevam a criança a uma categoria de “majestade suprema”. Tal princípio deve ser concebido como uma prescrição dirigida ao Estado-administrador, ao Estado-juiz e ao Estado-legislador, conformando-o com as reais necessidades da criança. Do mesmo modo, a família deve orientar-se pelo melhor interesse dos filhos menores na tomada de qualquer decisão em relação a estes⁴⁷.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 também adotou o princípio da proteção integral ao prever em ser art. 227 que é assegurado à criança e ao adolescente 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, em observância ao princípio da proteção integral, atribuindo-se à família, à sociedade e ao Estado o dever de garantir a efetivação dessas prerrogativas.

⁴⁴AMIM, Andrea Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*: aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 28.

⁴⁵GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Cuidado e planejamento familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 240.

⁴⁶GROSMAN, Cecilia P. El interés superior del niño. In: GROSMAN, Cecilia P. (Dir.). *Los derechos del niño en la familia*: discurso y realidad. Buenos Aires: Universidad, 1998, p. 46.

⁴⁷MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 179-184.

Acrescente-se que com o advento da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), o sistema de proteção do infante passou a contar com uma série de normas sistematizadas e centradas em seu melhor interesse, visando conduzi-lo “ao alcance da maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena de seus direitos fundamentais” .

O princípio da paternidade responsável associado à dignidade da pessoa evidencia o dever de cuidado que os pais possuem em relação aos filhos menores, pois apenas deste modo os direitos infantojuvenis serão respeitados, em decorrência de que os infantes e juvenis poderão desenvolver a personalidade de modo saudável, isto é, com observância à proteção integral e ao melhor interesse.

4 DA NEGLIGÊNCIA: UMA OMISSÃO PARENTAL EM RELAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO PARA COM OS FILHOS

A prática de negligência no âmbito doméstico, além de revelar uma transgressão ao princípio da paternidade responsável, também se enquadra como uma forma de violência intrafamiliar perpetrada contra a criança e o adolescente.

Para Viviane Nogueira de Azevedo Guerra, a violência doméstica praticada contra a população infantojuvenil é um abuso do poder disciplinar e coercitivo dos pais ou responsáveis, em que estes sujeitam o filho a uma situação de maus-tratos como verdadeiros objetos de dominação, podendo prolongar-se por meses ou anos.⁴⁸ São “relações hierárquicas adultocêntricas”, caracterizadas por um processo de vitimização em que o adulto aprisiona a vontade e o desejo da vítima, coagindo-a a satisfazer os interesses, as expectativas e as paixões do agressor.⁴⁹

Hilda Marchiori assevera que o abuso infantil está relacionado a comportamentos intencionais, sistemáticos e violentos praticados por adultos, geralmente os pais, direcionados à mesma vítima, no caso, uma criança ou um adolescente.⁵⁰

Segundo Cecilia Grosman, pode-se conceituar, ainda, a violência intrafamiliar como qualquer ação ou omissão intencional e sistemática praticada por pais ou responsáveis que

⁴⁸ GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 31-32.

⁴⁹ AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. Vitimação e vitimização: questões conceituais. In: AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Org.). *Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder*. 2. ed. São Paulo: Iglu, 2000, p. 35.

⁵⁰ MARCHIORI, Hilda. Criminología: víctimas vulnerables. In: FUGARETTA, Juan Carlos; ROMANO, Esther (Comp.). *Nuevas perspectivas interdisciplinarias en violencia familiar*. Buenos Aires: Ad - Hoc, 2001, p. 174.

privem os filhos do exercício de seus direitos e de gozar de uma situação de bem-estar, interferindo, por consequência, no seu correto desenvolvimento físico, psíquico e social⁵¹.

É intercorrente a presença de violência doméstica no seio das famílias brasileiras, uma vez que os pais enxergam os filhos como “propriedade” e não como “sujeitos de direitos”, evidenciando, assim, uma crise de autoridade que atinge toda a sociedade moderna.

Conforme o Estudo acerca da Violência contra Crianças publicado pelas Nações Unidas em 2006, a aceitação social da violência doméstica é um dos fatores que contribui para a sua manutenção. Isto porque tanto os infantes quanto os agressores tendem a aceitar a violência física, psicológica e sexual como inevitáveis e normais⁵².

No caso da criança e do adolescente, é a sua vulnerabilidade no desenvolvimento físico, psíquico e sexual que os torna sujeitos à prática de violência intrafamiliar, sobretudo em razão de dois motivos: a) quanto mais tenra a idade da criança, menores são as possibilidades de que perceba que está sendo vítima de maus-tratos domésticos; e b) ainda que compreendam a agressão ou perigo de abuso, dificilmente a criança ou adolescente estarão aptos a se defenderem ou a solicitarem a ajuda e intervenção de um terceiro.⁵³

Ocorre que algumas crianças têm sua vulnerabilidade potencializada em razão de serem introspectivas, tímidas, solitárias, portadoras de distúrbios físicos ou psicológicos, ou, ainda, por estarem passando por algum problema específico que as torna ainda mais dependentes do que de costume⁵⁴.

Dentre as modalidades de violência de pais contra filhos, Cecilia P. Grosman apresenta quatro tipos de violência: “el maltrato físico, el maltrato emocional, el abandono o negligencia, el maltrato sexual”⁵⁵. Para Viviane Guerra, há quatro modalidades de violência doméstica: violência física, violência sexual, violência psicológica e negligência⁵⁶. Garbarino e Eckenrode também estabelecem quatro tipos de violência: abuso físico, abuso emocional, abuso sexual e descuido.⁵⁷

⁵¹GROSMAN, Cecilia P. El Maltrato Infantil en la familia: El encuentro entre lo público y lo privado. In: CADOCHÉ, Sara Noemi (Dir). *Violencia Familiar*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 57.

⁵²UNITED NATIONS. *Study on violence against children*. Disponível em: <<http://www.unviolencestudy.org/>>. Acesso em 24 maio 2012.

⁵³MARCHIORI, Hilda. Criminología: víctimas vulnerables. In: FUGARETTA, Juan Carlos; ROMANO, Esther (Comp.). *Nuevas perspectivas interdisciplinarias en violencia familiar*. Buenos Aires: Ad - Hoc, 2001, p. 173-176.

⁵⁴INTEBI, Irene V. *Abuso sexual infantil en las mejores familias*. Buenos Aires: Granica, 1998, p. 162-163.

⁵⁵GROSMAN, Cecilia P. El maltrato infantil en la familia: el encuentro entre lo público y lo privado. In: CADOCHÉ, Sara Noemi (Dir). *Violencia familiar*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 167.

⁵⁶GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 33.

⁵⁷GARBARINO, James; ECKENRODE, John. *Por que las familias abusan de sus hijos: enfoque ecológico sobre el maltrato de niños y de adolescentes*. Tradução de L. Wolfson. Barcelona: Granica, 1999, p. 26-33.

Note-se, destarte, que a violência intrafamiliar perpetrada contra a infância e a adolescência é usualmente classificada em quatro modalidades, quais sejam a violência física, o abuso sexual, o abandono ou a negligência, e a violência psíquica, ora denominada violência psicológica ou abuso emocional.

Diferentemente da violência física, da violência psicológica e do abuso sexual, os quais se concretizam, sobretudo, por meio de condutas comissivas dos pais ou responsáveis, como agredir, xingar ou fazer carícias nos órgãos sexuais da vítima, o abandono ou a negligência intrafamiliar implica, principalmente, em uma omissão parental no cuidado dos filhos menores.

Diane DePanfilis ressalta que, embora a negligência seja o tipo de maltrato infantil mais recorrente, recebe pouca atenção dos pesquisadores e profissionais da área, em decorrência de que é praticada de forma omissiva, não deixando marcas aparentes na vítima⁵⁸.

Estudos realizados nos Estados Unidos revelam que a negligência representa 75% dos casos confirmados de violência nas famílias. Somente no ano de 2010, 538 mil crianças foram negligenciadas no citado país. Além disso, este tipo de conduta resultou em 68% das 1.560 ocorrências de crianças mortas neste mesmo ano como resultado de violência infantil.⁵⁹

No Brasil, a despeito das pesquisas serem esparsas, os dados colhidos também confirmam a negligência como a modalidade de violência com maior incidência quando as vítimas são crianças. O estudo desenvolvido pelo Laboratório de Estudos da Criança – LACRI entre os anos de 1996 a 2007, apontou a negligência como a modalidade de violência com maior percentual de denúncias – 41,4% do total⁶⁰. Entre o período de maio de 2003 a maio de 2009, 35% das denúncias recebidas pelo serviço “Disque 100” tratavam de abandono ou negligência, ocupando o primeiro lugar do ranking, seguido de violência física e psicológica (34%) e de abuso sexual (35%).⁶¹ No ano de 2011, o Ministério da Saúde verificou que das 14.625 notificações de violência intrafamiliar contra crianças menores de dez anos, 36% correspondiam a alguma forma de negligência.⁶²

⁵⁸DEPANFILIS, Diane. *Child Neglect: A Guide for Prevention, Assessment, and Intervention*. Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, 2006, p. 9.

⁵⁹UNITED STATES, Department of Health and Human Services. Acts of omission: An overview of child neglect. *Child Welfare Information Gateway*, Washington, DC, ago. 2012.

⁶⁰LACRI. *A ponta do iceberg*. Disponível em: <<http://www.ip.usp.br/laboratorios/lacri/iceberg.htm>>. Acesso em 24 maio 2012.

⁶¹BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. *Disque 100: 100 mil denúncias e um retrato da violência sexual infantojuvenil*. Disponível em: <carinhodeverdade.org.br/pub/pdf/cartilha_disque_100.pdf>. Acesso em 24 maio 2012.

⁶²MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Abuso sexual é o segundo maior tipo de violência*. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/5242/162/abuso-sexual-e-o-segundo%3Cbr%3E-maior-tipo-de-violencia.html>>. Acesso em 22 out. 2012.

Viviane Nogueira de Azevedo Guerra conceitua negligência como a omissão dos pais ou responsáveis em “prover as necessidades físicas e emocionais de uma criança ou adolescente”, desde que tal desassistência não decorra de uma incapacidade financeira da família⁶³.

De outro lado, Climene Laura de Camargo diferencia o abandono da negligência, afirmando que aquele trata das situações em que os pais ou responsáveis se ausentam da companhia dos filhos, expondo-os a uma situação de risco, enquanto que esta corresponde à omissão parental em assistir materialmente e emocionalmente a criança⁶⁴.

Não existe um consenso doutrinário acerca do conceito de negligência, todavia, é assente as condutas que se caracterizam como tal, como a falta de nutrição e higiene adequadas para a idade da criança, o uso de roupas que não condizem com a respectiva estação climática, os cuidados médicos e dentários inadequados, deixar a criança em lugares que não são seguros, não supervisionar o infante, abandoná-lo ou expulsá-lo de casa⁶⁵.

Josiane Rose Petry Veronese e Marli Marlene Moraes da Costa afirmam que a negligência é uma forma de indiferença, seja intencional ou não, em relação às necessidades interiores e exteriores da população infantojuvenil. Caracteriza-se, outrossim, pela ausência de interesse dos pais “pelas expectativas, pelos anseios, sonhos e temores da criança”⁶⁶.

De acordo com a Organização das Nações Unidas, conforme o Comentário Geral n. 13, de 18 de abril de 2011, apresentado pelo Comitê dos Direitos da Criança, pode-se conceituar negligência como a falha em suprir as necessidades psicofísicas da criança, bem como de protegê-la do perigo ou de obter os serviços médicos necessários para o seu desenvolvimento, abrangendo, outrossim, as seguintes condutas:

- (a) Physical neglect: failure to protect a child from harm, including through lack of supervision, or failure to provide the child with basic necessities including adequate food, shelter, clothing and basic medical care;
- (b) Psychological or emotional neglect: including lack of any emotional support and love, chronic inattention to the child, caregivers being “psychologically unavailable” by overlooking young children’s cues and signals, and exposure to intimate partner violence, drug or alcohol abuse;
- (c) Neglect of children’s physical or mental health: withholding essential medical care;

⁶³GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 33.

⁶⁴CAMARGO, Climene Laura de; BURALLI, Keiko Ogura. *Violência familiar*. Salvador: Ultragraph, 1998, p. 95.

⁶⁵ZIELEWSKI, Erica H.; MALM, Karin; GEEN, Rob. *Children Caring for Themselves and Child Neglect: When Do They Overlap?* Washington, DC: The Urban Institute, 2006, p. 8.

⁶⁶VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marli Marlene Moraes da Costa. *Violência doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente: uma leitura interdisciplinar*. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 119-120.

(d) Educational neglect: failure to comply with laws requiring caregivers to secure their children's education through attendance at school or otherwise; and

(e) Abandonment: a practice which is of great concern and which can disproportionately affect, inter alia, children out of wedlock and children with disabilities in some societies.⁶⁷

James Garbarino e John Eckenrode esclarecem que as condutas omissivas que se qualificam como negligência ou descuido estão sempre relacionadas à idade da vítima. As crianças mais novas, sobretudo os lactentes, necessitam de um cuidado integral, por isso qualquer falha em proporcionar aquilo que o bebê demanda naquele exato momento já pode implicar na exposição a um risco desnecessário. Por outro lado, à medida que as crianças crescem, a negligência significa o seu empobrecimento no desenvolvimento físico e psicológico. Na adolescência, o descuido físico dificilmente se concretiza, sendo muito mais recorrente a negligência emocional⁶⁸.

Outro fator imprescindível para a compreensão da negligência é a cronicidade da conduta parental, ou seja, se os pais ou responsáveis estão repetindo, com uma certa frequência, uma desatenção no cuidado dos infantes. O simples ato de se esquecer de fornecer ao filho uma dose do antibiótico não configura, por si só, uma negligência, todavia, a partir do momento em que esta omissão se torna recorrente, a negligência evidencia-se. Ressalte-se que omissões mais graves, como esquecer o filho na banheira com água quente, não precisam de cronicidade para caracterizarem o maltrato⁶⁹.

A exemplo do Comentário Geral n. 13 da ONU, alguns autores, como Diane DePanfilis⁷⁰, Martha Farrell Erickson e Byron Egeland⁷¹, subdividem a negligência em cinco

⁶⁷Tradução livre: “(a) Negligência física: falha em proteger a criança de todo mal, incluindo a falta de supervisão, ou a falha em prover as necessidades básicas da criança, como alimentação adequada, abrigo, vestimentas e assistência médica; (b) Negligência psicológica ou emocional: inclui a falta de qualquer suporte emocional e de amor, a desatenção crônica em relação à criança, a “indisponibilidade psicológica” em ignorar os sinais das crianças pequenas, e expor a criança à violência, ao uso de drogas ou álcool; (c) Negligenciar as necessidades físicas e mentais da criança, privando-a de cuidados médicos essenciais; (d) Negligência educacional: falha em obedecer às leis que determinam como os pais e cuidadores devem conduzir a educação dos filhos, controlando a frequência escolar, além de outras medidas; (e) Abandono: uma prática que é de grande preocupação e que pode afetar de modo desproporcional, sobretudo filhos fora do casamento e as crianças com deficiência, em determinadas sociedades”. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. *General Comment n. 13: the right of the child to freedom from all forms of violence*. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>>. Acesso em 22 out. 2012.

⁶⁸GARBARINO, James; ECKENRODE, John. *Por que las familias abusan de sus hijos: enfoque ecológico sobre el maltrato de niños y de adolescentes*. Tradução de L. Wolfson. Barcelona: Granica, 1999, p. 32-33.

⁶⁹DEPANFILIS, Diane. *Child Neglect: A Guide for Prevention, Assessment, and Intervention*. Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, 2006, p. 11.

⁷⁰Ibid.

⁷¹ERICKSON, Martha Farrell; EGELAND, Byron. Child Neglect. In: MYERS, John et. al. (Ed.). *The APSAC handbook on child maltreatment*. 2. ed. California: Sage, 2002.

modalidades: a) negligência física; b) negligência médica, c) negligência educacional, d) negligência emocional; e e) supervisão inadequada.

Configura negligência física a falha paterna ou materna em prover ao filho as necessidades relacionadas à alimentação, vestimenta e abrigo, excluindo-se os casos em que a precariedade da nutrição, das roupas e da limpeza estejam relacionadas à pobreza.⁷²

Questiona-se se a negligência parental em relação à qualidade da alimentação do filho também se caracterizaria como uma forma de violência quando, em decorrência desta omissão, a criança se torna obesa. Nesse sentido, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira citam um caso ocorrido na Espanha, em 2009, em que a justiça transferiu a guarda de uma criança para a Administração Pública diante do descaso dos pais em modificar os hábitos alimentares do filho, um menino de nove anos de idade que pesava duzentos e cinquenta quilos. As supramencionadas autoras ressaltam que apenas deve ocorrer uma intervenção judicial por negligência na educação alimentar quando se tratar de um caso extremo, a exemplo do casuístico espanhol.⁷³

O abandono total ou parcial do infante, bem como a sua expulsão do lar, também se amoldam na espécie de negligência supramencionada, como ocorre nas situações em que o bebê é abandonado em lugares públicos logo após o nascimento; quando o menor é internado no hospital em decorrência de alguma enfermidade, mas seus pais não voltam para buscá-lo no momento em que é liberado para voltar ao seu lar; ou mesmo na hipótese de um dos genitores deixar o filho sob os cuidados de outro genitor, ou mesmo de um terceiro, e demorar muito para regressar ou nunca regressar⁷⁴.

A negligência médica ocorre quando os pais ou responsáveis deixam de submeter o filho menor a um tratamento de saúde recomendando por um profissional da área ou quando falham em seguir as prescrições médicas e odontológicas relacionadas ao bem-estar da criança, como a posologia e horário da medicação, a troca de curativos etc⁷⁵.

No Brasil, a negligência educacional é mais difundida como abandono intelectual, em decorrência do crime previsto no art. 246 do Código Penal. Implica neste tipo de

⁷²ERICKSON, Martha Farrell; EGELAND, Byron. Child Neglect. In: MYERS, John et. al. (Ed.). *The APSAC handbook on child maltreatment*. 2. ed. California: Sage, 2002, p. 6.

⁷³SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Cuidado, Autoridade Parental e Obesidade Infantojuvenil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 198-201.

⁷⁴NATIONAL ABANDONED INFANTS ASSISTANCE RESOURCE CENTER. Boarder Babies, Abandoned Infants, and Discarded Infants. *Journal of AIA*, Berkeley, dez. 2005. Disponível em: <<http://aia.berkeley.edu/publications/fact-sheets/>>. Acesso em 20 nov. 2012.

⁷⁵UNITED STATES, Department of Health and Human Services. Acts of omission: An overview of child neglect. *Child Welfare Information Gateway*, Washington, DC, ago. 2012.

negligência a recusa dos pais ou responsáveis em matricular o filho na escola ou a indiferença quanto à frequência e desempenho escolar da criança.

A omissão parental em relação às necessidades afetivas e psicológicas da criança ou do adolescente configura, por sua vez, a prática de negligência emocional. Esta modalidade de descuido aproxima-se e confunde-se com a violência ou abuso psicológico, mas em sua forma omissiva.

Diane DePanfilis acrescenta que, além da falta de demonstração de afeto, a negligência emocional também se caracteriza quando há uma exposição crônica da criança a situações de violência doméstica entre os cônjuges, bem como nas situações em que os pais ou responsáveis encorajam ou permitem a utilização de bebidas alcoólicas e de substâncias tóxicas por parte dos filhos menores⁷⁶.

No que se refere às crianças pequenas, sobretudo aos menores de dois anos de idade, Evelyn Wotherpoon e Pamela Gough destacam que estas necessitam desenvolver um relacionamento com ao menos um cuidador que seja sensível as suas necessidades psicofísicas. Ainda que o bebê receba alimentação, higienização e roupas adequadas, a negligência emocional estará configurada se o pai ou responsável não for capaz de se relacionar afetuosamente com a criança⁷⁷.

A última modalidade de negligência é a supervisão inadequada, o que abrange a conduta de deixar a criança sozinha por mais tempo do que o recomendado para a sua faixa etária, bem como permitir que o infante seja supervisionado por um cuidador que se sabe ser incapaz de cumprir com esta tarefa.

Expor a criança a risco de acidente doméstico também demonstra uma falta de supervisão adequada, como deixar ao alcance do infante objetos cortantes (facas, tesouras com pontas), bem como produtos tóxicos (água sanitária, veneno para rato, álcool) ou armas (revolver, espingarda etc).⁷⁸

Erica Zielewski, Karin Malm e Rob Geen asseveram que a supervisão inadequada da criança é a forma mais comum de negligência. No entanto, as pesquisas nesse sentido ainda são precárias porque muitos pais não têm coragem de admitir que deixam seus filhos pequenos sozinhos em casa ou sob os cuidados de outro filho com menos de treze anos de

⁷⁶DEPANFILIS, Diane. *Child Neglect: A Guide for Prevention, Assessment, and Intervention*. Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, 2006, p. 14.

⁷⁷WOTHERSPOON, Evelyn; GOUGH, Pamela. Assessing Emotional Neglect in Infants. *CECW Information Sheet*, v. 59E, 2008. Disponível em: <www.cecw-cepb.ca/infosheets>. Acesso em 21 nov. 2012.

⁷⁸DEPANFILIS, op. cit., p. 13.

idade, enquanto trabalham ou realizam outras atividades⁷⁹.

Considerando que a negligência não costuma deixar marcas físicas, o seu diagnóstico torna-se potencialmente complicado, notadamente quando a vítima é uma criança pequena que ainda não desenvolveu a habilidade da comunicação oral. Não obstante, alguns sinais podem ser indicadores de que determinado infante está sendo negligenciado no ambiente familiar, quando, por exemplo, o menor falta frequentemente às aulas, implora por comida ou por dinheiro, demonstra necessitar de cuidado médico ou odontológico, está geralmente sujo ou com mau cheiro, faz o uso de roupas inadequadas ao clima e afirma que não tem ninguém em casa para cuidar de si⁸⁰.

As sequelas provocadas pela negligência são igualmente ou até mesmo mais severas que as consequências da violência física e do abuso sexual. Em geral, as crianças negligenciadas apresentam dificuldades no desenvolvimento de autoconfiança, concentração e habilidades sociais indispensáveis para o ambiente escolar e para o estabelecimento de relacionamentos estáveis⁸¹.

Esclarece Diane DePanfilis que a negligência afeta a infante vítima em quatro diferentes aspectos: na saúde e no desenvolvimento físico; no desenvolvimento cognitivo e intelectual; no desenvolvimento emocional e psicológico; e, por fim, no desenvolvimento social e comportamental.⁸²

Quando a criança é negligenciada fisicamente e medicalmente, pode desenvolver uma série de problemas e de enfermidades, ou mesmo agravá-las, no caso de doenças pré-existentes. É comum, destarte, verificar na vítima déficit de crescimento, infecções cutâneas, assaduras graves, infecções persistentes, anemia, asma, bem como é possível que apresente desnutrição e um desenvolvimento cerebral prejudicado. Isto porque o cérebro do infante que é mal nutrido, sobretudo nos primeiros anos de vida, mostra um crescimento atrofiado em decorrência de sinapses mais lentas, ocasionando um déficit cognitivo, social e comportamental. A falta de ferro no organismo também é responsável por causar ansiedade, depressão e dificuldades de atenção.⁸³

Pesquisadores americanos da Universidade da Califórnia, em Los Angeles,

⁷⁹ZIELEWSKI, Erica H.; MALM, Karin; GEEN, Rob. *Children Caring for Themselves and Child Neglect: When Do They Overlap?* Washington, DC: The Urban Institute, 2006.

⁸⁰UNITED STATES, Department of Health and Human Services. Acts of omission: An overview of child neglect. *Child Welfare Information Gateway*, Washington, DC, ago. 2012.

⁸¹ERICKSON, Martha Farrell; EGELAND, Byron. Child Neglect. In: MYERS, John et. al. (Ed.). *The APSAC handbook on child maltreatment*. 2. ed. California: Sage, 2002, p. 14.

⁸²DEPANFILIS, Diane. *Child Neglect: A Guide for Prevention, Assessment, and Intervention*. Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, 2006, p. 21.

⁸³Ibid., p. 22-23.

compararam os cérebros de duas crianças com três anos de idade. Enquanto uma delas recebeu atenção, cuidado e carinho de sua mãe, a outra foi extremamente negligenciada nos primeiros dois anos de vida. O cérebro da primeira criança apresentou um nível de desenvolvimento pleno, enquanto que as imagens do córtex cerebral da vítima de negligência revelaram pontos escuros e uma massa encefálica menor. De acordo com a pesquisa, o déficit de crescimento cerebral deveu-se ao prejuízo que ocorreu na formação das sinapses, o que pode afetar não só a inteligência da criança maltratada, como também sua empatia e capacidade de aprendizado, além de possuir maior propensão ao uso de álcool e drogas e de envolvimento com a delinquência.⁸⁴

Evelyn Wotherpoon e Pamela Gough afirmam que entre o terceiro trimestre de gestação e o segundo ano de vida, o cérebro infantil apresenta um ápice de crescimento, sendo que a qualidade dos cuidados dispensados pelos pais ou responsáveis nesse período é essencial para que a criança alcance a maturidade emocional. Logo, se um lactente sofre longos períodos de negligência afetiva, ainda que receba cuidado físico adequado, são liberados no cérebro altos níveis de cortisol, o hormônio do estresse, que pode causar a morte de neurônios, prejudicando o desenvolvimento mental da vítima.⁸⁵

Em geral, a criança negligenciada por seus pais ou cuidadores pode desenvolver uma série de distúrbios emocionais, cognitivos e comportamentais: apresenta um QI mais baixo em comparação com os infantes que não sofreram qualquer abuso; tem dificuldade de controlar as próprias emoções e impulsos; costuma ser quieta e submissa; vivencia distúrbios de sono e de alimentação; não é responsiva à afeição; demonstra apatia; apresenta comportamentos autodestrutivos, como tentativas de suicídio; sofre de depressão, ansiedade ou baixa autoestima; tem distúrbios psíquicos, como pânico, hiperatividade, déficit de atenção, estresse pós-traumático etc; possui uma tendência a se envolver precocemente com atividades sexuais, podendo desenvolver uma gestação não planejada; abusa de álcool ou de drogas; e costuma se envolver com atividades criminosas.⁸⁶

A consequência mais grave da negligência parental é o óbito da vítima. Recentemente foi noticiado no Brasil o caso de Manuella Mantila Sueth, uma menina de dez meses que foi esquecida dentro do carro pelo pai, por um período de quatro horas, na tarde do dia 08 de novembro de 2012, no Município de Volta Redonda, Rio de Janeiro e que acabou

⁸⁴MILHORANCE, Flávia. *Estímulo para a formação cerebral: o impacto do amor*. O Globo. Rio de Janeiro, 30 out. 2012, Caderno Ciência, p. 36.

⁸⁵WOTHERSPOON, Evelyn; GOUGH, Pamela. Assessing Emotional Neglect in Infants. *CECW Information Sheet*, v. 59E, 2008. Disponível em: <www.cecw-cepb.ca/infosheets>. Acesso em 21 nov. 2012.

⁸⁶DEPANFILIS, Diane. *Child Neglect: A Guide for Prevention, Assessment, and Intervention*. Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, 2006, p. 26.

falecendo por asfixia⁸⁷. No dia 14 de fevereiro de 2013, em Divinópolis, Minas Gerais, mais um bebê foi a óbito em decorrência da negligência de seu pai, que o esqueceu por mais de seis horas no interior do veículo, enquanto trabalhava em um supermercado⁸⁸. Casos semelhantes a este ocorreram na Bélgica⁸⁹, em 2012, e em Portugal, em 2009⁹⁰.

O abandono ou a negligência de crianças e adolescentes é uma triste realidade cuja incidência nas famílias supera os casos de abuso sexual, de violência física e de violência psicológica. Trata-se de um fenômeno que evidencia a falta de cuidado e de afeto dos pais em relação aos filhos, os quais, em decorrência de sua vulnerabilidade, sofrem sequelas nefastas no desenvolvimento da personalidade. É necessário conscientizar a sociedade acerca deste tipo de omissão parental, haja vista que implica em uma violação aos direitos fundamentais infantojuvenis, além de corroborar a falha parental em exercer a paternidade de forma responsável.

CONCLUSÃO

A criança e o adolescente são seres vulneráveis, pois estão vivenciando um processo de formação e transformação sexual, fisiológica e psíquica. Um ser humano apenas atingirá a maturidade emocional quando for criado em um lar que lhe proporcione afeto e compreensão, propiciando a transição entre o cuidado dos pais e a vida social. Note-se que a família é fundamental para a formação da personalidade infantojuvenil, sendo que nos primeiros meses de vida do bebê é a mãe que exerce a função de transmitir carinho ao filho. Qualquer falha materna nesse sentido pode privar a criança de possuir uma psique bem construída e saudável.

Diante da vulnerabilidade da população infantojuvenil a Constituição Federal estabeleceu no art. 226, §7º, que, embora o planejamento familiar seja livre, este deve ser exercido tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da

⁸⁷ESTADÃO. *Bebê morre ao ser esquecido dentro de carro no Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,bebe-morre-ao-ser-esquecido-dentro-de-carro-no-rj,958127,0.htm>>. Acesso em 26 nov. 2012.

⁸⁸PEIXOTO, Paulo. *Pai esquece bebê de 7 meses no carro e criança morre*. Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/94117-pai-esquece-bebe-de-7-meses-no-carro-e-crianca-morre.shtml>>. Acesso em 09 mar. 2013.

⁸⁹Trata-se do caso de uma menina de onze meses que faleceu de desidratação após ter sido esquecida pelo pai dentro do carro por várias horas em Bruxelas, no dia 18 de junho de 2012. JORNAL DE NOTÍCIAS. *Bebê de 11 meses morreu esquecido no carro do pai*. Disponível em: <http://www.jn.pt/PaginaInicial/Mundo/Interior.aspx?content_id=1269624>. Acesso em 26 nov. 2012.

⁹⁰No dia 12 de março de 2009, na cidade de Aveiro, Portugal, João, com nove meses de idade, também faleceu em decorrência de ter sido esquecido pelo pai no interior do veículo por mais de três horas. ALMEIDA, Júlio. *Bebê morreu no carro ao sol esquecido pelo pai*. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=1174059>. Acesso em 26 nov. 2012.

paternidade responsável. Isto porque os pais possuem um dever de cuidado em relação aos filhos, no sentido de prover as necessidades psicofísicas, afetivas, intelectuais e espirituais que estes venham a ter.

O exercício da paternidade responsável tem, ademais, por escopo garantir que crianças e adolescentes usufruam dos direitos que lhe são assegurados no ordenamento jurídico pátrio, bem como nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, instrumentos estes que estão fundamentados, por sua vez, no princípio da proteção integral e do melhor interesse dos infantes e juvenis.

Uma das mais graves formas de transgressão ao princípio da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana é a violência perpetrada no âmbito doméstico. Trata-se de um padrão cultural de dominação, por meio do qual os genitores exercem seu poder sobre os infantes, impingindo castigos físicos ou emocionais, abusando sexualmente, negligenciando ou cometendo qualquer ação ou omissão que ocasione na vítima sequelas físicas, emocionais ou psicossociais.

É possível subdividir a violência intrafamiliar perpetrada contra a criança e o adolescente em quatro modalidades: violência física, violência psicológica, abuso sexual e, por último, a negligência ou o abandono.

O abandono ou a negligência implica na omissão parental em suprir as necessidades físicas e emocionais da criança ou do adolescente, desde que essa falta não seja resultado de uma situação de precariedade financeira. De acordo com as pesquisas realizadas no Brasil, assim como os dados americanos, a negligência lidera o ranking de incidência de abuso no âmbito da família. No entanto, a diminuta atenção que esta prática recebe deve-se ao fato de que as consequências físicas e psicológicas são atribuídas, muitas vezes, a outras causas, já que o descuido implica sempre em uma omissão por parte dos pais ou cuidadores.

O fenômeno da negligência tem sido enfrentado a partir de cinco subdivisões: negligência física, negligência médica, negligência educacional, negligência emocional e, por fim, a supervisão inadequada. Cada um destes aspectos possui características próprias e sugerem diferentes atitudes omissivas dos pais no cuidado com os filhos.

Saliente-se que a negligência prejudica o desenvolvimento cerebral da vítima, sobretudo nos primeiros anos de vida, quando a ausência de afeto é responsável por liberar hormônios de estresse que impedem o crescimento esperado do cérebro. Em geral, as consequências de qualquer forma de descuido influenciam negativamente a capacidade cognitiva e intelectual, o desenvolvimento emocional e psicológico, bem como a habilidade social e comportamental da vítima, podendo culminar com um óbito.

É, pois, imprescindível que a sociedade seja alertada acerca da alta incidência de negligência nas famílias, e que os pais saibam que possuem uma responsabilidade, um dever de cuidado em relação aos filhos. O planejamento familiar é livre, mas o ser humano deve ter consciência de que, a partir do momento em que decide ter um filho, deve zelar para que os direitos dessa criança sejam respeitados, tendo em vista seu melhor interesse e sua proteção integral. A negligência parental evidencia, destarte, uma falta de diligência dos pais em suprir as necessidades daqueles que deles dependem, seja em relação ao afeto, à alimentação, aos cuidados médicos, à educação ou à necessidade de uma supervisão adequada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Júlio. *Bebê morreu no carro ao sol esquecido pelo pai*. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=1174059>. Acesso em 26 nov. 2012.

AMIM, Andréa Rodrigues. Evolução História do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Katia (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. Vitimação e vitimização: questões conceituais. In: _____. *Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder*. 2. ed. São Paulo: Iglu, 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

BARRETO, Wanderlei de Paula. Inovações sobre a personalidade jurídica e os direitos da personalidade no novo Código civil brasileiro. *DBJV - Mitteilungen*, n. 2, fev. 2004. Disponível em: http://www.dbjv.de/dbjv-high/mitteilungen/04-02/DBJV_Mitteilungen_02-2004.pdf. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. *Resolução n. 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/res19696.htm>. Acesso em: 12 jan. 2013.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. *Disque 100: 100 mil denúncias e um retrato da violência sexual infantojuvenil*. Disponível em: <carinhodeverdade.org.br/pub/pdf/cartilha_disque_100.pdf . Acesso em 24 maio 2012.

CABRERA, Carlos Cabral; WAGNER, Luiz Guilherme da Costa Jr.; FREITAS, Roberto Mendes de Freitas Jr. *Direitos da Criança, do Adolescente e do Idoso: Doutrina e Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CAMARGO, Climene Laura de; BURALLI, Keiko Ogura. *Violência familiar*. Salvador: Ultragraph, 1998.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. *IBDFAM*, Belo Horizonte. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 01 abr. 2012.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. *General Comment n. 13: the right of the child to freedom from all forms of violence*. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>>. Acesso em 22 out. 2012.

DEPANFILIS, Diane. *Child Neglect: A Guide for Prevention, Assessment, and Intervention*. Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, 2006.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=703>. Acesso em 20 mar. 2012.

ERICKSON, Martha Farrell; EGELAND, Byron. Child Neglect. In: MYERS, John et. al. (Ed.). *The APSAC handbook on child maltreatment*. 2. ed. California: Sage, 2002.

ESTADÃO. *Bebê morre ao ser esquecido dentro de carro no Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,bebe-morre-ao-ser-esquecido-dentro-de-carro-no-rj,958127,0.htm>>. Acesso em 26 nov. 2012.

FERREIRA, Katia Maria Maia. Violência doméstica/intrafamiliar contra crianças e adolescentes: nossa realidade. In: SILVA, Lygia Maria Pereira da (Org.). *Violência doméstica contra a criança e o adolescente*. Recife: EDUPE, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar: 2003.

_____. Cuidado e planejamento familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

GARBARINO, James; ECKENRODE, John. *Por que las familias abusan de sus hijos: enfoque ecológico sobre el maltrato de niños y de adolescentes*. Tradução de L. Wolfson. Barcelona: Granica, 1999.

GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; SOLNIT Albert J. *No interesse da criança?* Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

GROSMAN, Cecilia P. El interés superior del niño. In: _____. (Dir.). *Los derechos del niño en la familia: discurso y realidad*. Buenos Aires: Universidad, 1998.

_____. El Maltrato Infantil en la familia: El encuentro entre lo público y lo privado. In: CADOCHÉ, Sara Noemi (Dir). *Violencia Familiar*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

INTEBI, Irene V. *Abuso sexual infantil en las mejores familias*. Buenos Aires: Granica, 1998.

JORNAL DE NOTÍCIAS. *Bebé de 11 meses morreu esquecido no carro do pai*. Disponível em: <http://www.jn.pt/PaginaInicial/Mundo/Interior.aspx?content_id=1269624>. Acesso em 26 nov. 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LACRI. *A ponta do iceberg*. Disponível em: <<http://www.ip.usp.br/laboratorios/lacri/iceberg.htm>>. Acesso em 24 maio 2012.

MAIA, Marisa Schargel. Cuidado e Vulnerabilidade Psíquica. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

MARCHIORI, Hilda. Criminología: víctimas vulnerables. In: FUGARETTA, Juan Carlos; ROMANO, Esther (Comp.). *Nuevas perspectivas interdisciplinarias en violencia familiar*. Buenos Aires: Ad - Hoc, 2001.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde La filosofía del derecho*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003.

MILHORANCE, Flávia. *Estímulo para a formação cerebral: o impacto do amor*. *O Globo*. Rio de Janeiro, 30 out. 2012, Caderno Ciência.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Abuso sexual é o segundo maior tipo de violência*. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/5242/162/abuso-sexual-e-o-segundo%3Cbr%3E-maior-tipo-de-violencia.html>>. Acesso em 22 out. 2012.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NATIONAL ABANDONED INFANTS ASSISTANCE RESOURCE CENTER. Boarder Babies, Abandoned Infants, and Discarded Infants. *Journal of AIA*, Berkeley, dez. 2005. Disponível em: <<http://aia.berkeley.edu/publications/fact-sheets/>>. Acesso em 20 nov. 2012.

NOVAES, Maria Helena. O “maior interesse” da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais – uma questão psicológica. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEIXOTO, Paulo. *Pai esquece bebê de 7 meses no carro e criança morre*. Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/94117-pai-esquece-bebe-de-7-meses-no-carro-e-crianca-morre.shtml>>. Acesso em 09 mar. 2013.

PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

REIS, Clayton. O planejamento familiar: um direito de personalidade do casal. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, v. 8, n. 2, p. 415-435, 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. Cuidado, Autoridade Parental e Obesidade Infantojuvenil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Nilson Tadeu Campos. Alteridade: a identificação das diferenças. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 5, n.8, p. 131-166, jan./jun. 2010.

SOUZA, Sergio Augusto Guedes Pereira de. *Os Direitos da Criança e os Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

UNITED NATIONS. *Study on violence against children*. Disponível em: <<http://www.unviolencestudy.org/>>. Acesso em 24 maio 2012.

UNITED STATES, Department of Health and Human Services. Acts of omission: An overview of child neglect. *Child Welfare Information Gateway*, Washington, DC, ago. 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marli Marlene Moraes da Costa. *Violência doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente: uma leitura interdisciplinar*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

WINNICOTT, Donald Woods. *A família e o desenvolvimento individual*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *O ambiente e os processos de maturação: estudos sob a teoria do desenvolvimento emocional*. Tradução de Irineo Constantino Schuch Ortiz. Porto Alegre: Artmed, 1983.

WOTHERSPOON, Evelyn; GOUGH, Pamela. Assessing Emotional Neglect in Infants. *CECW Information Sheet*, v. 59E, 2008. Disponível em: <www.cecw-cepb.ca/infosheets>. Acesso em 21 nov. 2012.

ZIELEWSKI, Erica H.; MALM, Karin; GEEN, Rob. *Children Caring for Themselves and Child Neglect: When Do They Overlap?* Washington, DC: The Urban Institute, 2006.

**AUTONOMIA DA VONTADE DA CRIANÇA SOB A ÓTICA
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – O DIREITO AO LIVRE
DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE**

*AUTONOMY OF THE CHILD WILL IN THE PERSPECTIVE OF
FUNDAMENTAL RIGHTS - THE RIGHT TO FREEDOM OF
PERSONALITY DEVELOPMENT*

Bruna Souza Paula*

Bleine Queiroz Caúla**

RESUMO

O artigo cuida do estudo da manifestação da autonomia da vontade da criança e do adolescente como direito fundamental, qual seja, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Justifica-se a análise ao se que com a repersonalização das relações familiares, que avançou da visão patrimonialista anterior para a valorização da dignidade da pessoa humana, do afeto e a consequente adoção da doutrina da proteção integral, a criança e o adolescente assumiram o papel de protagonistas no núcleo familiar. Essa mudança de

* Mestre em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e em Direito Processual: Grandes Transformações pela UNISUL. Graduada Em Direito pela Universidade de Fortaleza. Professora de Direito na Universidade de Fortaleza.

** Doutoranda em Direito - Área Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2008) sob a orientação do professor catedrático Doutor Jorge Miranda; Mestre em Administração de Empresas e Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR; Advogada e Pedagoga. Assessora do Projeto Cidadania Ativa (2005-2008) agraciada com o V Prêmio Inovare 2008 categoria advocacia; Presidente da Comissão de Educação da Ordem dos Advogados – Secção Ceará; Professora Assistente da Universidade de Fortaleza – Graduação (curso de Direito) e Pós-Graduação; Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais – NEI da Universidade de Fortaleza, com o tema: As questões ambientais na Economia Europeia sob a perspectiva das Agendas 21 Locais (A21L) europeias como práticas políticas de mitigação. Projeto no Núcleo de Pesquisa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza – NUPESQ intitulado: Agenda 21 Como Estratégia de Solução para a Crise Ecológica. Obras publicadas: MIRANDA, Jorge (Org.), CAÚLA, Bleine Queiroz (Coord.). O direito constitucional e a independência dos tribunais brasileiros e portugueses: aspectos relevantes. Curitiba: Juruá, 2011. CAÚLA, Bleine Queiroz. A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais. Fortaleza: Premium, 2012.

paradigma, que motivou o abandono da doutrina da situação irregular para a adoção da doutrina da proteção integral, resultou na percepção do menor de idade como sujeito de direitos e não mais como objeto do pátrio poder. Dessa forma, no presente artigo procura-se analisar de que forma o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente se desenvolve dentro do perfil contemporâneo da família. Tratar-se-á do perfil da família contemporânea, da criança como sujeito de direitos, da autonomia da vontade desta última e do seu direito ao desenvolvimento da personalidade e da sua interação com a autonomia parental.

PALAVRAS-CHAVES: CRIANÇA E ADOLESCENTE, AUTONOMIA DA VONTADE, DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE.

ABSTRACT

The article takes care of the study of the manifestation of freedom of choice in children and adolescents as a fundamental right, namely the right to free development of personality. Justifies the analysis with repersonalization of family relations, which advanced the view prior to the patrimonial value of human dignity, affection and the consequent adoption of the doctrine of full protection, children and adolescents took on the role of protagonists with families. The paradigm shift motivated the abandonment of the doctrine of irregular situation to the adoption of the doctrine of full protection, resulted in the perception of a minor as a subject of rights and not as an object of paternal power. Thus, in this article seeks to examine how the right to free development of personality of child and adolescent develops within the contemporary profile of the family. Treat it will profile the contemporary family, children as subjects of rights, of freedom of choice of the latter and of their right to development of personality and its interaction with parental autonomy.

KEYWORDS: CHILDREN AND ADOLESCENTS, FREEDOM OF CHOICE, RIGHT TO FREE DEVELOPMENT OF PERSONALITY.

INTRODUÇÃO

A atual proteção dos diplomas legais conferida às crianças e aos adolescentes nem sempre esteve presente na mesma dimensão. A criança e o adolescente nem sempre foram vistos como um sujeito de direitos, já que em dados momentos, tivemos a aplicação da doutrina da situação irregular, que só acolhia aqueles que se encontrava em situações irregulares, como: carência, abandono ou infração. O tratamento não era dado de forma uniforme, nem integral.

Com o passar dos anos, e já com a introdução da nossa Constituição Federal de 1988, que veio influenciada pela Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e depois ratificada pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, foi que se adotou a doutrina da proteção integral, que passou a abranger a criança e adolescente de forma indistinta,

conferindo a todas os direitos legais que lhe são inerentes.

Com a introdução desse novo paradigma, fala-se agora em direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer para todas as crianças e adolescentes, independente de raça, cor ou situação. E essa garantia não fica adstrita à família, essa obrigação passa a ser solidária entre família, Estado e sociedade.

Em meados de 1990, surgiu o Estatuto da Criança e Adolescentes, recheado de princípios novos e que permeou a relevância que deve ser dada às crianças e adolescentes, demonstrando que os mesmos são seres com sua personalidade em formação e por essa razão merecem atenção especial. Tal Estatuto é uma verdadeira Carta de Direitos Humanos Brasileira destinada, especialmente, a crianças e adolescentes.

Nos dias atuais, o direito infanto-juvenil considera a criança não mais como um ser indefeso e total dependente da proteção dos pais. Sua consideração como objeto do exercício do pátrio poder não mais procede, tanto que o termo menor não é mais utilizado nos documentos internacionais, a exemplo, tem-se a Convenção dos Direitos da Criança.

O desenvolvimento da personalidade da criança está, sim, relacionado com a autoridade parental, todavia a maturidade deve-se desenvolver em clima de liberdade e de possibilidade de se eleger valores e de opções vitais¹.

Desta forma, o presente estudo visa responder os seguintes questionamentos: De que forma a autonomia da vontade da criança e do adolescente se manifesta como parte do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no contexto da família contemporânea?

Nessa premissa, este artigo se dividirá em cinco capítulos.

No primeiro capítulo tece-se algumas considerações acerca do perfil da família contemporânea abordando os novos conceitos e redimensionamentos dos antigos institutos, diante da constitucionalização do Direito Civil, advindos do ideário pós-positivista.

O segundo capítulo trata da criança como titular de direitos fundamentais. Criança aqui entendida como pessoa entre 0 (zero) a 18 (dezoito) anos, .

¹ HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del menor**. 2ª ed. Madri: Dykinson, 2007, p. 304.

O terceiro constitui a fundamentação teórica preliminar acerca do tema, ao tratar do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sua dicotomia como direito fundamental e direito da personalidade, sua proteção legal e sua relação com a autonomia privada

O quarto apresenta a autonomia da vontade da criança e do adolescente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. No quinto capítulo irar-se-á tratar deste instituto e sua relação com a autoridade parental. E, por fim, são apresentadas as conclusões.

1 PERFIL DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Ao longo do século XX, a família sofreu profundas mudanças, do seu conceito a sua composição, com o desenvolvimento novas funções.

Apesar de no estágio atual os direitos de proteção integral da criança não integrarem o direito de família de forma exclusiva, a família ainda constitui o principal espaço de formação e realização de personalidade da criança e do adolescente.

A evolução da criança como sujeito de direitos é reflexo da moderna consideração da família, como espaço de desenvolvimento da personalidade de seus membros. Dessa forma, há necessidade de tecer algumas considerações acerca da nova visão da família, sob o ponto de vista jurídico.

O direito de família sofreu influências do movimento pós-positivismo que reconstruiu o Direito Constitucional, em especial, a expansão normativa deste para todos os ramos, que ocasionou a chamada constitucionalização do Direito Civil².

A introdução da funcionalização do contrato e da propriedade é consequência desta influência, assim como a boa-fé objetiva, ou em termos de direito de família, a personalização das relações familiares agora centradas no afeto e não mais no patrimônio são resultante da valorização da pessoa humana presente nas Constituições contemporâneas.

Assim, qualquer norma de direito das famílias exige a presença de fundamento de

² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21 esclarece que pelo Direito Civil estar em grande parte na Constituição, ocasionou o enlaçamento de temas sociais juridicamente relevantes para garantir a efetividade, pois diante do novo texto constitucional brasileiro, a Constituição Federal de 1988, o intérprete deve redesenhar o tecido do direito civil à luz da Constituição.

validade constitucional³.

Por muito tempo a família manteve uma estrutura patriarcal, legitimando exercício de poderes masculinos sobre a mulher e sobre os filhos. Ademais, foi perdendo aos poucos suas antigas funções, como a função econômica, que via a família como unidade produtiva ou a função procracional de influência religiosa.

Atualmente, a família é funcionalizada pela afetividade, onde houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade⁴. A moderna concepção de família é marcada pela introdução de um novo paradigma, a afetividade. Este elemento surge como elemento do núcleo essencial, tendo em vista que a família, como vimos a pouco, converteu-se em um “espaço de realização da afetividade humana”⁵.

Será o princípio da afetividade que dará preferência no direito de família às relações socioafetivas, em detrimento as relações de caráter patrimonial ou até mesmo biológico. Sendo ele o princípio norteador do direito das famílias.⁶

Nesse sentido, encontra-se esta moderna concepção de família, alicerçada na afetividade, na decisão⁷ em sede de recurso especial originado de pedido de adoção feito por padrasto em relação aos filhos da sua cônjuge, cumulado com pedido de destituição da autoridade parental do pai biológico, in fine:

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

No mesmo julgamento também foi considerado os novos arranjos familiares, advindos nas famílias redimensionadas, comumente chamadas de famílias recomposta, além da consideração do princípio do melhor interesse, como exposto:

Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no

³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 36.

⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**, 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

⁵ Idem, **Direito Civil: Família**, p. 22.

⁶ Idem, **Manual de Direito de Famílias**, p.71.

⁷ STJ – Processo REsp 1106637/SP, RECURSO ESPECIAL 2008/0260892-8, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador T3 – Terceira Turma, Data do Julgamento: 01/06/2010.

universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.

Também encontra-se referência a nova arquitetura familiar nos tribunais estaduais, através do julgado do Tribunal de Justiça do Maranhão⁸:

1.No pedido de guarda, efetivado pela avó paterna, há de ser reconhecido o princípio do melhor interesse do menor, consubstanciado no preceito constitucional da família, previsto no art. 229, da CF e nos arts. 1.584, parágrafo único, do Código Civil, e no 28, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, máxime quando a criança está prestes à ingressar na adolescência.2. *A nova dimensão do direito de família registra a necessidade de que as famílias se unam em torno do bem estar dos filhos, consectário legal que não pode se distanciar da segurança e do convívio gradativo entre os familiares, a fim de ser preservar a integridade psicossocial, emocional e intelectual da criança.* 3. Apelação não provida. (grifo nosso)

Diante deste quadro, a Constituição Brasileira assegura a igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva, a igualdade entre os irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais.

Todavia o princípio não se está explícito no texto constitucional brasileiro, encontraremos implicitamente referência a seus fundamentos, quais sejam: todos os filhos são iguais, sem importar sua origem; a escolha afetiva da adoção está no plano de igualdade de direitos; a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, inclusive os adotivos tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida; e como dito a convivência familiar como prioridade absoluta garantida às crianças⁹.

É possível ainda encontrar referência ao princípio da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 1593 do Código Civil ao estabelecer que o “parentesco é natural e civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”, pois impede que o judiciário brasileiro considere apenas a verdade real a biológica; e na Lei nº 11.698/2008, de que estabeleceu a preferência da guarda compartilhada, quando não houver acordo entre os pais separados.

⁸ TJMA - APELAÇÃO CÍVEL: AC 68582008 MA. Data do Julgamento: 23/04/2009.

⁹ Idem, **Direito Civil: Família**, p. 71. Encontramos ainda referência ao princípio da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 1593 do Código Civil ao estabelecer que o “parentesco é natural e civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”, pois impede que o judiciário brasileiro considere apenas a verdade real a biológica; e na Lei nº 11.698/2008, de que estabeleceu a preferência da guarda compartilhada, quando não houver acordo entre os pais separados.

A afetividade também pode ser compreendida como o direito de amar e ser feliz, mas não é só isso, também implica o dever de compreender e estar com o outro, pois estar em família significa, sob essa ótica, romper com a individualidade, através do diálogo entre os entes que compõe família¹⁰.

Assim, pode-se verificar que o princípio da afetividade pressupõe a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Desta forma, a autoridade parental deverá ser exercida em função da criança e do adolescente, buscando a formação e o desenvolvimento da personalidade destes últimos.

A família atual, além de abrigar os mais diversos arranjos familiares entrelaçados pela afetividade¹¹, não é uma instituição decorrente somente do matrimônio e não cabe mais as antigas preocupações patrimoniais que foram matrizes da família tradicional, hoje a família “passou a significar o ambiente de desenvolvimento da personalidade e da promoção da dignidade de seus membros, sejam adultos ou infantes, o qual pode apresentar uma pluralidade de formas decorrentes das variadas origens”¹². Nesse sentido, a família passa de instituição para ser família instrumento¹³, cuja razão de ser será a dignidade de cada membro.

Dessa forma, consagra-se contemporaneamente o modelo eudemonista de família, em que seus membros buscam, na própria família ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem-estar¹⁴.

2 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dentro do novo contexto de famílias, a criança e o adolescente passam a ser titulares de

¹⁰ WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria Tridimensional do Direito de Família. In: Mariângela Guerreiro Milhoranza; Sérgio Gischkow (coord.) **Direito contemporâneo de família e das sucessões – Estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 25.

¹¹ Idem, **Manual de Direito de Famílias**, p. 43 ressalta que “os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito de família é o afeto”.

¹² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar, in Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 4ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p 68.

¹³ Idem, **Manual de Direito de Famílias**, p. 43 ressalta que ela passa a família instrumento por contribuir para o desenvolvimento da personalidade de seus membros e para o crescimento e formação da sociedade, o que justificaria a proteção do Estado.

¹⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), **Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 138.

direitos fundamentais com a consagração da doutrina da proteção integral que superou a doutrina da situação irregular. Isso acontece por que a novo paradigma, inspirado na dignidade da pessoa humana, gera princípios, como o da prioridade absoluta e do melhor interesse, que irão alçá-los a sujeitos de direitos.

O tratamento jurídico da criança e do adolescente no Brasil passa por quatro fases: da absoluta indiferença, da mera imputação penal, tutelar e da proteção integral. Na primeira fase, não havia diplomas legislativos para as crianças e os adolescentes, já na segunda havia, todavia as leis buscavam apenas coibir a prática de ilícitos por eles, como as Ordenações Afonsinas e Filipinas ou Código Imperial de 1830. Na fase tutelar, aos adultos é conferidos poderes para promover a integração familiar da criança, com tutela reflexa de seus interesses pessoais, aqui se tem o Código de Menores de 1979, que atribuiu ao termo menor um caráter discriminatório, pois a legislação tratava apenas das crianças ou dos adolescentes em situação irregular. A última fase, da doutrina da proteção integral, é o estágio atual da criança e do adolescente, que lhes atribui direitos e garantias, considerando sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento¹⁵.

Apesar de alguns países não terem evoluído seguindo essas quatro fases, é certo que os documentos internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos da Criança, introduziram, sob a forma de direitos fundamentais, a doutrina da proteção integral.

A existência de direitos especiais direcionados à criança e ao adolescente é fruto da preocupação de garantir uma tutela mais eficaz e ampla da pessoa humana¹⁶. Os direitos humanos constantes nas normas internacionais ganham característica de fundamentais quando inseridos nos textos constitucionais¹⁷.

Os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes possuem a particularidade de não serem dirigidos somente ao Estado, mas também será sujeito passivo, a sociedade, em especial a família e, em segundo plano, as outras entidades, como creches, escolas, igrejas, hospitais¹⁸.

¹⁵ PAULA, Paulo Afonso Garrido de **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

¹⁶ PAULO OTERO, **Instituições Públicas e Constitucionais**, p. 488.

¹⁷ INGO WOLFGANG SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 29.

¹⁸ . J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, **Constituição da República...**, p.869.

Com isso, pode-se verificar claramente que será dentro das relações familiares que se irá verificar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particularidades. Nessa dimensão subjetiva, os direitos fundamentais tutelam a liberdade, autonomia e segurança da pessoa em frente dos demais membros do corpo social¹⁹.

A proteção integral é inserida na ordem jurídica portuguesa através do texto constitucional. Está presente na noção constitucional de desenvolvimento integral²⁰, que, aproximado o desenvolvimento da personalidade, possui dois pressupostos: a garantia da dignidade da pessoa humana e a consideração da criança como pessoa em formação²¹.

A doutrina da proteção integral normatizada na forma de princípio consubstancia um status jurídico especial às crianças e aos adolescentes, pois estes poderão, apesar de serem pessoa em desenvolvimento, exercerem seus direitos em face de qualquer pessoa, inclusive de seus pais. A eles são atribuídos interesses subordinantes diante da família, à sociedade e ao Estado²².

Vale ressaltar que a proteção integral tem como fim maior a dignidade da pessoa humana, uma vez que a garantia de direitos da criança e do adolescente e a obrigação positiva do Estado no sentido de priorizar esses seres em crescimento fundam-se na aplicação do direito fundamental de ter uma vida digna. A dignidade da pessoa humana alçada a valor nuclear da ordem constitucional irá irradiar seus efeitos por todo ordenamento jurídico, inclusive sobre as relações particulares como as familiares.

O fenômeno da respersonalização das relações familiares e conseqüente despatriarcalização é fruto da elevação da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica, o que posiciona a pessoa humana no centro de proteção do direito²³. Visto como princípio, ele será o mais universal de todos, pois dele, como já foi elucidado, irradiará todos os demais princípios

3 AUTONOMIA DA VONTADE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA

¹⁹ ANTONIO ENRIQUE PEREZ LUÑO. *Derechos Humanos, Estado...*, p. 22.

²⁰ Ver artigo 69 da Constituição da República Portuguesa.

²¹ J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Constituição da República...*, pp.869-870.

²² ROSSATO, Luciano Alves; LEPORE, Paulo Eduardo; SANCHES, Rogério. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.45.

²³ Nesse sentido, Idem, *Manual de Direito de Famílias*, p. 62, afirma que “o princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares”.

PERSONALIDADE

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade garante a cada pessoa o respeito a sua individualidade e vontade. Desde o momento da concepção até o último instante de vida²⁴, este direito permite ao ser humano decidir o futuro de seu ser.

O direito ao desenvolvimento da personalidade pertence ao grupo dos direitos de liberdade, muitos destes direitos são também direitos de personalidade, como a liberdade de consciência, de religião ou culto e de expressão, entretanto alguns dos direitos políticos aqui inseridos não o são, como a liberdade de propaganda eleitoral. São assim identificados por conterem um direito de agir e por não sofrerem interferência ou impedimentos, ou seja, um autogoverno e não interferência, respectivamente²⁵.

Tal direito não poderá ser encarado somente como um direito geral de liberdade, mas como um garantidor de um “direito à formação livre da personalidade ou liberdade de ação como sujeito autônomo dotado de autodeterminação decisória” e um direito de personalidade garantidor da esfera jurídico-pessoal do indivíduo²⁶.

Assim, suscita controvérsias entre os adeptos da ideia constitucional de liberdade, uma ampla, chamada de teoria da liberdade geral de ação, e outra restritiva, chamada de teoria do conteúdo nuclear. Na primeira, o conteúdo do direito ao desenvolvimento da personalidade compreende todas as formas de conduta, já na segunda, o conteúdo do direito restringe-se às formas de conduta em que o ser humano expresse a essência da sua personalidade²⁷.

É de se notar que, num contexto entre as referidas concepções, a teoria da liberdade geral da ação com um conteúdo essencial inviolável, os conceitos de conteúdo essencial e de conteúdo de dignidade humana do direito ao desenvolvimento da personalidade encontram-se sistematicamente relacionados²⁸.

3.1 Direitos fundamentais e direitos de personalidade

²⁴ Conforme CAPELO DE SOUSA, Radindranath Valentino Alexio. **Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 204, este bem jurídico pressupõe uma estrutura humana viva, não sendo por isso extensivo à personalidade humana falecida, sem prejuízo de uma pessoa viva potenciar um acervo de bens de personalidade tutelados post-mortem.

²⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV**. 4ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 91.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I**. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 463.

²⁷ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento” – ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil**, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 79-80.

²⁸ Idem, **O direito geral de personalidade...**, p. 82.

O que é o homem? Homem é pessoa. Quem é o homem? A resposta é conceito da personalidade. Personalidade é o conjunto das qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular²⁹.

Sabendo que é através da personalidade que a pessoa poderá adquirir outros bens e defendê-los, interessa a este estudo saber que a proteção que se dá aos bens primeiros da pessoa, assim chamados por serem inerentes à pessoa humana, como a liberdade, a vida e a honra, é denominada de direito de personalidade.

Os direitos de personalidade abarcam os direitos que incidem sobre a própria pessoa ou sobre alguns fundamentais modos de ser da personalidade e lhe são inerentes³⁰. São os direitos de estado (direito à cidadania); os direitos a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão)³¹.

Quanto a sua classificação, são essenciais, porque advêm da própria personalidade humana; são direitos gerais, pois todas as pessoas são titulares desses direitos; são absolutos, isto é, impõem uma obrigação universal e não apenas de um grupo de pessoas determinadas; são pessoais³², pois se ligam diretamente à pessoa do seu titular, não sendo transmissíveis; e são, em sua maioria, indisponíveis, por não serem alienáveis ou renunciáveis, mas seu titular poderá consentir em uma eventual limitação.

Apesar da sua essencialidade, os direitos de personalidade em regra são considerados direitos fundamentais, porém, pode-se entender que os direitos de personalidade não se confundem com os direitos fundamentais, pois estes últimos pertencem ao âmbito do Direito Constitucional, enquanto que os primeiros pertencem ao Direito Civil³³. Entretanto, tendo em vista que os direitos fundamentais cada vez mais tendem a ser direitos de personalidade e de

²⁹ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade. Fundamentação Ontológica da Tutela**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 63 e ss.

³⁰ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.62.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra. Almedina, 2004, p. 405.

³² Os menores e interditos gozam de direitos de personalidade, mas na defesa desses direitos serão representados. Idem, **A Constituição concretizada...**, p.83

³³ Nesse Sentido JORGE MIRANDA. **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV**, p. 69; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. **Direitos Fundamentais – Introdução Geral**. Estoril: Principia, 2007, p. 32.

uma concepção de direito geral de personalidade, automatizou-se um direito ao desenvolvimento da personalidade³⁴.

O direito geral de personalidade tem como objeto a personalidade humana e exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, por permitir a tutela de novos bens, respeitando a dignidade. Assim, o objeto deste direito abrangeria a todas as manifestações atuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis, tutelando a sua livre realização e desenvolvimento, sendo o princípio superior de constituição dos direitos que se referem a particulares modos de ser da personalidade³⁵.

A controvérsia que se existe quanto à existência ou não de um direito geral de personalidade³⁶, não interessa ao presente estudo, inclusive se entende que a tutela abrange todas as formas de lesão a bens da personalidade tipificados ou não, o reconhecimento do direito geral de personalidade é fundamento específico para concretização de uma tutela ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e, por fim, que muitos dos direitos fundamentais coincidem com o núcleo dos direitos de personalidade, como o direito à vida, à integridade física, à identidade pessoal, essencialmente direitos de existência, pois são direitos que tutelam bens essenciais à existência da pessoa, ou como o direito ao desenvolvimento da personalidade, liberdade de expressão, direitos de liberdade.

O estatuto jurídico da pessoa depende, essencialmente, da personalidade do ser pessoa, deste conjunto de qualidades e relações que irão determiná-la³⁷. No caso desta pesquisa, os direitos de personalidade se revestiram de forma singular, pois se tratará dos direitos inerentes às criança e aos adolescentes.

Vale destaca que o direito à personalidade é inato à pessoa humana, na sua individualidade, incomunicável com outras pessoas, já que segue a natureza e o drama particular do indivíduo até sua morte. Desta forma, dos direitos de personalidade que se tratará neste estudo, como os direitos à vida, à integridade física, inclusive ao desenvolvimento da personalidade são de exercício exclusivo da criança e do adolescente.

³⁴ Idem, J. J. GOMES CANOTILHO **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 405.

³⁵ Idem, **A Constituição concretizada...**, p.68.

³⁶ Para Idem, **A Constituição concretizada...**, p.69 – a consagração ao livre desenvolvimento da personalidade na Constituição da República Portuguesa representou a explicitação de um fundamento constitucional para o direito geral da personalidade. Ao nível infraconstitucional, o reconhecimento ao direito geral de personalidade veio através do artigo 70 do Código Civil português, em decorrência do dever de proteção do desenvolvimento da personalidade.

³⁷ CAMPOS, Diogo Leite. A capacidade sucessória do nascituro (ou crise do positivismo legalista), in: **Pessoa Humana e Direito**. Diogo Leite Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato (coord), Coimbra: Almedina, 2009, p.47.

3.2 Proteção legal ao direito ao desenvolvimento da personalidade

O direito ao desenvolvimento da personalidade decorre da dignidade da pessoa humana³⁸, como afirmação positiva desta. Toda constituição que invoca o postulado básico à dignidade humana garante o desenvolvimento da personalidade, este é expressão direta daquele. O seu alcance irá variar de Constituição para Constituição, mas o certo é que, em todas que invocarem este valor básico, protegerá de uma forma ou de outra o desenvolvimento da personalidade.

O artigo segundo, número dois da Constituição da República Federal da Alemanha³⁹ consagra um direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Compreende uma liberdade geral de ação e um direito geral de personalidade, tendo como limite o direito dos outros, a ordem constitucional e a lei moral.

As duas dimensões que a doutrina e jurisprudência alemãs compreendem esse direito podem ser entendidas, primeiro como liberdade geral de ação, em que se protege a livre decisão de agir e de se omitir, que podem ser objeto de liberdades específicas como a livre iniciativa econômica, liberdade de circulação, faculdade de mudar de nome, liberdade de escolha de meios de tratamento médico. E segundo como um direito à tutela das diferentes dimensões da personalidade contra agressões de terceiros (direito geral de personalidade – direito de intimidade, direito à imagem, à palavra, ao silêncio, à ressocialização)⁴⁰.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal Alemão interpretou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto no art. 2º, §1º, da Constituição alemã, como um direito à liberdade geral de ação⁴¹. Seria liberdade de ação humana no sentido mais amplo, defendendo um direito geral de liberdade⁴².

O Tribunal alemão sustenta ainda como um direito fundamental autônomo que garante a liberdade de ação humana. Liberdade de se fazer ou deixar de se fazer o que se quer, incluindo todas as ações dos titulares de direitos fundamentais (norma permissiva) e todas as intervenções do Estado nas ações desses titulares (norma de direitos) – o direito em face do

³⁸ Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev., atual e ampl.. Porto alegre: Livraria do advogado Editora, 2007, p.100 – sustenta que decorre não só do princípio da dignidade da pessoa humana, mas também de um direito geral de liberdade.

³⁹ Inspirou o artigo 26, nº1 da Constituição da República Portuguesa, apesar da Constituição Alemã ser mais ampla no alcance. Idem **Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I**, p. 287.

⁴⁰ Idem, **Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I**, p. 286.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 341.

⁴² Idem, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 342-343.

Estado que não embarace a ação ou abstenção⁴³.

A Constituição Espanhola de 1978, a exemplo da Constituição Alemã, consagrou o *livre* desenvolvimento da personalidade no artigo 10º, n.1⁴⁴. O pleno desenvolvimento da personalidade supõe o reconhecimento de uma total autodisponibilidade (sem interferências ou impedimentos externos) e de uma autodeterminação que surge da livre proteção histórica da razão humana⁴⁵.

O reconhecimento constitucional do livre desenvolvimento da personalidade, contido no artigo 10º, n.1 da Constituição Espanhola, especifica-se pela consagração de uma série de liberdades tendentes a garantir: liberdade ideológica, religiosa, liberdades de expressão, de reunião e manifestação, de residência e circulação⁴⁶.

A Constituição da República Portuguesa, por sua vez, incluiu apenas o termo desenvolvimento da personalidade, retirando o livre. Previsto pelo artigo 26, n.1 e incluído pela revisão constitucional de 1997, o direito ao desenvolvimento à personalidade português significa um alcance mais restrito que o alemão, que compreende todos os direitos pessoais ali não especificados, ao contrário do entendimento português que não vê a previsão deste direito como um princípio de irradiação, tanto que a maioria dos direitos pessoais já está prevista na Constituição Portuguesa, uns inclusive no próprio artigo 26, n.1 desta.

Note que a Constituição alemã, além de falar em *livre* desenvolvimento da personalidade, exprimindo assim uma ideia de autonomia, livre exteriorização e realização da personalidade, estabelece limites que a lei fundamental portuguesa não o faz, por não ser este o seu objetivo, já que o direito em questão parece estar ligado à ideia de formação da personalidade⁴⁷.

O Tribunal Constitucional Português, antes mesmo da revisão constitucional de 1997, além de considerar o direito ao desenvolvimento à personalidade uma consequência do princípio da dignidade humana no Acórdão nº 6/84, de 18 de janeiro, através do Acórdão nº. 288/98, de 17 de abril, incluiu, em seu conteúdo, a autonomia individual, a autodeterminação e a liberdade de cada um de traçar o seu próprio plano de vida.

⁴³ Idem, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 343.

⁴⁴ “Art. 10º, n.1. A dignidade da pessoa, os direitos que lhe são invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e os direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social. Constituição Espanhola

⁴⁵ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicon**. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 318.

⁴⁶ ⁴⁶ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 9ª ed., 2007, p.177.

⁴⁷ Idem, **Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I**, p. 287.

Vale salientar que em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à liberdade que do princípio deriva, sem falar no artigo 70 que já previa um “desenvolvimento da personalidade dos jovens”, e a exemplo da Constituição Federal brasileira, o desenvolvimento da personalidade já era protegido pelo ordenamento jurídico português.

Como já foi mencionado, na Constituição da República Federal Brasileira não se encontra formulação expressa do direito ao desenvolvimento da personalidade, como sucede com os outros ordenamentos jurídicos citados. Todavia, o reconhecimento advém do parágrafo segundo do artigo quinto da Constituição brasileira, que prevê a cláusula aberta como também, em decorrência do regime e dos princípios adotados, como o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e conseqüentemente da liberdade.

Para Ingo Sarlet, o direito ao livre desenvolvimento da liberdade ou ao direito geral de personalidade é direito implícito na ordem jurídica brasileira e pressuposto para uma cláusula geral de tutela da personalidade⁴⁸.

3.3 Direito ao livre desenvolvimento da personalidade versus autonomia privada

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, como se vê, respeita a vontade de cada ser, garante a individualidade, uma vez que não admite intervenções na escolha das opções de vida e determina na maneira que lhe achar melhor seu modo de vida. Entretanto, ao estudar este direito, verifica-se a sua proximidade com autonomia privada⁴⁹, princípio que permite às pessoas liberdade na hora de contratar.

O princípio da autonomia privada ou da autonomia da vontade decorre do Código Civil, mas considera-se garantia institucional do direito ao desenvolvimento da personalidade e outros direitos fundamentais presentes na Constituição, como o direito à capacidade civil, à liberdade de trabalho e profissão⁵⁰. Com efeito, a autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, apenas a liberdade negocial (negociável ou comercial?).

Como um depende do outro, cumpre esclarecer que as liberdades constituem bem jurídico, protegido pelos direitos fundamentais⁵¹. Daí a liberdade individual ser protegida contra ingerências do Estado e dos particulares por direitos fundamentais, como o direito ao desenvolvimento da personalidade, que, por sua vez, é garantido pelo instituto da autonomia

⁴⁸ Idem, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p.100-101.

⁴⁹ A autonomia privada é o princípio do respeito à autonomia vista sob a ótica civilista.

⁵⁰ Idem, **Manual de Direito Constitucional- IV**, p. 304.

⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais – trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 79-83.

da vontade previsto na lei civil

Contudo, se o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é tão intimamente ligado à autonomia da vontade, princípio que permite às pessoas liberdade na hora de contratar, por exemplo, quando se fala em um respeito à liberdade de autodeterminação da criança e do adolescente na escolha de tratamento médico decorrente do direito ao desenvolvimento da personalidade, não se estaria falando em uma autonomia da vontade? Ou seja, a liberdade de escolha não seria a liberdade contratar serviços médicos?

Com efeito, ampla liberdade contratual alicerça o princípio da autonomia da vontade, sendo o negócio jurídico a forma de manifestação deste princípio. Entretanto a liberdade de escolha de tratamento médico demanda um gama de direitos de personalidade que se alicerçam da dignidade da pessoa humana, indo além da dimensão privada de contratar serviços médicos.

É fundamental destacar que o desenvolvimento da personalidade, além de significar uma liberdade de autodeterminação, significa também uma liberdade de determinação do “modo de ser de sua personalidade”⁵². O direito geral de personalidade que tutela o pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe prestações positivas em contraponto dos direitos de personalidade e da autonomia privada que implica apenas um respeito, um dever de abstenção.

A autonomia significa pura e simplesmente a capacidade de reger-se. Assim, falar em autonomia privada configura a capacidade de contratar, de autorregular seus interesses.

O negócio jurídico e a manifestação do princípio da autonomia privada ou da vontade são atos jurídicos que demandam agente capaz, objeto lícito e forma, conforme a doutrina civil. São elementos essenciais ao negócio jurídico, sendo a manifestação de vontade seu pressuposto⁵³.

Quando essa manifestação de vontade encontra acordo com outra, a teoria geral dos contratos chama de consentimento ou mútuo consenso, que implica manifestação de vontade livre e de boa-fé.

4 AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

⁵² Idem, *A Constituição concretizada...*, p.65.

⁵³ SILVIO DE SALVO VENOSA. *Direito Civil – Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 396-397.

A criança, sujeito de direitos, é titular de todos os direitos humanos e fundamentais presentes na Constituição a que pertença, além de direitos específicos referentes à sua condição de pessoa em desenvolvimento e adquire sua autonomia progressivamente à medida que cresce física e psiquicamente.

De certo que o processo de desenvolvimento ocorre à proporção que há o aperfeiçoamento das habilidades e competências, através da obtenção de novas capacidades adquiridas no tempo e no ritmo de cada criança, dependendo de influências internas e externas. Dessa forma, exige-se, em respeito a sua personalidade e decorrente a sua autonomia, a obrigação dos pais de ouvir seus filhos, ainda na fase criança ou adolescente, antes de tomar uma decisão que lhe afete e outras manifestações de respeito à personalidade como o livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, o âmbito da melhor educação.

Vale frisar que o grau de autonomia de cada criança varia conforme cada etapa da sua vida e depende do adulto que está ao seu lado criar e proporcionar condições adequadas para o seu desenvolvimento harmonioso e integral⁵⁴. A criança e o adolescente deverão participar da concretização do seu próprio interesse, ou seja, deverá possuir um papel ativo, sendo ouvido para quem detém a autoridade parental, ou pela substituição desta, a autoridade estatal.

Verifica-se que à medida que com a idade se desenvolve suas capacidades intelectivas e volitivas e, com isso, sua personalidade, deve-se fazer reconhecer paralelamente um crescente respeito de uma margem de liberdade de opção e decisão em múltiplas manifestações vitais⁵⁵.

Assim, conforme seu grau de desenvolvimento, deverá ser respeitada a opinião da criança e do adolescente, seja integralmente ou apenas a ouvindo. Destarte que, sendo possível, eles serão necessariamente ouvidos. Não de forma indistinta, ou seja, apenas poderá os pais ou o tribunal desconsiderar sua opinião, apresentando uma razão fundamentada.

Ademais, como vimos, respeitar o livre desenvolvimento da personalidade da criança significa não rejeitar a participação dela não só no processo de decisão, mas também na observância de sua personalidade por quem lhe dirija sua educação, na medida em que não

⁵⁴ RIBEIRO, Alcina Costa. **Autonomia da criança em tempos de criança**, in Estudos em Homenagem a Rui Epifânio, Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra (coords.), Coimbra, Almedina, 2010, p.14.

⁵⁵ Nesse sentido, determina o artigo 2º, item 4 da Lei 13, de 27 de dezembro de 2006, advinda do ordenamento espanhol.

tem o direito de formar sua personalidade e identidade daquele a sua imagem e semelhança, segundo sua concepção de mundo e de vida⁵⁶.

Ao contrário a direção e formação da vida da criança deverão seguir estritamente o respeito da sua personalidade específica, sua sensibilidade, afeições, inclinações intelectuais e estéticas, entre outras⁵⁷. Relacionado a esse ponto, está o âmbito de educação aos filhos que ainda não atingiram a maioridade. Difícil definir o âmbito de aplicação, o que dizer da educação religiosa, tendo em vista que educar é influir na formação da personalidade deles. Todavia deve-se ter em mente os valores morais presentes na sociedade em geral para facilitar a sua inserção nela. Ao mesmo tempo em que se preza para o pluralismo ideológico, intelectual, ideológico, axiológico e vital.

Dessa forma, tomando como exemplo a orientação religiosa da criança e do adolescente deve ser observada a liberdade de crença deles, inclusive o direito de não compartilhar a mesma crença de seus pais, cabendo a eles decidir da forma que lhes aprouver. Esse mesmo raciocínio é aplicado na educação ambiental vivenciada no ensino fundamental e médio a partir da transversalidade. Crianças e adolescentes aprendem a preservar e respeitar o meio ambiente e são os protagonistas na disseminação da cultura ambiental no seio familiar. Nesse pilar da educação, são os pais que aprendem com os filhos.

Outra forma de manifestação do respeito à personalidade a esses sujeitos aqui referida, trata-se na possibilidade de deixar a criança equivocá-lo sozinho, para que seu erro possa ajudar na sua formação⁵⁸.

A determinação de cada fase da vida da criança e do adolescente e em que medida a sua autonomia é delimitada, confrontada com a autoridade parental, será vista no próximo capítulo. Contudo far-se-á considerações acerca dos graus de consideração da autonomia da.

É de se observar que a fixação de idades em que concederá autonomia ao menor de idade é uma questão bastante delicada, tendo em vista que o desenvolvimento da personalidade nem sempre coincide com a idade da criança.

⁵⁶ Idem, **El interes del menor**, p. 306.

⁵⁷ Idem, **El interes del menor**, p. 306.

⁵⁸ Hipótese trazida por Idem, **El interes del menor**, p. 308. Considera-se relevante, desde que o equívoco não trate de decisões que possam causar graves prejuízos, na medida em que os pais devem propiciar condições para a formação livre de sua personalidade, e nada mais adequado do que apreender com seus próprios erros para dimensionar suas escolhas.

De certo que a criança possui uma capacidade de agir limitada, todavia é possível reconhecer a capacidade para certos atos, como os relacionados aos cuidados de saúde e inclusive fixar idades, desde que se tenha em vista o desenvolvimento psíquico.

A autonomia da criança somente poderá ser considerada razoável, se vinculado a sua concessão a maturidade e juízo, ao seu discernimento, salvo nos casos em que não oferecem dúvidas, como uma criança de três anos de idade. Este é determinado pela sua atitude psíquica, intelectual e volitiva, para compreender o alcance e a consequência de seus atos, com o autocontrole de sua vontade suficiente para assumir o julgamento ou desistir da decisão correspondente em cada caso concreto, segundo sua apreciação das consequências⁵⁹.

No entanto, verifica-se que o discernimento da criança e do adolescente será melhor avaliado no caso concreto, de maneira a determinar se estes possuem condições de compreender as consequências e o alcance de suas decisão ou de controlar sua vontade.

Assim, considera-se essencial a participação do menor na determinação de qual seja seu próprio interesse⁶⁰, levando em conta seu discernimento. Como verificado, deve-se inferir a idade mental ou o desenvolvimento psíquico, mais que a idade cronológica, todavia a constatação do discernimento envolve valorações⁶¹ que deixa “tudo muito relativo”⁶².

De certo que não é objetivo do presente artigo em fixar idades ou critérios para determinar a medida da autonomia de crianças e adolescentes, pois apesar de não se estar falando em restrição da sua vontade e do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, a criança como pessoa em um codição peculiar de desenvolvimento irá exercer sua autodeterminação, no mínimo, tendo como base seu grau de discernimento e sua idade.

5 AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A AUTORIDADE PARENTAL

Apesar de não ser objeto do estudo analisar os colisões entre os direitos fundamentais entre o confronto da autoridade parental e a autonomia do menor de idade, não podemos

⁵⁹ Idem, **El interes del menor**, p. 181 chama essa capacidade de discernimento de capacidade natural.

⁶⁰ Lembrando que seu interesse não corresponde necessariamente com seus desejos, conforme decisão A. P. de Sevilla (Sección 6ª) de 3 de febrero 2000.

⁶¹ Nesse sentido, Idem, **El interes del menor**, p. 297 expõe que serão valorados o normal desenvolvimento físico, psíquico e moral da pessoa e sua própria maturidade de julgamento, que envolvem variados componentes psíquicos.

⁶² Idem, **El interes del menor**, p. 297.

deixar de considerar que como sujeitos de direito, a criança e o adolescente exercitam sua autonomia *prima face* no seio familiar teriam como primeiro e grande limitador a autoridade parental.

Todavia, não é esse o entendimento seguido. Na concepção tradicional da família, o antigo pátrio poder assumia este papel de restringir a autonomia daqueles sujeitos, porém com o advento da doutrina da proteção integral, que provou mudança de paradigma no direito infanto-juvenil, relevou-se a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que caracteriza toda criança e todo adolescente.

Contudo considera-se que essa condição peculiar demanda da família ser meio para o desenvolvimento progressivo da personalidade da criança e do adolescente. Entende-se que o cuidado parental é progressivo, ou seja, ele inicia incidindo de forma integral na criança, à medida que esta irá se desenvolvendo e alcançando maturidade, ele irá progressivamente diminuindo. De forma que será caso a caso que se deverá medir a autonomia da criança e do adolescente, bem como a atuação parental.

E o critério orientador para decidir em que medida cada conjunto de direitos e deveres que formam cada instituto será o segundo parâmetro hermenêutico, qual seja – o princípio do melhor interesse da criança.

Vale ressaltar que esse instrumento hermenêutico não é utilizado genericamente, ou seja, para todos os casos. Ao contrário, dentro das complexas relações familiares, este critério adquire eficácia apenas quando referido ao interesse de cada criança, e não da classe das crianças como crianças⁶³.

E dentro da consideração do princípio do melhor interesse que se verá como é necessária que seja considerada a opinião da pessoa menor de idade, em maior ou menor grau de acordo com seu discernimento e idade⁶⁴. Ou seja, de acordo com sua maturidade, a escolha da criança e do menor deverá ser levada em conta, sendo-lhes reconhecida a autonomia na realização de sua própria vida. No entanto, aliada à maturidade da criança e do adolescente, deverá ser levada em conta a sua idade.

⁶³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio**, 4.ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 38.

⁶⁴ Nesse sentido, STF, HC 69303/MG, 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 30706/1992. DJU 20/11/1992, ponderou que: “em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas”.

Será através da consideração desses dois critérios que se avaliará a vinculação da expressão da vontade da criança e do adolescente, inclusive na consideração do consentimento dado por essas pessoas.

Para que seja a análise desse interesse que serve aos aplicadores do direito infanto-juvenil é necessário fazer o estudo do caso concreto, pois como conceito jurídico indeterminado⁶⁵, sua definição será preenchida caso a caso. Como carece de “preenchimento valorativo”⁶⁶, precisa ser transportado a situações específicas, a pressupostos determinados e conduzir a uma solução ou outra, assim poderá se saber se a decisão tomada por um pai é conveniente ao filho ou não, por exemplo. Dessa forma, o conceito por meio da valoração determina o que mais convém à criança e ao jovem em concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na era pós-moderna, a criança e o adolescente foram elevados a sujeitos de direitos ao tempo em que a dignidade da pessoa humana consagra-se em todas as Constituições em que pretende vigorar um Estado Democrático de Direito, não integralizar à criança e ao adolescente direitos fundamentais e não dar-lhes o papel principal norteador de suas próprias vidas contraria frontalmente a própria ordem constitucional alicerçada na dignidade da pessoa humana, em que se originou a doutrina da proteção integral e do melhor interesse, devendo este ser sopesado em detrimento da comodidade dos pais.

Ademais, é fundamental destacar que o desenvolvimento da personalidade, além de significar uma liberdade de autodeterminação, alicerça também uma liberdade de se determinar o modo de sua personalidade. O direito geral de personalidade que tutela o pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe prestações positivas em contraponto dos direitos de personalidade e da autonomia privada que implica apenas um respeito, um dever de abstenção.

Desta forma que a moderna concepção da autoridade parental deverá estar adequada a consideração da criança e do adolescente como sujeito de direitos e titular de direitos e

⁶⁵ Nesse sentido, Idem, **El interés del menor**, p. 70, explica que o interesse do menor é um conceito jurídico indeterminado, tendo em vista que a lei se refere a uma realidade cujos limites não se precisa com exatidão, é um termo aberto, de vago enunciado e conteúdo normativo, como, por exemplo, a boa-fé, a negligência.

⁶⁶ Idem, **Regulação do exercício do poder paterno nos casos de divórcio**, p. 182, completa ao afirmar que o termo precisa de valoração e assim é suscetível de “abarcas diferentes conteúdos conforme a época, a sociedade, a família em causa e cada criança concreta.”

liberdades fundamentais, pessoas em fase de desenvolvimento, dotadas de progressiva autonomia, que demanda um papel ativo na construção de sua personalidade. Veja que a criança e o adolescente deverão participar da concretização do seu próprio interesse como forma inclusive de preparação de adquirir independência, segurança e autoconfiança.

Configura-se como progressiva por que o grau de autonomia varia conforme cada etapa de sua vida, que está em constante desenvolvimento, adionado ao fato de que depende também daqueles que detêm a autoridade parental, ou constituem o seio familiar proporcionarem condições para que este desenvolvimento seja harmonioso e completo.

Isto ocorre por que de acordo com as novas exigências do direito de família, dada pela ótica constitucional ao direito civil, em que resulta na consideração da dignidade da pessoa humana, da doutrina da proteção integral e do protagonismo da criança e do adolescente na família, a relação pai-filhos sofreu profundas modificações internas, estruturais e funcionais.

Desta forma, busca-se um equilíbrio entre os deveres inerentes a autoridade dos pais funcionalizada com as peculiaridades e interesses inerentes à personalidade dos filhos. Uma concepção que busque uma relação de complementaridade entre a finalidade de proteção e a de promoção da autonomia e independência dos filhos.

Assim, o cuidado parental estará vinculado ao interesse do filho e ao respeito pelo desenvolvimento da sua personalidade, com o fim de ser um “instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos”⁶⁷. Na medida em que deve-se considerar as especificidades da criança e do adolescente e a sua participação no protagonismo de definição do seu próprio interesse, decorrente do direito aos livre desenvolvimento da personalidade.

No entanto, o tema é emblemático mormente a necessidade de um comportamento social equilibrado e harmonioso e os desafios que as mutações sociais demandam para o mundo jurídico, cujas soluções são metajurídicas. Não obstante, a nova lei de internação compulsória ratifica o desafio a ser enfrentado pela sociedade pós-moderna e o quão complexa é a discussão do direito de personalidade das gerações presentes e futuras.

⁶⁷ BROCHADO, Ana Carolina. **Família, guarda e autoridade parental**. 2ª ed., rev e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 138.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais: Introdução Geral**. Estoril: Principia, 2007.

_____. **Os direitos das crianças – linhas para uma construção unitária**, Separata da Revista da ordem dos advogados, ano 68, I – Lisboa, Janeiro, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

AYAGO, Antonia Durán. El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural, in Afonso-Luis Calvo Caravaca; Esperanza Castellanos Ruiz (org.), **El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales**, Madrid, colex, 2004, p.306.

BARCELOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: Luís Roberto Barroso (Org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: Luis Roberto Barroso (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. In: Marcelo Novelino (org). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constitucional**. Recife: Editora Jus Podivum, 2009

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BROCHADO, Ana Carolina. **Família, guarda e autoridade parental**. 2ª ed., rev e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I**. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPELO DE SOUSA, Radindranath Valentino Alexio. **Direito Geral de Personalidade**. Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**, Cambridge: Harvard University Press, 1977.

HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del menor**. 2ª ed. Madri: Dykinson, 2007.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade. Fundamentação Ontológica da Tutela**. Coimbra: Almedina, 2005.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), **Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**, 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**, 4ª ed. São Paulo: Ridel, 2010.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicon**. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 1998

_____. **Los Derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 9ª ed., 2007.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar, in Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 4ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Rosa. **Menoridade, (IN) Capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV**. 4ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento” – ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil**, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português I –Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. **Instituições Políticas e Constitucionais I**. Coimbra: Almedina, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese inédita apresentada na Universidade do Paraná. Curitiba, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria a prática. **Revista Brasileira de Direito de família**, Porto Alegre, n.6, p.31-49, jul/set. 2000.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev., atual e ampl.. Porto Alegre. Livraria do advogado Editora, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio**, 4.ed., Coimbra: Almedina, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria Tridimensional do Direito de Família. In: Mariângela Guerreiro Milhóranza; Sérgio Gischkow (coord.) **Direito contemporâneo de família e das sucessões – Estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E AS DEMANDAS DE FILIAÇÃO PATERNAL. ESTÁGIO ATUAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Isabela Maiolino¹

Sidraque David Monteiro Anacleto²

Resumo

Analisa-se o instituto da coisa julgada no processo civil e a relativização nas ações de investigação de paternidade, diante do aprimoramento técnico na realização dos exames de DNA. A problematização focará na possibilidade de gradação do direito fundamental de conhecimento da origem genética sob o aspecto subjetivo do descendente e do ascendente. O artigo defende a ideia do direito fundamental absoluto do descendente ao conhecimento de sua identidade genética. A mudança meteórica experimentada nas demandas envolvendo a temática do parentesco biológico cedeu lugar diante do surgimento de outros aspectos como o parentesco afetivo e socioafetivo e o comportamento processual do suposto pai.

Palavras-chave: coisa julgada, investigação de paternidade, relativização da coisa julgada.

THE RES JUDICATA RELATIVIZATION AND THE DEMANDS OF THE PATERNAL RECOGNITION. CURRENT STAGE AND THE HUMAN DIGNITY.

Abstract

This paper analyzes the institute of res judicata in civil actions and its relativization in paternity investigation, since the improvement of the technique used in the performance of DNA testing. The questioning will focus on the possibility of grading the fundamental right to knowledge the genetic origin in the subjective aspect of the ascending and descending. The article defends that the fundamental right of the descendant is unconditional in the aspect of the

¹ Graduanda em Direito no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Membro do grupo de Pesquisa Direito e Economia. E-mail: isabela.maiolino@hotmail.com. <http://lattes.cnpq.br/6274201456401617>.

² Mestre em Constituição e Sociedade no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Membro do Grupo de Pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania. Procurador Legislativo da Câmara Legislativa do Distrito Federal. E-mail: s.anacleto@uol.com.br. <http://lattes.cnpq.br/4123416193878186>.

recognition of its genetic identity. The change experienced in the demands involving the theme of biological kinship gave way since the appearance of other aspects such as kinship and socio-affective and affective, as the procedural behavior of the alleged father.

Key-words: res judicata, paternity investigation, relativization of the res judicata.

Introdução

A relativização da coisa julgada pode ser definida basicamente pela possibilidade de superar a barreira da imutabilidade do comando de sentença de mérito proferida em demanda, tendo por objeto o vínculo de parentesco biológico diante do avanço da técnica do exame de DNA³. Trata-se de um fenômeno irreversível, uma realidade no final do século XX, como forma de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental do conhecimento da origem genética e histórica.

Além disso, o movimento de relativização teve que enfrentar assuntos correlatos que, de certa forma, mitigariam a certeza decorrente do exame de DNA como o surgimento de outros tipos de vínculo de parentesco na família pós-moderna baseada na afetividade e socioafetividade, além do comportamento processual do indigitado pai. Este debate acarretou em um temperamento da aplicação irrestrita da comprovação biológica decorrente de prova pericial e também na graduação do direito fundamental de conhecimento da origem genética em face da titularidade subjetiva.

Deste cenário foi possível categorizar o direito fundamental declinado. Ou seja, o descendente e o ascendente ocupam posições diferenciadas no reconhecimento do vínculo de parentesco sob o prisma biológico e seus consectários.

A proposta do presente artigo está inserida neste contexto mas não almeja discutir o acerto ou não da relativização da coisa julgada, a efemeridade dessa hipótese etc. O objetivo é identificar, através do estudo bibliográfico, um direito fundamental de matiz absoluta e as possíveis consequências.

A metodologia pretendida se enquadra na dogmática e sócio-jurídica, bem como a análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça.

O método utilizado para atingir os objetivos estabelecidos neste estudo será o analítico dedutivo, buscando esclarecer conceitos e elucidar proposições, partindo de pesquisa bibliográfica sobre o tema por meio de textos legais, doutrinários, livros e artigos relacionados à

³ Cláudia Lima Marques destaca o renascimento científico no Direito de Família (MARQUES, 2000).

temática.

O artigo está dividido da seguinte forma: primeiramente é feita a problematização do artigo. No segundo tópico descreve-se o instituto da sentença e da coisa julgada, tratando também dos tipos de coisa julgada, que seriam a formal e a material. Estuda-se posteriormente a ação rescisória e quando essa ação autônoma de impugnação é cabível.

Finalmente fala-se sobre a comportamento processual do suposto genitor ⁴ (a) que se recusou a fazer o exame investigativo durante o andamento do processo e foi declarado como tal pelas outras provas documentais. Após o trânsito em julgado, o exame de DNA é realizado e obtido o resultado diferente da sentença o interesse em reverter a decisão.

Diante do estudo feito, são estabelecidas as perspectivas jurídicas da desconsideração da coisa julgada e, como conclusão, um breve resumo do que foi estudado e o posicionamento dos autores.

A hipótese inicial é que existe um direito fundamental absoluto do descendente em conhecer sua ascendência genética, não extensível ao ascendente, diante da possibilidade do parentesco de vínculo ter como fonte outros fatos que não a identidade genética.

2. Problematização

O artigo aborda a problemática em torno do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, no que se refere ao direito fundamental do conhecimento da ascendência genética e histórica, quando em confronto com institutos de direito processual civil, como a coisa julgada, e do direito de família, relacionado ao parentesco. O estágio atual e tendências.

Num primeiro momento, pensou-se que as demandas tendo como objeto a filiação paterna, de cunho investigatórias, declaratórias e negatórias de paternidade, com o advento do exame de DNA, restariam, indiscutivelmente, resolvidas inclusive dando azo para relativizar a

⁴ Recusa albergada, segundo alguns, na presunção de inocência, direito de permanecer calado e direito à intimidade (MARTINS & ZAGANELLI, 2000).

autoridade de decisões judiciais transitadas em julgado depois de esgotado o prazo da ação rescisória⁵. Nesse sentido Vanessa Souza,

A impressão inferida da análise global do direito de família era de que, finalmente, a causa dos filhos estaria sendo amplamente tratada de maneira justa e equânime, porquanto a enunciação constitucional de sua igualdade aliada à avançada técnica de descoberta da herança biológica ofereceria aos mesmos a realização de certos direitos cujo alcance há algum tempo era praticamente impensável (2005, pp. 70-71).

O avanço da técnica permitiu o surgimento da doutrina da relativização da coisa julgada, no sentido de afastar o dogma da imutabilidade da decisão judicial diante da realidade fática evidenciada na prova pericial superveniente, capaz de modificar todo o contexto fático sobre o qual a sentença anterior teria sido produzida. Nesse sentido, houve uma super valoração da técnica. No entanto, outros institutos, também relevantes, ganharam (relevância) peso, como, por exemplo, o parentesco socioafetivo que amenizou, ou mesmo esvaziou a primazia da prova pericial na resolução de conflitos referente à paternidade.

No estágio atual compete entender que a evolução técnica do exame de DNA não significou a eliminação de todos os problemas envolvidos nas demandas ligadas à temática da paternidade biológica, pois em cada ramo específico de direito, o impacto da inovação técnica foi esmaecendo diante do surgimento de outros meandros da questão como: a possibilidade de recusa na realização do exame de DNA e a conseqüente presunção jurídica decorrente do comportamento processual da parte em razão de outras provas carreadas aos autos; a ampliação do conceito do vínculo de parentesco diante da mutação; e modificação da família na sociedade brasileira pós-moderna.

Considerando a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, no que tange ao direito fundamental do conhecimento de sua ascendência genética e histórica, sobre o da segurança jurídica e de outras presunções processuais, considerando ainda, a modificação do instituto do parentesco natural diante do “desenvolvimento das modernas técnicas de reprodução assistida ensejou a desbiologização da parentalidade, impondo o reconhecimento de outros

⁵ José Augusto Delgado, ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, defendeu, a partir de sua experiência no julgamento de casos concretos, a revisão do dogma da imutabilidade da coisa julgada, toda vez que afrontasse os princípios da moralidade, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, ou em dissonância com a realidade dos fatos (DELGADO, 2001).

vínculos de parentesco” (DIAS, 2006, p. 317) afirma-se que, o direito de conhecimento da ascendência genética e histórica é absoluto⁶ em relação ao filho biológico e relativo quanto ao pai.

A assunção de tal posicionamento auxilia na compreensão de diversos institutos que gravitam em torno das demandas cujo objeto é a filiação biológica, como a coisa julgada, a natureza da prova pericial, o comportamento processual das partes e a ampliação do conceito de parentalidade.

Fixadas tais premissas, mister analisar o direito fundamental ao conhecimento de sua ascendência genética e histórica.

3. O direito fundamental absoluto ao conhecimento de sua genética e historicidade

Quando a dogmática constitucional examina os direitos fundamentais, a característica mais relevante que se observa é a relatividade. No sentido de inexistirem direitos humanos fundamentais absolutos, diante do caráter semântico do fundamento absoluto apontado por Bobbio, e da colisão de direitos e a eventual prevalência de um sobre o outro depender dos elementos do caso concreto. Ou seja, em tese, não existiria direito fundamental absoluto.

Nesse sentido, Paulo Gonet Branco

Pode-se ouvir, ainda, que os direitos fundamentais são absolutos, no sentido de se situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição. Tal idéia tem premissa no pressuposto jusnaturalista de que o Estado existe para proteger direitos naturais, como a vida, a liberdade e a propriedade, que, de outro modo, estariam ameaçados. Se é assim, todo poder aparece limitado por esses direitos e nenhum objetivo estatal ou social teria como prevalecer sobre eles, que teriam prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo (BRANCO, COELHO, & MENDES, 2002, p. 120).

Examinando a temática sob a ótica tradicional, nenhum reparo poderia ser levando a tal assertiva, porém quando se examina a questão específica à luz da prevalência das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico e da ampliação dos direitos fundamentais para além do Estado Democrático de Direito, o direito ao conhecimento da genética individual terá a

⁶ Isso não significa, como alertou Bobbio, que tal fundamento último não poderá mais ser questionado (BOBBIO, 1992, p. 16).

primazia, a ponto de afastar a apregoada característica da relatividade. A relatividade dos direitos fundamentais é, no ponto, incompatível com o núcleo essencial do direito ao conhecimento da genética, pois tal informação não pode ser afastada por presunções ou ficções jurídicas.

Apesar de reconhecer, em sede doutrinária, a existência de direito fundamental absoluto “a não ser escravizado”⁷, Gonet Branco credita tal hipótese à perspectiva do núcleo essencial do direito à incolumidade física (2002, p. 121).

A relação de parentesco sob a ótica biológica é imutável e absoluta, uma vez que ligada à própria essência do ser humano, que não desaparece nem com a morte. Assim, esse aspecto do instituto reverbera em toda a análise decorrente de eventuais colisões de outros direitos ou institutos. Se tal premissa é verdadeira, sua incidência no sistema jurídico brasileiro deve transpassar todas as entraves formais e preclusivos para a discussão do assunto.

A seguir, a análise perspassará pela superação da coisa julgada fora das hipóteses da ação rescisória pela teoria da relativização da coisa julgada.

4. A coisa julgada

A coisa julgada foi um dos primeiros entraves que foi afetado pela avulsão do exame de DNA nas demandas envolvendo a paternidade biológica. Ao se mencionar coisa julgada, fala-se invariavelmente de sentença de mérito que resolveu uma demanda com pedido declaratório da existência do vínculo de parentesco biológico. Segundo o artigo 162 § 1º do Código de Processo Civil Brasileiro, sentença “é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta Lei” (PINTO, WINDT, & CÉSPEDES, 2011, p. 599). Ou seja, o que caracteriza ou não o ato do juiz como sentença é o seu conteúdo decisório, como diz Alexandre Freitas Câmara:

Por estas razões, sempre me pareceu favorável definir sentença como o provimento judicial que põe termo ao ofício de julgar do magistrado, resolvendo ou não o objeto do processo (2012, p. 426).

⁷ O exemplo é de Bobbio em sua obra *A Era dos Direitos*, p. 20.

Tal sentença pode ser revogada através dos meios de impugnações às decisões judiciais, quais sejam, os recursos, as ações autônomas de impugnação (SOUZA B. P., 2008, p. 4) e o sucedâneo recursal, para que a decisão proferida seja reexaminada pelo mesmo órgão que proferiu a decisão ou por um tribunal superior.

Porém, os meios de impugnação de decisões previstos no Código de Processo Civil são limitados. Mesmo que em grande quantidade, em algum momento as decisões se tornarão irrecorríveis, seja por esgotamento recursal ou por término do prazo previsto para a sua interposição.

Assim, no momento que uma decisão torna-se irrecorrível e inquestionável, ocorre o trânsito em julgado (que faz surgir também à coisa julgada) - que é definida na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro em seu artigo 6º, *caput*, e parágrafo terceiro, *in verbis*:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso (PINTO, WINDT, & CÉSPEDES, 2011, pp. 209-210).

Apesar do disposto acima, a definição adotada por diversos processualistas e doutrinadores brasileiros segue a linha oferecida por Enrico Tullio Liebman, que define a coisa julgada como “a imutabilidade do comando emergente de uma sentença” (2007, p. 51).

Segundo a teoria de Liebman, que é a dominante entre os juristas no Brasil, “a coisa julgada tornaria imutável a sentença, fazendo com que aquele ato processual se tornasse insuscetível em sua forma, e faria ainda imutáveis os seus efeitos (todos eles: declaratórios, constitutivos e condenatórios)” (CÂMARA, 2012, p. 476).

Para Marinoni, a característica mais importante da coisa julgada seria a sua indiscutibilidade, mais até do que sua imutabilidade (2012, p. 449).

4.1 Coisa julgada formal e material

A partir da doutrina supramencionada, a coisa julgada pode ser desmembrada entre coisa julgada formal e coisa julgada material, também conhecida como coisa julgada substancial. Explica Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

A imutabilidade supramencionada pode restringir-se aos limites do processo em que a decisão foi proferida ou projetar-se para além deles. Daí decorre a diferença essencial entre a coisa julgada formal e material.

A *coisa julgada formal* é a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recurso – seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo do recurso cabível. Trata-se de fenômeno endoprocessual, decorrente da irrecorribilidade da decisão judicial. (...). Seria a *preclusão máxima* dentro de um processo jurisdicional. Também chamadas de transitio em julgado.

(...)

A *coisa julgada material* é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia endo/extraprocessual (2009, pp. 408-409).

Significa então que os fatos e relações jurídicas discutidos no processo estariam revestidos, pela decisão judicial, de proteção contra o reexame em demandas posteriores; no caso específico do presente artigo: a relação de parentesco biológico.

A coisa julgada é, ainda, tratada como garantia institucional no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988, que diz que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (PINTO, WINDT, & CÉSPEDES, 2011, p. 18).

Desse modo, a Constituição coloca a salvo a coisa julgada dos efeitos de novas leis e decisões judiciais que pudessem pretender eliminar decisões transitadas em julgado, ou, quando menos, seus efeitos, e, neste sentido, é uma forma de garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados (BUENO, 2009, p. 382).

Sobre a finalidade e o embasamento jurídico da coisa julgada, discorre Teresa Arruda Alvim Wamier e José Miguel Garcia Medina:

O princípio da segurança jurídica é elemento essencial ao Estado Democrático de Direito, e desenvolve-se, consoante escreve José Joaquim Gomes Canotilho, em torno de dois conceitos basilares: o da estabilidade das decisões dos poderes públicos, que não podem ser alteradas senão quando concorrerem fundamentos relevantes, através de procedimentos legalmente exigidos; o da previsibilidade, que ‘reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos.’

Como se disse, trata-se de princípio agregado ao Estado Democrático de Direito, porquanto para que se possa dizer, efetivamente, esteja esse plenamente configurado é imprescindível a garantia de estabilidade jurídica, de segurança de orientação e realização do Direito. Assim considerado o princípio, nota-se que é irrelevante a menção expressa, na Constituição brasileira o faça, no art. 5º, inc. XXXVI, no sentido de não se permitir à lei retroagir para atingir a coisa julgada ao Estado Democrático de Direito.

Com efeito, ausentes a segurança, a estabilidade e a previsibilidade, o direito ‘se constituiria, de certa forma mesmo, até em fator de insegurança.’

Esta, pois, é a finalidade da coisa julgada, e seu respectivo embasamento jurídico (2003, p. 22).

As questões apresentadas diante da Jurisdição, em razão da observância do princípio do devido processo legal, gozariam, portanto de estabilidade quanto aos fatos discutidos e de previsibilidade quanto aos efeitos decorrentes. O acertamento do direito, em nível judicial, fixaria as balizas permanentes do assunto de modo a pacificar a sociedade e ratificar a segurança jurídica para os fatos e atos jurídicos subsequentes. Tal evidência tem como pressuposto a certeza inequívoca da comprovação do vínculo de parentesco biológico, o que não é alcançado em todas as demandas, seja em parte pela limitação técnica, seja pelo comportamento da parte em submeter-se ao exame de DNA.

A seguir, a ação rescisória será melhor examinada.

5. A ação rescisória

Apesar da característica mais notável da coisa julgada ser a imutabilidade ou a marcante estabilidade, existe uma possibilidade de se impugnar a decisão transitada em julgado através de uma ação autônoma de impugnação, chamada esta de ação rescisória.

Nas palavras de Bernardo Pimentel Souza:

Entre as ações autônomas de impugnação, merece destaque a ação rescisória. Trata-se de ação apropriada para desconstituir julgado protegido pela **res iudicata** [nota dos autores: coisa julgada], e que dá ensejo à prolação, em regra,

necessária, de novo julgamento da causa solucionada por meio de decisum impugnado na rescisória. Enquanto a desconstituição do julgado ocorre no juízo rescindendo ou rescindente (iudicium rescindens), o novo julgamento da causa primitiva é realizado no juízo rescisório (iudicium rescissorium).

(...). Aliás, o prazo decadencial da rescisória é contado do trânsito em julgado da decisão, nos termos do artigo 495. (...) (2008, p. 146).

Assim, as partes prejudicadas podem interpor ação rescisória nas ações que já transitaram em julgado e tendo a sentença decidido o mérito, desde que respeitando o prazo de dois anos para tal.

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça entende que o cabimento da ação rescisória é mais amplo do que o previsto no Código de Processo Civil Brasileiro, podendo ser ajuizada não só nas ações em que o mérito foi resolvido, mas também é cabível nos casos em que o feito foi extinto sem a resolução de mérito.

Com essa compreensão, merece destaque o REsp n. 1.217.321 – SC:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA PARA DISCUTIR VERBA HONORÁRIA EXCESSIVA OU IRRISÓRIA FIXADA PELA SENTENÇA/ACÓRDÃO RESCINDENDO. ART. 20, §3º E §4º, CPC. NÃO CABIMENTO (IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO). AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V, CPC.

(...)

4. A redação do art. 485, *caput*, do CPC, ao mencionar "sentença de mérito" o fez com impropriedade técnica, referindo-se, na verdade, a "sentença definitiva", não excluindo os casos onde se extingue o processo sem resolução de mérito. Conforme lição de Pontes de Miranda: "A despeito de no art. 485, do Código de Processo Civil se falar de 'sentença de mérito', qualquer sentença que extinga o processo sem julgamento do mérito (art. 267) e dê ensejo a algum dos pressupostos do art. 485, I-IX, pode ser rescindida" ("Tratado da ação rescisória". Campinas: Bookseller, 1998, p. 171).

(...)

8. No caso concreto a Fazenda Nacional ajuizou ação rescisória para discutir a exorbitância de verba honorária, o que considero incabível (pedido juridicamente impossível). Sendo assim, DIVIRJO DO RELATOR para CONHECER PARCIALMENTE e, nessa parte, NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial (REsp 1217321/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Rel.

p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 18/03/2013)

Percebe-se que o julgado amplia a possibilidade de rediscussão da sentença não só de mérito, mas também a processual, que é capaz de gerar efeitos jurídicos, especialmente em tema tão sensível como o familiar.

6. Investigação de paternidade

Os filhos, sejam eles legítimos ou não, podem ser reconhecidos de forma voluntária ou forçada. Por motivo de estudo, o foco desde trabalho será o filho reconhecido forçadamente por via judicial.

Esse reconhecimento não voluntário, pode ser obtido por meio da ação de investigação de paternidade (DINIZ, 2002, p. 404), sendo este direito personalíssimo e indisponível, como prevê o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça (PINTO, WINDT, & CÉSPEDES, 2011, p. 1151).

A exceção a esse caráter personalíssimo é dado pela Lei 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento (e dá outras providências). Essa lei possibilita a propositura da ação pelo Ministério Público, mas deve-se lembrar que a legitimidade ativa é, por via de regra, do pretense filho, que se menor deverá ser representado pela mãe ou tutor.

Segundo o artigo 363 do antigo Código Civil de 1916, o menor precisava provar um dos seguintes requisitos para a investigação de paternidade ser admitida: I - Se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai; II - Se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; III - Se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente (DINIZ, Código civil anotado, 1995, p. 299). Já o Código Civil de 2002 não especifica os casos cabíveis.

Sobre os meios de investigação, diz o art. 2º-A da Lei 8.560/92:

Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos (PINTO, WINDT, & CÉSPEDES, 2011, p. 1229).

Porém, o requerido pode se negar a fazer exame hematológico durante a investigação. Caso isso aconteça, ele não poderá se beneficiar da recusa, como diz o parágrafo único da Lei supracitada, bem como os artigos 231 e 232, ambos do Código Civil de 2002:

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

[...]

Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Ou seja, estabelecida mais uma presunção legal decorrente do comportamento recalcitrante do indigitado pai em fornecer material genético para o exame de DNA.

Assim, caso as demais provas e indícios indiquem que o suposto pai o é de fato, o pedido feito pelo filho ou pelo Ministério Público poderá ser declarado procedente pelo juiz, sem a segurança decorrente da desenvolvimento da técnica do DNA.

7. O exame de DNA após o trânsito em julgado da decisão: possibilidade de relativização da coisa julgada⁸

A massificação do exame de DNA, em termos de acesso quanto a valores, rapidez e a quantidade de laboratórios habilitados, possibilitou o ajuizamento de novas demandas invocando o direito fundamental do conhecimento da ascendência genética para rediscutir o parentesco biológico, depois de ultimado o prazo de dois anos para o ajuizamento da ação rescisória para desconstituir sentenças de mérito proferidas sem o exame.

⁸ Marinoni sustenta a impossibilidade da relativização da coisa julgada tendo em vista ser esta uma regra sobre o discurso e uma agressão ao Estado Constitucional (MARINONI & MITIDIERO, 2012, p. 449).

A superação do obstáculo da coisa julgada preencheu o debate jurídico, com decisões judiciais conflitantes a favor e contra a relativização do instituto em prol da prova, antes impossível com grau de probabilidade irrefutável, do parentesco biológico.

Difundida e tornando-se majoritária a tese da relativização da coisa julgada de sentenças proferidas em demandas em que o exame não havia sido realizado, possibilitou-se a classificação das demandas em dois tipos: aquelas ajuizadas pelos filhos visando o reconhecimento do vínculo do parentesco biológico e também as ações propostas pelos pais, com base na mesma prova pericial irrefutável, a exclusão do parentesco anterior definido e com os consectários jurídicos decorrentes quanto a alimentos e a sucessão.

Entende-se e sustenta-se no presente artigo o caráter absoluto do direito fundamental ao conhecimento da ascendência biológica. Justifica-se tal opção diante da restrita possibilidade de formação do vínculo de parentesco sob a ótica do filho, pois o sistema é estruturado em torno da manifestação de vontade, compreendida como ação, capaz de formar o vínculo de parentesco, seja pelo meio biológico, afetivo ou socioafetivo. A condição de descendente não se encontra presente no rol de direito potestativo do filho, por não depender, *a priori*, de qualquer ato por ele praticado. Assim, o reconhecimento da prevalência do exame de DNA para a definição da ascendência reveste-se de maior peso.

Diversamente ocorre com o enfrentamento da temática sob o prisma da descendência paterna, uma vez que o vínculo de parentesco se forma pelos critérios afetivos e socioafetivos, em que existe uma igualdade entre os descendentes biológicos ou não. Outro fator relevante diz respeito ao próprio comportamento do indigitado pai na demanda que investiga o vínculo genético decorrente de seu relacionamento sexual com a mãe. O réu, nas demandas dessa natureza, pode se recusar a fornecer material genético para o exame, cabendo ao juiz sentenciar à luz das demais provas no processo e por verossimilhança.

Permitir, posteriormente, a rediscussão do assunto em benefício do pai, antigo réu resistente, seria o mesmo que premiar o comportamento inicial do indigitado pai em não colaborar com a elucidação dos fatos e a realização da justiça, ao mesmo tempo em que, retira do filho sua ascendência paterna, que pelo sistema brasileiro não decorre apenas da natureza, mas também pela manifestação de vontade e comportamento como pai.

Diante de tais premissas e, como mencionado anteriormente, no embate de institutos com sede constitucional, a dignidade da pessoa humana tem a primazia diante da coisa julgada formada em sentenças proferidas em ações de investigação de paternidade, em razão de deficiências nas técnicas científicas da época para atestar ou não, com grau acentuado de probabilidade, a paternidade.

Tal posicionamento representou uma quebra no dogma da coisa julgada material diante da verdade dos fatos, atestada por exames clínicos elucidadores da paternidade genética, no entanto, diante de novos temas, reflexos das posições acima, novos estudos necessitam integrar a matriz constitucional com as regras de processo e finalizar com aspectos do pós-moderno direito de família.

Todavia, decorrido algum tempo da inovação técnica subsistem os problemas decorrentes da contrariedade entre a realidade genética demonstrando a inexistência de vínculo de parentesco natural e a realidade processual, com a improcedência de demandas voltadas para anular decisões anteriores com base nos resultados dos exames de DNA, por fundamentos outros, como o parentesco socioafetivo ou por afinidade⁹. Diante de cenários jurídico-processuais tão distintos, decorrentes de uma mesma realidade fática inexorável do vínculo bio-molecular, é preciso reconhecer e focar o problema para sistematizá-lo e assim avançar na compreensão do tema.

Reforça-se, assim, a tese inicial do caráter absoluto da ascendência sobre a descendência biológica, que no caso específico é apenas uma das hipóteses para a formação do vínculo de parentesco por escolha e decisão paterna. Desse modo, a primazia do direito deve ser atestada e reconhecida em tese, como meio capaz de efetivar seu caráter fundamental pela Constituição Federal brasileira.

Conclusões

O presente trabalho apresentou uma preocupação com a relativização da coisa julgada nas demandas do parentesco biológico. Isto porque a evolução da técnica do exame de DNA

⁹ O Estatuto das Famílias em seu artigo 10 dispõe expressamente sobre a origem do parentesco (GABLIANO & PAMPLONA FILHO, 2010, p. 225).

ocasionou uma mudança de paradigma no assunto, sem contudo, tornar-se uma prova absoluta do vínculo biológico e com isso reduzir as consequências jurídicas do exame positivo de paternidade, diante da multiplicidade de temas e assuntos interconectados.

Apesar das discussões sobre a relativização da coisa julgada, não se discute o avanço decorrente da superação do dogma da imutabilidade da decisão transitada em julgado, após a fluência do prazo para o ajuizamento da ação rescisória.

É preciso apontar para a evolução ocorrida na sociedade brasileira pós Constituição de 1988 de modo a permitir o debate e a superação de dogmas como a coisa julgada de sentenças proferidas em demandas com causas de pedir relativas à relação de parentesco biológico, diante da evolução da técnica de investigação da herança genética. Mais do que segurança jurídica, a abertura ocorrida demonstra a primazia da norma constitucional, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no direito fundamental da herança genética.

A partir da análise do caso da relativização da coisa julgada nas demandas ligadas ao parentesco civil, demonstrou-se que o direito fundamental possui graduações em razão de sua titularidade: descendente ou ascendente. Sendo absoluto no primeiro e relativo no segundo diante da convergência de outros institutos conexos, por exemplo, as novas relações de parentesco, resultado de novas técnicas de reprodução, a dimensão socioafetiva do parentesco e do comportamento da parte no processo em razão das presunções legais incidentes.

Portanto, no caso aqui analisado, o relevante direito fundamental do conhecimento da herança genética e histórica, em razão da avanço tecnológico, foi alçado à categoria de direito absoluto quanto ao aspecto subjetivo de seu titular. No atual cenário jurídico brasileiro, cabe ao Judiciário aprimorar o sistema no sentido de possibilitar o acesso à Justiça para a plena efetividade do vínculo de parentesco biológico, sem estimular a rediscussão de todos os vínculos de parentesco em acepção restrita da natureza genética.

Referências Bibliográficas

BOBBIO, N. (1992). *A era dos direitos*. (C. N. COUTINHO, Trad.) Rio de Janeiro, RJ: Campus.

BRANCO, P. G., COELHO, I. M., & MENDES, G. F. (2002). *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais* (1 ed.). Brasília, DF: Brasília Jurídica.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.217.321-SC. 2ª Turma. Rel. originário Min. Herman Benjamin, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/10/2012, DJE 15/03/2013, Brasília.

BUENO, C. S. (2009). *Curso sistematizado de Direito Processual Civil; Procedimento comum: ordinário e sumário* (2 ed.). São Paulo, SP: Saraiva.

CÂMARA, A. F. (2012). *Lições de direito processual civil: volume I* (23 ed., Vol. I). São Paulo, SP: Atlas.

DELGADO, J. (1 de jan de 2001). Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas - Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista de Processo*, 103.

DIAS, M. (2006). *Manual de Direitos das Famílias* (3 ed.). São Paulo, SP: Revista dos Tribunais.

DIDIER JR, F., BRAGA, P. S., & OLIVEIRA, R. (2009). *Curso de Direito Processual Civil* (4 ed., Vol. 2). Salvador, BA: JusPodivm.

DINIZ, M. H. (1995). *Código civil anotado*. São Paulo, SP: Saraiva.

DINIZ, M. H. (2002). *Curso de Direito Civil Brasileiro - direito de família* (18 ed., Vol. V). São Paulo, SP: Saraiva.

GABLIANO, P. S., & PAMPLONA FILHO, R. (2010). Artigos 1.591 a 1.595. In: L. ALVES, *Código das famílias comentado: de acordo com o estatuto das famílias (PLN n. 2.285/07)*. Belo Horizonte, MG: Del Rey.

LIEBMAN, E. T. (2007). *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada* (4 ed.). Rio de Janeiro, RJ: Forense.

MARINONI, L. G., & MITIDIERO, D. (2012). *Código de processo civil: comentado artigo por artigo* (4 ed.). São Paulo, SP: Revista dos Tribunais.

MARQUES, C. L. (2000). Visões sobre o Teste de Paternidade através do Exame do DNA em Direito Brasileiro - Direito Pós-Moderno à Descoberta da Origem? In: E. LEITE, *Grandes temas da atualidade - DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro, RJ: Forense.

MARTINS, J. S., & ZAGANELLI, M. V. (2000). Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade: direito à intimidade ou direito à identidade? In: E. LEITE, *Grandes temas da atualidade - DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro, RJ: Forense.

MEDINA, J. G., & WAMBIER, T. A. (2003). *O dogma da coisa julgada - hipóteses de relativização*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais.

PINTO, A. T., WINDT, M. V., & CÉSPEDES, L. (2011). *Códigos Civil; Comercial; Processo Civil; Constituição Federal e legislação complementar* (7 ed.). São Paulo, SP: Saraiva.

SOUZA, B. P. (2008). *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória* (5 ed.). São Paulo, SP: Saraiva.

SOUZA, V. S. (2005). *Reconstruindo a paternidade: a recusa do filho ao exame de DNA*. Campos dos Goytacazes, RJ: Faculdade de Direito de Campos.

A PROIBIÇÃO DE EXPULSÃO DO ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL: CONFLITO APARENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

THE PROHIBITION OF EXPULSION OF FOREIGNERS WITH CHILDREN IN BRAZIL: APPARENT CONFLICT OF FUNDAMENTAL RIGHTS.

Ana Paula Morais Galvão Pignataro*
Yara Maria Pereira Gurgel**

Resumo: O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, entendeu que seria proibido expulsar estrangeiros que tivessem filhos no Brasil, o que foi alvo de recurso ao Supremo Tribunal Federal, sendo admitida a repercussão geral do caso pela importância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. O presente trabalho visa averiguar se a solução dada está em consonância com a moderna Hermenêutica Constitucional e os ditames do neoconstitucionalismo. Para tanto, analisar-se-á os princípios aparentemente conflitantes (em especial, o da soberania nacional e o da dignidade da pessoa humana), buscando, através da inserção de novos valores, a relativização do conceito de Estado Soberano, e pela interpretação sistemática da Constituição, concretizar ao máximo os mandamentos da Carta Maior, restringindo minimamente os direitos. Com isso, adequa-se a legislação ordinária aos ditames da ordem constitucional e internacional.

Abstract: The Superior Court of Justice recently considered that it was prohibited to expel foreigners who have children in Brazil, which was appealed to the Federal Supreme Court, that admitted the general repercussion of the case, from the standpoint of economic, political, social and legal issues. This article try to give a solution that is compactible to the modern constitutional hermeneutics and to the ideias presentes in neoconstitutionalism. To do so, will examine the conflicting principles (in particular, national sovereignty and dignity), seeking, by including new values, with the relativization of the concept of sovereign state, and the Constitution's systematic interpretation, fulfill the constitucional commandments, minimally restricting rights. Also, try to adequate the ordinary legislation to the dictates presentes in Constitution and in the international law.

Palavras-chaves: Expulsão; Conflito aparente de direitos; Soberania; Dignidade.

Keywords: Expulsion; Apparent conflict of rights; Sovereignty; Dignity.

* Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Especialista em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte; Assistente Ministerial da Coordenadoria Jurídica do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte.

** Doutora em Direito, subárea Direito do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora Adjunto II da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

1- INTRODUÇÃO

Recentemente foi admitida a repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário (RE 608898) contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça de proibir a expulsão do estrangeiro com filhos no Brasil, mesmo contrariando a regra do Estatuto do Estrangeiro. No caso proposto, a norma que regula o tema prevê que só haveria o impedimento de retirar compulsoriamente esse estrangeiro quando o filho fosse anterior ao fato que gerou o decreto expulsório. A Constituição, contudo, tem como fundamento, além da soberania, que fundamentaria a expulsão do estrangeiro, a dignidade da pessoa humana, se propondo a dar especial proteção à família e à criança, independentemente se nacional ou não, adstringindo-se exclusivamente à sua condição de ser humano.

É visível, então, um conflito aparente entre a soberania nacional e o princípio da dignidade da criança, bem como seu direito à identidade e à convivência familiar. Essa análise é necessária para consagrar a paz social e o desenvolvimento regular do menor, bem como verificar se o Estado está dando a atenção especial à entidade familiar, conforme se propõe em seu art. 226.

O presente trabalho busca averiguar se a solução dada pelo Tribunal Superior corresponde aos anseios da sociedade plural, estando em consonância com a Constituição e os valores e princípios por ela consagrados, sob a ótica do neoconstitucionalismo. O artigo também verifica as dificuldades trazidas para a efetivação dos bens jurídicos tutelados no novo molde, especialmente do estrangeiro, sujeito de direitos, e a forma de aplicação dos princípios constitucionais, mantendo a supremacia e unidade da Constituição.

Sendo assim, propor-se-á uma nova ótica dos valores e princípios em exame, assegurando uma interpretação sistemática da Constituição e das normas legais, buscando trazer critérios objetivos que concretizem os valores e princípios abstratos (através de uma nova roupagem ao conceito antigo de soberania), permitindo o desenvolvimento do sistema constitucional e o balanceamento dos interesses da sociedade plural.

Por fim, percebe-se a importância do tema, sob o ponto de vista econômico, político, social e jurídico, de forma que se deve buscar uma solução conciliatória que harmonize os direitos dos estrangeiros e dos nacionais que tenham relações de afinidade com eles.

2- O NEOCONSTITUCIONALISMO E A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O Direito surge como um sistema de normas coercitivas que procuram dirimir ou diminuir os conflitos de interesses na sociedade. Essas normas não surgem por si mesmas, através de uma autopoiese, mas se integram em um conjunto uno e coerente, qual seja, o ordenamento jurídico, o qual tem por vértice a Constituição (MORAIS, 2000).

O movimento constitucionalista refere-se ao processo histórico de consagração dessa Constituição, a qual seria o corpo normativo máximo, restringindo o poder político e garantindo os direitos fundamentais. O Neoconstitucionalismo, segundo Comanducci (2005) e Carbonell (2005), evolução do movimento constitucionalista (baseado em uma ideologia pós-positivista), propõe uma “constituição invasora”, regulando diversos aspectos da vida social. Nesse modelo, há uma reaproximação entre Direito e Moral, pois, para abarcar os valores da sociedade, a Constituição se torna o resultado do compromisso de uma pluralidade de interesses, ficando mais ampla e aberta. Ganha destaque os direitos fundamentais, as diretrizes e programas a serem realizados.

Valores como liberdade, justiça e solidariedade, nesse contexto, passam a ser considerados elementos primeiros do Direito (CUNHA, 2004), orientando a elaboração e interpretação do sistema jurídico, construindo a ética da sociedade, fundamentando deveres, e garantindo-lhe autonomia axiológica.

A Constituição Federal, então, como documento supremo do sistema normativo, seguindo o modelo construtivista da moral, requer a criação de um sistema aberto de regras e princípios (CANOTILHO, 2000), desde que mantenha a textura aberta de suas normas, para se adequar às constantes mudanças sociais. Seguindo essa concepção, portanto, qualquer sistema jurídico necessita de regras claras e princípios que expressem os valores da sociedade. Ademais,

(...) Em virtude de sua referência a valores ou de sua relevância ou proximidade axiológica (da justiça, da idéia de direito, dos fins de uma comunidade), os princípios tem uma função normogênica e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm idoneidade irradiante que lhe permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional (...). (CANOTILHO, 2000, p. 1127)

Canotilho (2000, p. 1146) alerta que “o consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o

pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador”. Assim, em muitas ocasiões, as normas constitucionais podem vir a conflitar, mas, considerando esse contexto mais humanista¹, a dignidade da pessoa humana deve ser o princípio capaz de garantir uma unidade entre esses valores no ordenamento, permitindo criar uma lógica sistemática entre os institutos jurídicos.

O exercício hermenêutico, nesse contexto, se torna primordial, exigindo um maior esforço de compreensão do texto constitucional e de sua atualização. A interpretação do texto constitucional é um processo dinâmico e acompanha a evolução social. Ela exige uma constante aprovação para a correta adequação do sentido do texto a ser oferecido pelo contexto social, pois isso permitiria conciliar com a mobilidade dos valores humanos, que evoluem e crescem, atualizando-se.

Vale destacar que a Constituição busca resolver problemas complexos, abarcando a tentativa de convivência harmônica entre diversos grupos, mas não permitindo que esse pluralismo distorça a identidade do projeto constitucional. Para Sanchez (2010), a tolerância democrática é uma virtude, que deve ser querida e ponderada pelo constitucionalismo genuíno, tendo em vista, especialmente, os direitos fundamentais da pessoa, que devem funcionar como o horizonte ou tela de fundo para a germinação dessa virtude.

3- DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APARENTEMENTE CONFLITUOSOS EM QUESTÃO: SOBERANIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

O constitucionalismo atual vive a necessidade de assegurar de forma mais ampla os direitos humanos (mesmo que, em alguns casos, se queira entendê-los como simples declarações e recomendações). Tanto que, desde a segunda metade do século XXI, busca-se

¹ Fruto principalmente da superação do positivismo exarcebado e da consagração das Declarações de Direitos Humanos, após a Segunda Guerra Mundial, em que se verificou os abusos cometidos e passou a ganhar destaque o princípio da dignidade humana, com uma clara inspiração kantiana. Para facilitar o entendimento deste “novo” período constitucional, aconselha-se a leitura de BARROSO; BARCELLOS, 2003. p. 107. Referidos doutrinadores afirmam que o pós-positivismo, denominação que entendem ser provisória, designa um ideal difuso (resultado da superação do Jusnaturalismo e fracasso do Positivismo – especialmente depois que os movimentos políticos e militares, como o Nazismo, afirmaram que tudo o que fizeram, mesmo as maiores barbáries e atrocidade, foram em nome da lei, em consonância com a legalidade). Neste ideal se incluem a relação entre valores, princípios e regras, juntamente com a teoria dos direitos fundamentais, cujo fundamento primordial é o princípio da dignidade humana. No mesmo sentido: MORAES, 2006.

garantir a efetividade da Constituição e das Declarações de Direitos, no âmbito internacional e nacional.

Dentre os princípios constitucionais presentes para a temática proposta, a soberania e a dignidade da pessoa humana merecem destaque, devendo ser proposta uma visão que assegure os valores protegidos.

Reza a Carta Maior de 1988 que:

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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Segundo Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 295-296), a soberania necessita do compromisso constitucional de preservação da unidade material da Constituição. Assim, em sua concepção,

Cai por terra o discurso de defesa da rigidez da soberania, em desfavor da política constitucional e internacional de defesa dos valores e direitos fundamentais. A formulação teórica do Estado soberano, construído com fundamento nos ensinamentos de Bodin, Hobbes, Maquiavel, Schmitt e Kelsen, entre outros, comporta ajustes decorrentes da abertura da sociedade universal, proveniente, entre outros, da globalização.

Portanto, se propõe uma superação do conceito clássico de Estado-Nação, considerando que a Teoria Geral do Estado e o Direito Constitucional foram afetados pela nova sociedade global, o que implica no reconhecimento do caráter universal do Homem, principal elo de ligação das diversas Constituições estatais à nova ordem jurídica, e que harmoniza os sistemas.

Nesse mesmo sentido é o ensinamento de Rogério Tair (2010). Para ele, a soberania, prevista no artigo 2º, item 1, da Carta das Nações Unidas, que se funda na igualdade soberana de todos os membros, continua sendo o “poder supremo que qualifica determinado Estado diante dos demais”(TAIAR, 2010, p.11). Contudo, entende que, dentro desse conceito, houve a inserção da proteção dos Direitos Humanos, em especial da dignidade da pessoa humana.

Essa dignidade é proclamada como valor supremo que alicerça a ordem jurídica democrática e permite o intercâmbio entre os ordenamentos jurídicos no plano internacional.

A ideia de uma igual dignidade pessoal que seria atribuída a todo ser humano, pelo simples fato de pertencer a essa espécie, foi concebida inicialmente pelo cristianismo, se desenvolvendo pela filosofia, especialmente entre os teóricos modernos, como Hobbes, Locke e Kant. Esse último, ressalte-se, entendia que, no mundo social, existiria duas categorias de valores, quais sejam, o preço, valor exterior e que se manifesta nos interesses particulares, comum nas coisas; e a dignidade, valor interior, fruto da moral, e que seria de interesse geral, sendo encontrado nas pessoas. O valor moral, diferentemente da mercadoria, não pode ser substituído por outro equivalente, de modo que se defende a exigência de nunca transformar o homem em um meio para se atingir um determinado fim (MORAES, 2006, p. 115-116).

Vigora, contudo, nos dias atuais, o entendimento de que o princípio da dignidade da pessoa humana é um conceito aberto, com conteúdo impreciso (NOVAIS, 2011, p. 61), merecendo destaque a lição produzida por Jorge Novais, para quem:

A dignidade da pessoa humana do Estado social e democrático de Direito é circunstancial e temporalmente determinada e, nesse sentido, é própria de um indivíduo comunitariamente integrado e condicionado, titular de direitos fundamentais oponíveis ao Estado e aos concidadãos, mas socialmente vinculado ao cumprimento dos deveres e obrigações que a decisão popular soberana lhe impõe como condição da possibilidade de realização da dignidade e dos direitos de todos (NOVAIS, 2011, p. 53).

Para melhor compreender esse conceito, sugere Maria Celina Bodin (2006, p. 119) que essa dignidade, como substrato material, teria quatro postulados, quais sejam, o sujeito deve reconhecer a existência dos demais sujeitos como iguais a si; portanto, merecedores do mesmo respeito e proteção de sua integridade psicofísica; com a verificação de que todos são dotados de vontade livre, podendo se autodeterminar; e, por fim, por ser parte de um grupo social, possuem a garantia de não serem marginalizados.

Para Jorge Miranda (2000, p. 183-184), a dignidade da pessoa humana, mesmo se reportando a todas as pessoas, é sempre de uma pessoa individual e concreta; surge desde a concepção; é da pessoa enquanto ser da espécie humana, se referindo a homens e mulheres; que mesmo vivendo em relação comunitária, deve ser reconhecida a dignidade de cada pessoa pelos demais membros do grupo; ela é da pessoa e não do grupo comunitário ou da situação em que vive; o primado é do ser, prevalecendo a liberdade sobre a propriedade; ela justifica a busca pela qualidade de vida; a proteção deve se dar não apenas internamente, mas universalmente; pressupõe, por fim, a autonomia vital da pessoa.

Mesmo que seja difícil compreender qual seria o seu conteúdo inerente, deve-se resguardar o valor da pessoa humana e o incondicional respeito a sua dignidade. Esta seria violada sempre que a pessoa fosse reduzida ao nível de uma coisa ou objeto, deixando de ser encarada como sujeito autônomo e fim em si mesmo, sendo tratada como instrumento para realização de fins alheios (NOVAIS, 2011, p. 57). Ressalte-se que, como já mencionado, esse princípio ganha maior relevo quando, em caso de conflito entre princípios de igual importância, socorre o aplicador do direito, ao atuar como “o fiel da balança, a medida da ponderação” (MORAES, 2006, p. 119), de modo que será assegurado o valor justiça, sempre que a relativização ou a ponderação ocorrer de forma adequada.

Assim, é possível falar-se em um abrandamento ou relativização da soberania, para se proteger a dignidade do ser humano, sem que isso imponha a falta de defesa dos valores básicos da Constituição Federal, mas sim de uma complementação dos enunciados, permitindo uma proteção mais ampla, afinal ambos são fundamentos da República Federativa. Este abrandamento é um meio de permitir a efetivação dos valores e direitos fundamentais, pois “a proteção da dignidade humana é função do Estado soberano traduzida no bem-estar dos seus cidadãos” (NOVAIS, 2011, p. 12).

Ademais, os princípios que regem as relações internacionais e a política universal de proteção dos direitos do homem são as reais bases jurídicas do texto político. Nesse sentido, é a conclusão de Bonifácio (2008, p. 300):

No primeiro bordo, os princípios da soberania, da reciprocidade, da não-intervenção e da resolução pacífica dos conflitos e da igualdade entre os Estados de há muito fundamentam as relações entre os Estados e representam pilares no estudo do direito internacional público. De outro lado, havemos que nos quedar a um truísmo contemporâneo, no caso o dever incumbido aos Estados de tutelar os direitos humanos, como algo que se situa acima das concepções clássicas de enfrentamento das questões internacionais.

Considerando a necessidade de proteção aos direitos humanos aludidos e a integração do texto constitucional na visão dos valores intrínsecos ao sistema vigente, deve o aplicador do direito utilizar todos os meios para efetivá-los, passando a soberania a ser vista também e principalmente pela perspectiva do cidadão, a depender do caso concreto e dos aspectos valorativos envolvidos, mas sempre levando em consideração a dignidade da pessoa humana, para não transformar o ser humano em meio para atingir os fins estatais.

4- DA EXPULSÃO DO ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL: CONFLITO APARENTE DE PRINCÍPIOS SOB O PRISMA SISTÊMICO CONSTITUCIONAL.

O estrangeiro é aquele indivíduo que possui vínculo de nacionalidade com um Estado, mas que esteja, provisória ou definitivamente, vivendo no território de outro. Compete ao Estado soberano atuar frente a esse indivíduo, podendo limitar sua estadia, permitir ou não sua entrada, mas sempre observando sua condição de sujeito de direitos, devendo ser respeitado como tal.

A lei 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, regula a situação jurídica desse indivíduo no Brasil. Segundo o artigo 65 da referida lei², o estrangeiro pode ser expulso do país quando, de alguma forma, viole ou ofenda uma norma de conduta ou lei local através da prática de atos contrários à segurança ou à tranquilidade. Assim, será retirado do território nacional aquele que é tido como nocivo ou inconveniente aos interesses do país.

Vale frisar que algumas dessas previsões são bastante genéricas e subjetivas, de modo que, nos casos em que essa medida for necessária, deve se analisar a situação sob a ótica dos princípios consagrados na Constituição Federal.

Ocorre que o processo administrativo que gera essa medida repressiva leva certo tempo para ser concluído. Ele deve ser processado pelo Ministério da Justiça (podendo o Poder Judiciário intervir, nos termos do art. 5º, XXXV, da Carta Maior), sendo decretada pelo Presidente da República, após análise discricionária da necessidade. Assim, nesse período, pode o estrangeiro constituir família, ter filhos brasileiros sob sua guarda e dependência.

A referida lei prevê que só não é admitida a expulsão quando o estrangeiro estiver casado a mais de cinco anos com cônjuge brasileiro ou quando tiver filhos anteriores ao fato que motivou sua retirada do país³.

² Art. 65. É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

Parágrafo único. É passível, também, de expulsão o estrangeiro que:

- a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil;
- b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação;
- c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou
- d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.

³ Art. 75. Não se procederá à expulsão:

- I - se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira; ou
- II - quando o estrangeiro tiver:

A Constituição Federal, entretanto, protege a família e os filhos, de modo especial, sem prever qualquer condicionante ou limitação para tanto, em especial no que tange a qualquer membro da entidade familiar constituída. Cumpre transcrever sua previsão:

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

(...)

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

(...)

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.

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seus artigos 4º, 19 e 22, especialmente, estabelece os direitos à identidade, à dignidade, bem como o da convivência familiar e comunitária, etc. Isso está em consonância ainda com a Convenção sobre os Direitos da Criança, recepcionada pelo Brasil (Decreto 99.710/90), e que busca evitar prejuízos maiores a essa pessoa em desenvolvimento.

Nas palavras de Leal (Apud ARAGÃO; VARGAS, 2005, p. 28),

Há liberdade de locomoção e de escolha, mas, principalmente, há direito à vida, à dignidade, à proteção integral devida pelos pais, sociedade e Estado. Não existem direitos absolutos. As limitações protetivas se impõem como obediência à própria Constituição, como expressão de respeito à personalidade em formação das crianças e dos adolescentes. A liberdade mal exercida na infância gera efeitos irreversíveis. As deformações da personalidade perpetradas aos que contam poucos anos de vida não se apagam. Deturpam a criança, deturpam o adulto em que se tornará.

Desse modo, o interesse maior da criança e do adolescente deve ser verificado em todas as ações que interfiram na sua criação no seu lar, com sua família, só cabendo uma separação dos pais quando efetivamente necessária ao menor. Isso porque, conforme mencionado anteriormente, esses indivíduos em desenvolvimento gozam da dignidade

a) Cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou

b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.

§ 1º. não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que o motivar.

§ 2º. Verificados o abandono do filho, o divórcio ou a separação, de fato ou de direito, a expulsão poderá efetivar-se a qualquer tempo.

inerente a todo ser humano, e, por serem especialmente vulneráveis, precisam de um tratamento diferenciado⁴, de uma proteção maior, tendo precedência seus direitos e prerrogativas.

Nesse sentido, é que se diz que, por razão de justiça material e pelo princípio da igualdade substancial, as particularidades da situação concreta, no caso, os interesses dos menores que possuem menor capacidade de se protegerem, devem ser observadas, mesmo que isso implique em dar um tratamento diferenciado e individualizado (NOVAIS, 2011, p. 107).

Na mesma linha está a Declaração Universal dos Direitos da Criança que, em seu princípio 2º, determina que:

A criança deve gozar de proteção especial, e a ela devem ser dadas oportunidades e facilidades, pela lei e outros meios, para permitir o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social de um modo saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na edição de leis para esse propósito, o melhor interesse da criança deve ser a consideração superior. (tradução livre)

O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), em seu artigo 19, estabelece que “toda criança terá direito às medidas protetivas que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”. Assim, percebe-se um compromisso, tanto interno, quanto internacionalmente, de velar pela dignidade da criança, garantindo sua proteção integral, de modo que se permite inclusive atuar além da lei, como ora se propõe.

A criança, para ter uma vida digna, necessita do sustento, guarda e proteção de seus pais, pois sua dignidade reside em aspectos basilares de suas vidas como “saúde, alimentação, água potável, vestuário, moradia, paz espiritual, educação e renda” (LAMENZA, 2011, p. 66). Tudo isso, para ser proporcionado, deve ter a contribuição de seus ascendentes, mesmo que com a ajuda da sociedade e do Estado.

Assim, cumpre verificar se a previsão do Estatuto do Estrangeiro foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e qual a forma de interpretação sistemática permite a consagração dos valores da dignidade da pessoa humana, da soberania do Estado brasileiro, com a proteção à família e à criança.

Barroso e Barcellos (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 116) afirmam que, dentro do modelo aberto de regras e princípios em que a Constituição foi criada, influenciada

⁴ Conforme ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes, já mencionada, o fundamento jurídico da dignidade da pessoa humana se manifesta primeiramente no princípio da igualdade, especialmente na chamada igualdade substancial, de modo que haveria um “direito à diferença”, ou seja, deve-se “tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade”. Senão, veja-se em MORAES, 2006, p. 120.

pelo pós-positivismo e pelo neoconstitucionalismo, a Carta Maior tornou-se um documento dialético, tutelando valores e interesses que podem conflitar, bem como os princípios que os consagram, com certa frequência, entram em “rota de colisão”.

Pelo exposto, percebe-se que, no caso de estrangeiros que tiveram filhos após o ato que motivou sua saída compulsória, há um conflito aparente entre a soberania estatal e o princípio da dignidade humana, especialmente para a proteção dos interesses das crianças envolvidas.

Para garantir a efetivação desses mandamentos constitucionais, exige-se uma interpretação (princípio da unidade da constituição) que assegure ao máximo o exercício dos direitos em conflito, restringindo-os minimamente, sem atingir seu núcleo essencial⁵. Para tanto, é necessário verificar que os valores são densificados pelos princípios que explicam seu conteúdo, os princípios se incorporam em disposições específicas que trazem os pressupostos para sua aplicação e as consequências jurídicas são tipificadas com maior precisão, em um processo que vai seguindo por todo o ordenamento jurídico (LUÑO, 2010; e CANOTILHO, 2000).

Pelo exposto, percebe que os fundamentos da República (valores estabelecidos pelo poder constituinte originário como supremos) são melhores compreendidos quando conectados entre si, bem como ganham melhor clareza quando interpretados com os demais princípios e regras previstas na Constituição e demais leis. A interpretação sistêmica da Constituição, em que as distintas normas constitucionais ganham seu sentido não apenas da adequação ao postulado por valores e princípios fundamentais, mas também pela possibilidade de unir-se a outras normas específicas constitucionais, ajudam a compreender o sentido lógico e objetivo do texto fundamental em seu conjunto.

Uma interpretação, seguindo os parâmetros propostos e considerando os princípios e regras constitucionalmente estabelecidos de proteção à criança, do ECA e do Decreto 99.710/90, todos integrantes do ordenamento jurídico, permite asseverar que o artigo 75, II, b, do Estatuto do Estrangeiro não se coaduna com o quadro normativo exposto.

Desse modo, necessário compreender a soberania do país, que lhe assegura o direito de expulsar o estrangeiro, nos moldes ora estabelecidos, ou seja, observando o direito fundamental da criança a sua dignidade, a uma criação pelos pais e com seu sustento.

Necessário destacar que essa foi a conclusão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial, nos Embargos Declaratórios, no Habeas Corpus nº 115.603 do Distrito

⁵ Para melhor compreender este “núcleo essencial”, sugere-se o artigo: BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 112.

Federal. Nesse processo, o qual foi alvo de Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (cadastrado sob o número RE 608898), tendo este decretado sua repercussão geral na forma da lei⁶, se questionou se a concepção de filhos brasileiros posteriormente ao fato motivador do ato expulsório seria fator impeditivo dele. Pela interpretação sistemática do dispositivo da lei em face da legislação superveniente, entendeu a Corte Superior que seria proibida a expulsão pela necessidade de tutela dos interesses da criança.

Correta, então, a conclusão apontada, o que se espera ver repetido em sede do Supremo Tribunal Federal⁷, já que é a que mais repercute na sociedade. Sendo seu papel proteger a Constituição, e tendo o Judiciário ganhado maior destaque com a nova hermenêutica constitucional e com o neoconstitucionalismo, cabe ao magistrado, especialmente aos do Guardião Supremo, nos termos da teoria da leitura moral de Dworkin (2002), se considerar como sócios uns dos outros, dando coerência a essa moralidade constitucional.

Por fim, acrescente-se que a lei é anterior à Constituição, de modo que pode, através dessa interpretação, dar uma interpretação conforme o texto maior, com redução parcial do texto, estendendo a proibição para todos os casos em que o estrangeiro constituir família no Brasil.

5- CONCLUSÃO.

Pelo exposto, conclui-se que o Direito, como sistema normativo que se integra em um conjunto uno e coerente e que tem a Constituição como ápice, deve ser interpretado de forma a manter o espírito valorativo desse sistema.

O exercício hermenêutico é, portanto, essencial. A interpretação do texto constitucional deve ser um processo dinâmico, de forma a acompanhar a evolução social. Exige-se uma constante reanálise para poder sempre adequar o sentido do texto ao contexto

⁶ O art. 102 da Constituição Federal determina que: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. Assim, a repercussão geral é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal só se ocupe de questões relevantes para a Nação.

⁷ Acredita-se que o STF seguirá o mesmo posicionamento, considerando a Súmula 1 (É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna) desse Tribunal.

social, conciliando a interpretação com a mobilidade dos valores humanos, que evoluem e atualizam, tal qual a situação concreta referida.

Assim, propõe-se uma nova visão do conceito do princípio da soberania, o qual pode vir a ser repensado posteriormente, mas que se adequa aos anseios do neoconstitucionalismo. Há uma superação do conceito clássico de Estado soberano, pela inserção da dignidade da pessoa humana, implicando no reconhecimento do caráter universal do Homem, de maneira não a negá-lo ou confrontá-los, mas sim a observá-los diante de valores diferentes, estabelecidos pela ordem constitucional contemporânea exigida pela sociedade.

A dignidade da pessoa humana, nesse contexto, é o valor supremo que embasa a ordem jurídica democrática e permite o intercâmbio entre os ordenamentos jurídicos no plano internacional. Apesar de seu conceito aberto e indeterminado, refere-se à necessidade de se observar a importância da pessoa humana e o incondicional respeito a sua dignidade, servindo esse princípio, em caso de conflito entre princípios de igual importância, como o elo ou a medida para a ponderação.

O estrangeiro, devido à soberania de que goza o país, pode ter sua saída compulsória decretada, sendo expulso quando é tido como nocivo ou inconveniente aos interesses do país. Ocorre que, entre o fato que motivou a expulsão e a efetiva saída, pode esse indivíduo constituir família, instituindo laços afetivos que podem ligá-los a outros indivíduos, fato por si só merecedor de uma visão diferenciada.

A Constituição Federal protege a família e os filhos, de modo especial, tendo ainda a dignidade da pessoa humana como fundamento. Saliente-se que neste aspecto a Constituição protege direitos fundamentais sem promover qualquer tipo de limitação aos mesmos, ao passo que o Estatuto do Estrangeiro o faz. Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Convenção sobre os Direitos da Criança, recepcionada pelo Brasil (Decreto 99.710/90), entre outras declarações e convenções também incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, protegem a pessoa em desenvolvimento, não olvidando que a recepção no ordenamento jurídico interno destas normas internacionais detém patamar hierárquico constitucional, a teor do constante no parágrafo segundo do art. 5º da CF/88.

Para garantir a efetivação dos mandamentos constitucionais e a consagração dos valores espalhados pelo ordenamento, exige-se uma interpretação que assegure ao máximo o exercício dos direitos em conflito, restringindo-os minimamente, sem atingir seu núcleo essencial.

Para tanto, se propôs que, fazendo uma interpretação sistemática da constituição e compreendendo a soberania conforme proposto, se observe em um primeiro momento o direito fundamental da criança a sua dignidade, a uma criação pelos pais e com seu sustento, de modo que se mantem a coerência do ordenamento jurídico. Este enfoque é que deve ser, em seguida, compatibilizado com o princípio da soberania estatal no que tange ao exercício de seu direito de expulsar estrangeiros na forma da Lei.

Essa também foi a conclusão do Superior Tribunal de Justiça, de modo que se pode determinar que a concepção de filhos brasileiros, posteriormente ao fato motivador do ato expulsório, seria fator impeditivo desse.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Legal Principles: On the structure of Legal Principles.** In: Ratio Juris, Vol. 13, No. 3, September 2000.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios: Ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos Direitos Fundamentais.** SP, Método, 2008, Coleção Gilmar Mendes.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** Volume II, 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 4ª edição, Coimbra, 2000.

CARBONELL, Miguel. **Nuevos tiempos para el constitucionalismo.** In Neoconstitucionalismo, Colección Estructuras y proceso. Série Derecho, 2ª ed. Editorial Trotta, Madri, 2005.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (Neo)Constitucionalismo: um Análisis Metateórico.** In Neoconstitucionalismo, Colección Estructuras y proceso. Série Derecho, 2ª ed. Editorial Trotta, Madri, 2005.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível no sítio <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 28.02.2011

CUNHA, Paulo. **Da justiça na Constituição da República Portuguesa**. In: Scienti Ivridica. Braga (Portugal): Livraria Cruz, 2004. Tomo LII.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível no sítio: http://www.unicef.org/lac/spbarbados/Legal/global/General/declaration_child1959.pdf. Acesso em 28.02.2011.

DWORKIN, Ronald. **La lectura moral de La constitución y la premisa mayoritaria**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidade Nacional Autónoma de México, 2002. p. 03-29.

_____. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press. 1978.

GALVÃO, Ana Paula Morais. **Teoria da Justiça e Direitos Fundamentais: um Enfoque sob as Teorias que Procuram Explicar os Fenômenos Jurídicos e o Papel Interpretativo do Magistrado**. In: Revista da ESMARN. Ano 7, vol. 7, n. 1 (2001-). Natal: ESMARN, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

LAMENZA, Francismar. **Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do estado**. São Paulo: Minha Editora, 2011.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 8ª ed. Cap. 7. *La Interpretacion de los Derechos Fundamentales*.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coord. Ingo W. Sarlet. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Segurança jurídica e Justiça Constitucional**. In: Revista de Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SÁNCHEZ, Miguel Revenga. **Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional em el siglo XXI**. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Fortaleza-CE: Edições Demócrito Rocha, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 25 de março de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 21 de abril de 2011.

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania em face da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: MP Ed., 2010.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. Salvador: Edições *JusPodivm*, 2006.

FILHOS DE CRIAÇÃO: UMA ABORDAGEM PARADIGMÁTICA

SONS OF CREATION: AN APPROACH PARADIGMATIC

Ana Paula Brandão Ribeiro¹

Isabella Carolina Miranda²

“A partir do momento em que o Estado, em sede constitucional, garante direitos sociais, a realização destes direitos não se constitui somente em uma obrigação positiva para a sua satisfação. Passa a haver também uma obrigação negativa de não se abster de atuar de modo a assegurar a sua realização. Assim, o legislador precisa ser fiel ao tratamento isonômico assegurado pela Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências. Todo e qualquer tratamento discriminatório levado a efeito pelo legislador ou pelo Judiciário mostra-se flagrantemente inconstitucional.”

Maria Berenice Dias

RESUMO

O conceito de família e paternidade assumiu nova roupagem, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988. Os laços biológicos, que outrora eram tidos como os de maior relevância, hoje perderam espaço para valores muito maiores. Neste sentido, devem-se preponderar os laços de afeto, de desvelo, que vão muito além de configurações biológicas ou de qualquer exigência formal. Entretanto, tal não é o que se afigura na prática forense. No que

¹ Mestranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Coordenadora de Pesquisa no Núcleo Acadêmico de Pesquisa/2012 da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); Professora das disciplinas Direito Processual Civil I e Teoria Geral do Processo, na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); Advogada militante; Currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/6766806228204739>.

² Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da Coordenadoria de Publicação e Pesquisa do Grupo de Estudos em Arbitragem (GEArb). Bolsista do Programa de Extensão da PUC Minas. Pesquisadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP); Currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/2808045817359536>.

se refere aos filhos de criação, há um completo descompasso entre o que é assegurado pela própria Constituição e afirmado pelos grandes doutrinadores, e aquilo que é decidido pelos nossos tribunais, ou seja, na teoria, plena igualdade; na prática, completa disparidade. Neste sentido, surge a necessidade de se demonstrar que a prática jurídica não pode fechar os olhos para uma realidade evidente, afinal, o Direito tem um papel social a cumprir, e o juiz deve dele participar, interpretando as leis não somente segundo seu texto e suas palavras, mas consoante as necessidades sociais que é chamado a reger, segundo as exigências da justiça e da equidade que constituem seu fim. O objetivo do presente trabalho é demonstrar que esta prática encontra-se em completo descompasso com a realidade que nos cerca, bem como com os princípios constitucionais que norteiam o âmbito civil, uma vez que os filhos de criação devem possuir os mesmos direitos que qualquer outro filho. No que tange especificamente aos filhos de criação, estes possuem os mesmos direitos e deveres que qualquer outro filho, afinal, a própria Constituição, de forma expressa, veda qualquer forma de discriminação entre os filhos. O Direito de Família, hoje, não pode ser reduzido a um código de regras prontas e acabadas, mesmo porque, humanamente impossível seria criar um livro de regras capaz de abarcar todas as situações pelas quais uma sociedade plural, como é a nossa, possa vir a vivenciar.

PALAVRAS-CHAVE: Filhos de Criação; Família; Princípios Constitucionais; Tribunais.

ABSTRACT

The concept of fatherhood and family took on a new guise, especially with the advent of the Federal Constitution of 1988. The biological ties that were once regarded as the most relevant, today lost ground to much higher values. In this sense, one must preponderate the bonds of affection, care, ranging far beyond biological settings or any formal requirement. However, this is not what it seems in forensic practice. With regard to the children of creation, there is a complete mismatch between what is guaranteed by the Constitution and affirmed by the great scholars, and what is decided by our courts, that is, in theory, full equality, in practice, complete disparity. In this sense, there is a need to demonstrate that the legal practice can not close our eyes to a reality evident, after all, the law has a social role to fulfill, and the judge should participate in it, not only interpreting the laws according to its text and its words, but according to social needs that is required to govern according to the demands of justice and equity that make up your order. The goal of this work is to demonstrate that this practice is in complete sync with the reality that surrounds us, as well as the constitutional principles that

guide the civil context, since the creation of children should have the same rights as any other son. With regard specifically to the children of creation, they have the same rights and obligations as any other child, after all, the Constitution itself, it expressly prohibits any form of discrimination among children. The Family Law, today, can not be reduced to a code of rules ready and finished, because, it would be humanly impossible to create a rule book can cover all the situations in which a plural society such as ours, might to experience.

KEYWORDS: Sons of Creation; Family; Constitutional Principles; Courts.

INTRODUÇÃO

Estado Democrático de Direito. Este é o paradigma da vez.

A Constituição Brasileira de 1988 dispõe no *caput* do seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. É em meio a este novo contexto que se vêem quebrados conceitos, até então, tidos como prontos e sólidos, capazes de fornecer uma resposta a todas as questões fáticas apresentadas.

Com o advento desse novo paradigma, verifica-se que tais conceitos não mais conseguem fornecer respostas únicas, tendo em vista que, conforme pensamento de Habermas, vivemos em uma sociedade “colcha de retalhos”, marcada por uma diversidade muito grande, seja ela de cunho político, religioso, moral ou social. Ou, dito de outra forma, fazemos parte de uma sociedade plural. Assim sendo, não há como, neste cenário, ter-se sempre uma única resposta para as diversas questões que nos são, a todo o momento, apresentadas. Não se trata aqui de negar a existência de uma resposta certa para os problemas apresentados, mas antes, de procurar demonstrar que a resposta certa ou errada para uma questão de direito não é a única, uma vez que esta varia de acordo com cada caso concreto. Da mesma forma, não existe necessariamente um caso fácil ou um caso difícil, mas antes, existe um caso concreto, como bem expõe Dworkin em sua obra “Uma questão de Princípio” (DWORKIN, 2005).

Neste cenário, a família assume nova roupagem, possuindo, agora, concepções e valores totalmente diferentes dos da primeira metade do século XX. Seu conceito liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para rios muito maiores, que desembocam nos mares

do companheirismo, do amor, do desvelo e da livre expressão do afeto, buscando a proteção e promoção de seus membros.

Desde 1979, com João Baptista Villela, o instituto da paternidade vem assumindo uma conotação diferenciada. A partir de então, a paternidade vem assumindo novos contornos, a ponto de se falar em desbiologização da paternidade. Com isto, este instituto ganha novas interpretações; interpretações essas que não se prendem a conceitos prontos e acabados, mas que se ampliam e se constroem a cada dia, a cada situação apresentada.

O artigo 5º, da Carta Magna dispõe: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. E mais. Em seu artigo 227, parágrafo 6º, encontra-se a igualdade estabelecida entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção. Disto, conclui-se que todos os filhos, sem diferenciação ou discriminação alguma, terão os mesmo direitos e deveres.

Partindo deste conceito de família e de paternidade, percebe-se que, em relação aos filhos, estes não mais se classificam. Portanto, há hoje um estatuto unitário e igualitário de filiação, tendo como pano de fundo os princípios da liberdade e da igualdade.

Entretanto, sabe-se que a lei não é capaz de abarcar a gama de situações pela qual esta sociedade passa. Dentre estas situações, tem-se hoje o instituto da adoção de fato.

Como já demonstrado, o conceito de família e paternidade assumiu nova roupagem, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, deixando claro que os laços biológicos, que outrora eram tidos como os de maior relevância, hoje perderam espaço para valores muito maiores. Neste sentido, devem-se preponderar os laços de afeto, de desvelo, que vão muito além de configurações biológicas ou de qualquer exigência formal. Entretanto, tal não é o que se afigura na prática forense. No que se refere aos filhos de criação, há um completo descompasso entre o que é assegurado pela própria Constituição e afirmado pelos grandes doutrinadores, e aquilo que é decidido pelos nossos tribunais, ou seja, na teoria, plena igualdade; na prática, completa disparidade.

Neste sentido, surge a necessidade de se demonstrar que a prática jurídica não pode fechar os olhos para uma realidade evidente, afinal, o Direito tem um papel social a cumprir, e o juiz deve dele participar, interpretando as leis não somente segundo seu texto e suas palavras, mas consoante as necessidades sociais que é chamado a reger, segundo as exigências da justiça e da equidade que constituem seu fim.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que esta prática encontra-se em completo descompasso com a realidade que nos cerca, bem como com os princípios constitucionais que norteiam o âmbito civil, uma vez que os filhos de criação devem possuir

os mesmos direitos que qualquer outro filho. Por isso, não apenas propomos como, principalmente, demonstramos ser imperioso que o Direito, hoje, seja aplicado através de uma visão de integridade e coerência, indispensáveis à promoção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

PRINCÍPIO JURÍDICO DA AFETIVIDADE

Antes de nos reportarmos especificamente ao tema proposto, mister se faz estabelecer o conceito do instituto *filiação*, com vistas não somente a situar o leitor e, assim, facilitar o seu entendimento, como principalmente, corroborar o posicionamento a seguir defendido e fundamentado.

Filiação é “a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos” sendo, assim, o vínculo capital na organização da família (VELOSO, 1997, p. 7).

A família assume nova roupagem, possuindo, agora, concepções e valores totalmente diferentes dos da primeira metade do século XX. Seu conceito liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para rios muito maiores, que desembocam nos mares do companheirismo, do amor, do desvelo e da livre expressão do afeto, buscando a proteção e promoção de seus membros.

O art. 5º da Carta Constitucional dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. E mais. Em seu art. 227, parágrafo 6º, encontra-se a igualdade estabelecida entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção. Disto, conclui-se que todos os filhos, sem diferenciação ou discriminação alguma, terão os mesmos direitos e deveres.

Partindo deste conceito de família e de paternidade, percebe-se que em relação aos filhos, estes não mais se classificam, uma vez que se encontram libertos dos carimbos e etiquetas, fruto de um passado estático. Portanto, há hoje um estatuto unitário e igualitário de filiação, tendo como pano de fundo os princípios da liberdade e da igualdade. Isso porque a afetividade é o valor fundante de qualquer núcleo familiar.³ Assim sendo, pode-se observar

³ O marco inicial da afirmação da paternidade socioafetiva no Direito Civil brasileiro deu-se com a publicação do artigo do professor João Baptista Villela, em 1979, intitulado “Desbiologização da Paternidade”. E, em 1988,

que hoje, o personagem principal do ordenamento jurídico é a pessoa humana, objetivando fazer valer o princípio da dignidade.

Assim, encontramos no texto constitucional a igualdade estabelecida entre os filhos, sejam eles biológicos ou não.⁴ Desta forma, o atual diploma não comporta nenhuma forma de exclusão entre os filhos, retirando destes qualquer possível “etiqueta” que lhes pudesse ser atribuída. Por isso, poder-se afirmar que o Direito de Família, hoje, encontra-se reedificado na “tábua axiológica constitucional.”⁵

Deste modo, o elemento socioafetivo da filiação reflete a verdade jurídica que está para além do biologismo, sendo essencial para o estabelecimento da filiação (FACHIN, 2003, p. 20). Mesmo porque, o amálgama dos laços familiares é representado pela afetividade, que advém da convivência, do desprendimento de amor, carinho e cuidado que se constroem.

DO FORMALISMO À VERDADEIRA FILIAÇÃO

O estado de filiação, além de conferir à pessoa um estado jurídico, garantindo-lhe deveres e prerrogativas, encontra-se diretamente vinculado à experiência do “ser filho” e do “viver o afeto”, fato este que contribui decisivamente para a promoção da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, além de não estar o princípio da afetividade manifestado expressamente em nosso ordenamento pátrio - o que por si só já constitui um óbice à sua efetivação, tendo em vista a restrita visão à letra da lei por alguns magistrados quando de sua aplicação -, igualmente não encontra a proteção expressa no que tange aos filhos de criação.

Tal inobservância encontra-se patente no Código Civil Brasileiro. Este, em seu artigo 1.603⁶, limita-se a disciplinar que a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil. E em seu artigo 1.605, II⁷, dispõe apenas que na falta do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito, quando

com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, a afetividade teve seu maior impulso ao ser elevada à categoria de princípio jurídico.

⁴ CR/88, arts. 226, parágrafo 4 e 227, parágrafos 5 e 6.

⁵ Expressão muito bem utilizada por Roberto Paulino em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito de Família.

⁶ Art. 1603 CC/02 - A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil

⁷ Art. 1605 CC/02, *caput* - Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

existirem presunções veementes de fatos já certos. Assim sendo, este ordenamento é impreciso, para não dizer omissivo, no que diz respeito ao instituto “filhos de criação”.

O que se percebe na prática dos nossos tribunais é que os princípios constitucionais da igualdade e da liberdade não são aplicados em relação aos filhos de criação, no que tange aos direitos e deveres decorrentes da própria relação paterno-filial, como por exemplo, as sucessões e os alimentos. O fato de não serem estes registrados, ou seja, de inexistir uma formalidade burocrática - como ocorre com a adoção judicial, que passa por todo um trâmite legal -, retira da pessoa, por exemplo, o direito a suceder, ainda que presentes todos os requisitos que, hoje, levam à configuração da verdadeira paternidade, quais sejam, a relação de afeto, carinho e companheirismo entre pais e filhos, sejam eles biológicos ou não.

A par do que hoje se tem como verdadeira paternidade é que propomos uma aplicação do direito, baseada em uma hermenêutica constitucional, afastando, portanto, toda e qualquer pura subsunção da lei, que não possui consonância alguma, pelo menos no que diz respeito aos filhos de criação, com o paradigma atual do Estado Democrático de Direito, no qual se encontra inserido o Direito de Família.

DO FETICHISMO DAS NORMAS A UMA APLICAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO

Vivemos em uma sociedade plural, onde situações novas aparecem a todo instante, não sendo possível a existência de um ordenamento jurídico que consiga disciplinar, de forma completa, todos os possíveis eventos que venham ocorrer nesta seara.⁸ Uma destas situações não abarcadas pela legislação civil, diz respeito aos filhos de criação.

Entretanto, o fato de existir este silêncio normativo não retira dos filhos de criação a igualdade que é conferida à filiação, em sua acepção mais ampla.

⁸ Como bem observa José Sebastião de Oliveira, “o sistema jurídico é dinâmico e o ordenamento jurídico, incompleto, mutável e prospectivo. Constituído por normas, fatos e valores, o ordenamento jurídico mostra-se lacunoso e em constante tentativa de adaptação às vicissitudes pelas quais a sociedade, diariamente, passa.” Além disso, o referido autor, citando a profa. Maria Helena Diniz, expõe que “[...] juízes e tribunais constantemente estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida. Está, de há muito tempo, superada a concepção de que o Direito seria constituído apenas por normas. Sua constituição é muito mais complexa do que simples redução a um conjunto normativo. Abrange diversas experiências (históricas, antropológicas, sociológicas, axiológicas) que se completam” (OLIVEIRA, 2002, p. 76-77).

Entretanto, o que se percebe, na prática forense, é que nas ações que têm como pedido uma declaração de filiação aos filhos de criação, seja esta para a concessão do direito a suceder e obter alimentos, ou quaisquer outros direitos e deveres decorrentes da relação paterno-filial, os tribunais não chegam, sequer, a analisar o mérito da questão. É praticamente unânime, nestes casos, a extinção do processo sem julgamento do mérito, uma vez que, segundo a errônea interpretação dos nossos doutos juízes, configura-se nestas ações a impossibilidade jurídica do pedido. E o mais alarmante é que estas análises dão-se sem que ao menos sejam analisadas as situações concretas, diante das quais se encontraria provada a materialidade da existência real de filiação. Ou seja, os tribunais buscam o sentido das proposições jurídicas na abstração da lei para solucionar casos concretos⁹. Assim, o simples fato de não possuir o filho de criação um documento formal de registro retira deste todos os direitos a ele inerentes, ainda que, conforme comprovado, a verdadeira paternidade encontrasse, hoje, alojada na relação de afeto despendida entre pais e filhos.

Além destes flagrantes atentados aos preceitos constitucionalmente assegurados à filiação, resta ainda demonstrar que outros absurdos são igualmente realizados na prática forense, tendo como explicação única o fato de que os filhos de criação não podem ter os mesmos direitos, por exemplo, no que se refere à sucessão, simplesmente pelo fato de que o Estado não pode praticar um ato que, em vida, o pai ou a mãe, podendo-o fazer, não fizeram.

De todo o exposto, o que se observa é que, independentemente de toda vedação que se tem com referência à discriminação na filiação, bem como através da elevação da afetividade à categoria de princípio jurídico, o que se tem, ainda hoje, é um flagrante desrespeito a estes preceitos. Isto reside no fato de que, hodiernamente, na conjuntura do atual Estado Democrático de Direito, existem ainda aplicadores arraigados a formalismos, à aplicação literal da lei, esquecendo-se estes de que, continuando assim a agir, o princípio da dignidade da pessoa humana não passará de bela expressão normativa, sem aplicação prática alguma, tornando-se, desta forma, um fim em si mesmo.

Torna-se imperioso afirmar que a aplicação do Direito deve se dar de maneira construtiva, desprendendo-se das amarras das formas e da burocracia, que acabam por gerar um retrocesso social.

Assim,

⁹ Neste sentido, ver Ac. 596038091, da 8ª Câmara Cível do TJRS, em 15/04/1996, rel. Sérgio Gischkow Pereira, em RJTJRS 178/371; Apelação Cível nº 1.0000.00.339934-2/000, Tribunal de Justiça de MG, Relator: Sérgio Braga, julgado em 13/11/2003.

É de grande relevância desmistificar o estado de filiação como vínculo exteriorizado através de uma certidão de nascimento, para investigar o seu real conteúdo. Apenas quando estiverem sedimentados os contornos do que significa ser filho para o Direito é que será possível a verdadeira incorporação deste como um direito da personalidade, porque esta experiência é essencial para a concretização da dignidade humana [...] (SÁ, 2005, p. 40).

FILHOS DE CRIAÇÃO E UNIÃO ESTÁVEL: UMA ANALOGIA NECESSÁRIA

O tema em epígrafe busca demonstrar que, no que refere às garantias devidas aos filhos de criação, embora estas não se encontrem manifestamente inseridas no ordenamento civil, as mesmas não podem deixar de serem aplicadas. Como salienta Sérgio Resende de Barros,

[...] por ser uma relação entre os indivíduos, o afeto se desenvolve e evolui como relação social. Progride socialmente. Obriga crescentemente. Vincula. Gera responsabilidades entre os sujeitos. Daí, porque o direito o protege não apenas como fato individual, mas, também como fato social. O afeto é fator de outros fatos que o direito protege. A afeição é um fato social jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, moradia, saúde, educação, etc (BARROS, 2002, p. 6).

Não obstante a existência dos princípios jurídicos, poder-se-á suprir as lacunas da lei por meio, inclusive, da analogia; analogia esta que constitui fonte do direito.¹⁰

No âmbito constitucional, segundo a lição de Canotilho, existe uma lacuna “quando se verifica uma incompletude contrária ao “plano” da ordenação constitucional”, sendo possível deduzir a disciplina jurídica faltante “a partir do plano regulativo da Constituição e

¹⁰ Art. 4 da Lei de Introdução do Código Civil (Dec. Lei 4657/1942) – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a **analogia**, os costumes e os princípios gerais de direito.

da teleologia da regulamentação constitucional” (CANOTILHO, 1993, p. 238). A técnica utilizada para a complementação é a analogia, que se traduz “na transferência de uma regulamentação de certas situações para outros casos merecedores de igualdade de tratamento jurídico e que apresentam uma coincidência axiológica significativa” (CANOTILHO, 1993, p. 239).

A analogia imediata não seria outra senão com a união estável, instituto conceituado como convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.¹¹ Esta, assim como o instituto filhos de criação, é desprovida de maiores formalidades constitutivas. Tal fato, entretanto, não lhe retira o atributo de entidade familiar, tendo em vista que, conforme palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, “clareza e transparência acabam por preservar o mais importante, que é o amor, o afeto” (PEREIRA, 2002, p. 238). Solidificando tal afirmativa encontra-se a lição de Maria Berenice Dias:

A Constituição acabou por reconhecer juridicidade ao afeto, ao elevar as uniões constituídas pelo vínculo de afetividade à categoria de entidade familiar. Não obstante as interpretações restritivas do texto constitucional pelos profetas da conservação, há a necessidade de afastar essa baixa constitucionalidade que se quer emprestar à união estável, a desigualando do casamento. A esse tratamento equalizador foram fiéis as primeiras leis que regulamentaram a união estável, não estabelecendo diferenças ou revelando preferências (DIAS, 2005, p. 163).

Além da união estável, podemos nos valer, ainda, da experiência das sociedades de fato do Direito Comercial. Sociedade de fato, nas palavras de Francisco Amaral, “é aquela sociedade que, não preenchendo os requisitos legais para sua existência jurídica, tem, contudo, uma existência material” (AMARAL, 2003, p. 182). Assim, embora não possuindo personalidade jurídica, a mesma tem responsabilidade pelos atos que praticar. Deste modo, ambas são situações de fato. Ainda que desprovidas de meras formalidades, não há dúvidas quanto aos efeitos jurídicos gerados pelas mesmas.

¹¹ A respeito do tema, ver: DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto.

Feitas estas considerações, mister dizer que em relação aos filhos de criação, á falta de formalidades, prevalece a liberdade em conviver e a igualdade entre as entidades familiares.

Importante entendimento é firmado por Maria Berenice Dias em suas considerações acerca do princípio da igualdade e respeito à diferença:

É a questão da justiça que permite pensar a igualdade. Na presença de vazios legais, o reconhecimento de direitos deve ser implementado pela identificação da semelhança significativa, ou seja, por meio da analogia que se funda no princípio da igualdade (DIAS, 2005, p. 60).

Sendo assim, se aos conviventes e às sociedades de fato são deferidos direitos e deveres, por que aos filhos de criação são negados? Não há uma contradição aparente, na prática, entre o que dispõe a Constituição e a própria doutrina, em relação ao que é decidido pelos tribunais no que diz respeito aos chamados filhos de criação?

Por isso afirmar-se que esta prática encontra-se em completo descompasso com a realidade que nos cerca, bem como com os princípios constitucionais que norteiam o âmbito civil, uma vez que os filhos de criação devem possuir os mesmos direitos que os filhos da adoção judicial. Afinal, “filho, de qualquer origem ou procedência, qualquer que seja a natureza da filiação, é filho, simplesmente filho, e basta, com os mesmos direitos e deveres de qualquer outro filho” (VELOSO, 1997, p. 87).

APLICAÇÃO DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil, conforme visto, houve a consolidação de novos paradigmas no Direito de Família, deixando este de se pautar nos clássicos conceitos de casamento, procriação, patrimonialismo, patriarcalismo, bem como na diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos.

Perante este diploma normativo, a família torna-se a base da sociedade, “independente do tipo de arranjo familiar na qual se revela;” assim, trata-se a Constituição de uma regra de inclusão e, portanto, enaltece a liberdade de cada um.

É nesta perspectiva que o Direito deve ser visto numa concepção de integridade; concepção esta desenvolvida por Ronald Dworkin e merecedora de todas as atenções, devido à importância de sua aplicação no paradigma do Estado Democrático de Direito em que nos encontramos.

Tal concepção possui relevância extrema no que tange aos filhos de criação, afinal, para estes não existem normas civis expressas que tutelem os seus direitos. E, não obstante o fato de inexistirem essas normas expressas, as normas existentes de caráter geral não são observadas pelos aplicadores do direito, uma vez que estes se encontram, em sua grande maioria, presos a formalismos exacerbados.

Entretanto, o fato de um caso concreto não se subsumir claramente a uma norma jurídica, ainda assim não confere ao juiz discricionariedade para decidir ao seu bel prazer. Isso porque, além do juiz dever interpretar o direito de maneira flexível, reformulando decisões que não se adequam mais àquele paradigma, o mesmo deve descobrir o melhor direito para o caso específico.¹²

Tomando como ponto de partida o fato de que o Direito é uma ciência humana, o mesmo não pode se estagnar no tempo. Desta forma, ele deve acompanhar a evolução constante da sociedade; sociedade essa, vale dizer mais uma vez, completamente plural, caracterizada por uma heterogeneidade marcante de concepções políticas, filosóficas, religiosas, morais e culturais.

Desta forma, por saber o juiz que o livro de regras é pobre demais, simplista e insuficiente demais para uma sociedade plural como a nossa, deve este juiz transcender o legalismo. Entretanto, para que isto ocorra, não pode este mesmo juiz *inventar* o Direito, mas antes, flexibilizar ou adaptar o Direito. De acordo com os ensinamentos de Ronald Dworkin, isto não se trata de *invenção* e sim de *descoberta*. Descoberta aqui entendida como aplicar o melhor direito para o caso em concreto. Neste viés, quando se fala em poder discricionário do juiz, não se fala em invenção, tendo em vista que a decisão deste encontra-se envolta pelos princípios, entendidos estes como direitos individuais das partes envolvidas. Tudo depende do contexto. Isto porque o referido autor trabalha o Direito como integridade; integridade essa que “pressupõe um dinamismo e uma permanente transformação, sem perder, contudo, a coerência” (ROCHA, 2004, p. 248).

José Emílio Medauar Ommati, citando Baracho Júnior, dispõe que

¹² Dworkin em sua obra *Uma Questão de Princípio*, expõe que o Direito se assemelha à literatura. Ele diz que esta semelhança ocorre quando há uma interpretação flexível do Direito. Ou seja, ele se assemelha na medida em que esteja pronto a reformular soluções que não se adequam mais àquele paradigma.

A integridade é dividida por Dworkin em integridade na legislação e integridade na aplicação. No primeiro caso, aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com seus princípios; no segundo, requer-se que aqueles responsáveis por decidir o sentido da lei busquem coerência com a integridade. Isso explicaria porque os juízes devem conceber o corpo de normas que eles administram como um todo, e não como um cenário de decisões discricionárias no qual eles são livres para fazer ou emendar as normas, uma a uma, com um interesse meramente estratégico (OMMATI, 2004, p. 156).

Portanto,

Perante uma situação em que se discuta a existência de um direito fundamental não enumerado, é preciso interpretar as normas de princípios a serem consideradas e, se for o caso, as relativas ao regime, a fim de constatar a dimensão da zona cinzenta nelas presente e elaborar o preceito capaz de suprir a lacuna. A natureza fundamental desse direito assim revelado há de ser argumentativamente demonstrada, pela sua compatibilidade ao sistema de direitos existente e à própria Constituição material, cujo pressuposto antropológico é a dignidade da pessoa humana, a ser realizada em uma sociedade de pessoas livres e iguais, em um Estado de Direito, organizado sob regime de Democracia Social. O resultado deve ser compatível com o texto constitucional, como um todo, pois a interpretação e a integração devem ser sistemáticas. No trabalho integrativo, mister examinar não apenas o texto, mas também o contexto, a realidade social onde aquele se insere (DOBROWOLSKI, 2007).

Assim, conforme palavras de Menelick Carvalho Netto, o Judiciário ocupa um papel central na árdua tarefa de promover não somente a segurança jurídica, mas a crença no próprio Direito, na justiça (NETTO, 2004, p. 27). Afinal, o Direito, enquanto princípio, somente se realizará de forma efetiva a partir do momento em que o intérprete – leia-se aqui,

juiz – fornecer uma decisão pautada pela análise daquele caso concreto, de maneira tal que todos os indivíduos formadores daquela lide sejam tratados com igual consideração e respeito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tendência da família contemporânea é, sem sobra de dúvidas, tornar-se um grupo cada vez mais baseado em sentimentos e em valores compartilhados. Família essa, vale dizer, considerada a base da sociedade pela nossa Constituição. Daí, poder-se falar na figura da família-instrumento, uma vez que agora, na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito, é ela a responsável por propiciar um ambiente adequado ao desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros, de maneira a se promover, de maneira efetiva, a dignidade de seus integrantes.

É nesse sentido que se pode afirmar, de forma categórica, que a família, hoje, não se encontra caracterizada pela sua estrutura, mas antes, pela sua função desempenhada de espaço de troca de afeto, assistência moral e material, companheirismo e auxílio mútuo. E é na filiação, seja ela biológica ou não biológica, que a família encontra seu vínculo capital de organização. Importante estabelecer que o estado de filiação representa um *status* determinante de outros aspectos do estado das pessoas, uma vez que muito além de conferir à pessoa um estado jurídico, garantindo-lhe direitos e deveres, ele encontra-se diretamente ligado à experiência do “ser filho” e do “viver o afeto”, contribuindo de forma decisiva para a promoção da dignidade da pessoa humana. Esta experiência do ser filho, de suma importância para a família contemporânea, é auferida através da posse de estado de filho.

O instituto da posse de estado de filho encontra-se, por sua vez, alicerçado na verdade socioafetiva, ou seja, sua exteriorização encontra-se na convivência familiar e na afetividade. Desta forma, a sua configuração não diz respeito à existência de registros, de nomenclaturas técnicas ou de exames laboratoriais, por exemplo, mas antes, da convivência fraternal, que se constrói dia-a-dia, como se dá com os filhos de criação.

Entretanto, não bastasse o fato de nossa legislação civil ser omissa no que se refere ao reconhecimento expresso quanto aos filhos de criação e seus conseqüentes efeitos jurídicos, existe ainda o entrave que gira em torno da aplicação das leis pelos magistrados. Estes, em sua grande maioria, fecham os olhos para uma realidade que saltam aos seus olhos, optando em continuar seguindo seus formalismos exacerbados, aplicando o processo abstrato

da subsunção da lei ao caso, ainda que isso implique lesão a direito. Desta forma, arraigado às formas, o aplicador do direito esquece-se de sua real função, qual seja, aplicar o direito de maneira efetiva, justa e coerente. Ou, dito de outra forma, preso à literalidade das normas, suas decisões acabam por ferir de morte a ordem jurídica, tendo esta a pessoa humana como seu fundamento e seu fim e, desta forma, afastando-se cada vez mais das necessidades sociais. Assim, vê-se que o afeto, ainda hoje, perde espaço para critérios deterministas e descomprometidos com a tutela da dignidade da pessoa humana.

No que tange especificamente aos filhos de criação, estes possuem os mesmos direitos e deveres que qualquer outro filho, afinal, a própria Constituição, de forma expressa, veda qualquer forma de discriminação entre os filhos. Assim, o fato de inexistir um mero registro não constitui justificativa capaz de retirar destes todas as prerrogativas devidas, mesmo porque não são formalidades que configuram a paternidade, mas antes, as relações de afeto despendidas entre pais e filhos, que são construídas no dia-a-dia da família.

Além disso, importante frisar que além da igualdade estabelecida entre os filhos, a família contemporânea é caracterizada pela liberdade. Assim, sua forma de constituição fica a cargo do livre arbítrio dos seus membros. É com base nisso que nas ações que tenham como pedido uma declaração de filiação aos filhos de criação, completamente vazios de sentidos encontram-se os argumentos dos nossos doutos juízes, no sentido de que, segundo os mesmos, ao Estado não cabe praticar um ato que, em vida, o pai ou a mãe, podendo-o fazer, não fizeram.

O Direito de Família, hoje, não pode ser reduzido a um código de regras prontas e acabadas, mesmo porque, humanamente impossível seria criar um livro de regras capaz de abarcar todas as situações pelas quais uma sociedade plural, como é a nossa, possa vir a vivenciar. Desta forma, o problema maior não reside nos textos normativos, mas acima de tudo, na aplicação destes. Isto porque, sem que seja feita uma análise minuciosa de cada caso específico, não há que se falar em aplicação efetiva do Direito; afinal, esta efetivação somente ocorrerá a partir do momento em que houver coerência na criação e, principalmente, aplicação do Direito.

Ou, reportando-nos aos ensinamentos de Dworkin, ao aplicador do Direito resta o dever de aplicar o melhor Direito a cada caso concreto, de modo tal a encontrar a resposta certa para aquela situação específica. Afinal, a resposta certa para o Direito sempre existe, entretanto, ela não é a única, uma vez que varia de acordo com cada caso específico.

Portanto, é partindo da igualdade na filiação estabelecida pelo diploma constitucional, bem como do seu preceito maior que é a promoção da dignidade da pessoa

humana, que afirmamos categoricamente que aos filhos de criação deve o aplicador do direito – leia-se aqui juiz – conceder-lhes todos os direitos e deveres derivados da própria relação paterno-filial, quando presente a mais robusta de todas as provas em questão de paternidade: a relação de afetividade existente entre pais e filhos; relação esta que, conforme outrora mencionado, é fruto de um querer.

Somente assim, tratando a todos com igual consideração e respeito e aplicando o Direito numa perspectiva de integridade é que se poderá chegar a uma sociedade verdadeiramente democrática e a um real Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS:

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. A filiação socioafetiva no Direito Brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.8, n.39, p.52-78, dez./jan. 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5ª ed., rev. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre : Síntese, v.4, n.14, p. 05-10, jul./set. 2002.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A releitura da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral à infância e adolescência. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 4, n 18, p. 30-48, jun./jul. 2003

CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame de DNA, na hipótese de “Adoção à Brasileira”. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n.13, p. 85-89, jan./mar. 2003.

CAMPOS, Wânia Andréa Luciana Chagas Duarte de Figueiredo. O direito à busca da origem genética na relação familiar socioafetiva. IN: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar**. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6^a ed. rev., Coimbra: Almedina, 1993.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. IN: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORRÊA, Vanessa Ribeiro. A filiação entre a verdade biológica e afetiva. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, n 2 e 3, 2001/2002.

DIAS, Maria Berenice. A discriminação sob a ótica do Direito. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 4, n 13, p. 05-25, abr./jun. 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 2^a ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice; Pereira, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 2^a ed., 2^a tir., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Família, ética e afeto. **Revista Jurídica**. Brasília: Consulex, v. 8, n 174, p. 34-35, abr. 2004.

DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DOBROWOLSKI, Sílvio. **Hermenêutica Constitucional**. Disponível em http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ccp5_silvio_dobrowolski.pdf. Acesso em 23 de maio de 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. **Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família**, n 19, p. 3, mar./abr. 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do Novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n 17, p. 07-35, abr./mai. 2003.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**, 9ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil – Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GLANZ, Semy. **A Família mutante**. Sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

KAUSS, Omar Gama Bem. **Manual de Direito de Família e das Sucessões**, 4ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

LEVY, Lídia; CARNEIRO, Terezinha Féres. **Da maternidade impossível ao possível da filiação:sobre o desejo de adoção**. Tempo Psicanalítico, Rio de Janeiro: Sociedade de Psicanálise Iracy Doyle (Spid), n.33, p. 77-88, jan.2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: Uma distinção necessária. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: Direito de Família, relações de parentesco, direito patrimonial**: arts. 1591 a 1693, v. XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula n 301/STJ. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, v. 10, n.223, p. 56-60, abr. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, n 3, p. 35-41, jul./set. 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Tomo 7, Campinas: Bookseller, 2000.

NETTO, Menelick Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. IN: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos e investigação de paternidade**, 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

OLIVEIRA, José Lamartinie Côrrea de.; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 1998.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o Direito como integridade. IN: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica onstitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; Pereira, Tânia da Silva (Coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família do século XXI. IN: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de.; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**, trad. Maria Cristina de Cicco, 3ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIMENTA, José da Costa. **Filiação**. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROCHA, Heloísa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. IN: CATTONI, Marcelo (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica onstitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SÁ, Maria de Fátima freire de.,Teixeira, Ana Carolina Brochado. **Filiação e Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. IN: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**, 2ª ed., 2ª tir., rev. atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família: a família na travessia no milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

VILLELA, João Baptista. **O Direito de Família no Senado: emendas ao projeto de Código Civil**. Belo Horizonte: UFMG, 1985.

VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Ano I, n. 2, jul./-set. 1999.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte: UFMG, n 21, 1979.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, n 14, p. 111-147, abr./jun. 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto, Alegre: Síntese, v. 6, n 27, p. 40-71, dez./jan. 2005.

ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL X ADOÇÃO TARDIA: O “TEMPO” COMO FATOR DE EXCLUSÃO SOCIAL

SHELTER X LATE ADOPTION: THE "TIME" AS A FACTOR OF SOCIAL EXCLUSION

Laiana Delakis RECANELLO*

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise da medida de proteção de acolhimento institucional e, por conseguinte, a adoção tardia. O método utilizado é o dedutivo, tendo em vista a análise geral das questões relacionadas à adoção no Brasil, bem como a problemática da institucionalização. Para tanto, utiliza-se de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais. Dentro da problemática levantada, busca-se realizar uma análise dos aspectos jurídicos para a aplicação da medida de proteção de acolhimento institucional, como também a colocação em família substituta. Objetiva-se, dessa forma, demonstrar a necessidade de abolir o preconceito que gira em torno da adoção. Por fim, conclui-se que é essencial à atuação conjunta do magistrado, da equipe multidisciplinar, do Ministério Público e do município, visto que tempo não é complacente com as crianças institucionalizadas.

PALAVRAS-CHAVE: Acolhimento institucional; Adoção Tardia; Exclusão social.

ABSTRACT

This work has the objective to analyze the extent of protection shelter and therefore the late adoption. The method used is deductive, in view of the general review of issues related to adoption in Brazil, as well as the issue of institutionalization. For this, it employs doctrinal and jurisprudential research. Inside the issue raised, we seek to undertake an analysis of the legal aspects for the application of protective measure of institutional care, as well as placement in a foster family. The purpose is thus to demonstrate the need to move away from the prejudice that revolves around the adoption. Finally, it is essential to conclude the joint action of the magistrate, the multidisciplinary team, prosecutors and the city, since time is not compliant with institutionalized children.

KEYWORDS: Shelter; Late Adoption; Social exclusion.

* Mestranda do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bolsista da Fundação Araucária. Professora universitária. E-mail de contato: laiana_delakis@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A adoção é um ato jurídico em sentido estrito, uma vez que depende de determinação judicial para a sua efetivação. Primitivamente, a adoção funda-se em dois sentimentos, quais sejam: a vontade de amar e o desejo de ser amado.

Inicialmente, a problematização central reside no fato de que, geralmente, a adoção tardia não é uma opção para os casais/pessoas cadastradas no Cadastro Nacional de Adoção. Neste sentido, questiona-se o seguinte: “Por que da dificuldade da concretização da adoção tardia no sistema jurídico brasileiro, em especial no que se refere às crianças em situação de acolhimento institucional por longos períodos?”

Diante da problematização levantada, têm-se como hipóteses de reflexão, ou seja, possíveis respostas ao questionamento: a) a disparidade entre a etnia, idade, gênero, número de irmãos das crianças que se encontram abrigadas e em condições de adoção e o desejo dos pretensos pais cadastrados no Cadastro Nacional de Adoção; b) o preconceito; c) a falta de informação; d) a morosidade processual; e) desestrutura física e humana do aparelho judiciário.

O Estado Democrático de Direito têm as suas bases nos direitos humanos e no princípio da dignidade da pessoa humana, dentre os direitos albergados, tem-se o dever de proteção a criança abandonada pelo ente Estatal e pela sociedade. Um dos caminhos possíveis para a proteção das referidas crianças é por meio da criação do vínculo jurídico e afetivo entre duas pessoas, normalmente de identidades biológicas diferentes, ou seja, através da adoção.

Contudo, até a concretização da adoção e da realização dos mencionados sentimentos, verifica-se que há uma grande caminhada a ser percorrida, tanto pelo adotante quanto pela espera do adotado.

Não se pode negar que a política de institucionalização de crianças no Brasil ainda é muito forte, resquícios pulsantes do antigo Código de Menores. Entretanto, a Lei 12.010/2009, mais conhecida como “Lei de Adoção”, vem pormenorizar novos ditames legais e políticas públicas sobre o tema.

Diante dessa nova perspectiva, vislumbra-se que a lei supramencionada priorizou a família natural e a família extensa, tendo em vista a conservação dos vínculos familiares e afetivos. Assim, não sendo possível a efetivação de tais práticas de reintegração, tem-se como possibilidade de reinserção familiar a adoção.

O artigo visa mostrar os desafios e preconceitos existentes na sociedade, bem como expor a problemática da institucionalização de crianças *ad eternum*, bem como a necessidade de políticas públicas voltadas para a quebra de paradigmas.

Protesta-se ainda, sobre a necessidade de transformação dos atuais métodos existentes em prol da adoção, com o fito minimizar a morosidade, haja vista os longos anos que os processos percorrem no Poder Judiciário, o que impede, muitas vezes, a reinserção familiar de milhares de crianças que se encontram institucionalizadas.

Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, além de pesquisas bibliográfica e jurisprudencial.

Por fim, espera-se que o estudo aprofundado do tema possa trazer novas perspectivas jurídicas e práticas para a estimulação da adoção de crianças institucionalizadas no país, pois a informação é o melhor caminho para a quebra de preconceitos.

1 DOS ASPECTOS JURÍDICOS PARA A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE PROTEÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

Entre as medidas de proteção elencadas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe como medida excepcional o acolhimento institucional de crianças em entidades, no entanto a referida medida é bastante usual, apesar de a lei enfatizar a necessidade de políticas para a manutenção do infante junto à família natural ou ampliada.

Inicialmente, é importante destacar que a exclusão de crianças no Brasil dá-se desde a época do descobrimento, vez que os jesuítas tinham a prática de isolar as crianças indígenas e negras da conduta “bárbara” de seus genitores. Isto posto, durante a fase imperial, a Igreja era responsável pelo acolhimento das crianças abandonadas, tal prática deu início a consolidação da política de recolhimento no Brasil (MACIEL, 2007, p. 04-05).

A partir do século XVIII passou-se a utilizar no Brasil a roda dos expostos vez que era comum o abandono de crianças nas igrejas, ruas e conventos (MACIEL, 2007, p. 04-05).

No que tange aos abandonos ocorridos naquela época, o *Jornal do Commercio* de janeiro de 1916, escrito por Escragnolle Doyle, alude que:

Como todas as sociedades humanas em todas as épocas, a do Rio em 1738, se regia pela fome e pelo amor, Nem sempre era este satisfeito conforme

mandava a Igreja. A reprodução da espécie se operava fora dos lares legítimos (...). Os enjeitados sempre mereceram desvelos da coroa portuguesa. Se Deus é pai de todos, o Rei bem o podia ser de muitos. As ordenações, os alvarás, as mercês cuidavam dos expostos, isentando até os maridos e os filhos de amas deles, do serviço militar, grande regalia no tempo (...). No Rio de Janeiro as crianças expostas pereciam nas ruas, nos adros das Igrejas, nas praias, sem que fé se movesse, esperança se apiedasse e a caridade as tutelasse. Rejeitados pela coroação dos progenitores, tinha a miséria por cobertor e a casa por berço. Delas se condoíam a Misericórdia e um outro particular. De vez em quando a própria Misericórdia alegava não ter rendas para sustentá-los. A Câmara, essa ouvia os gritos dos enjeitados. Padecia de surdez administrativa devida também, cumpre reconhecer, à escassez das rendas (PEREIRA *apud* MONCORVO FILHO, 1926, p. 34).

Por várias décadas, aplicou-se no Brasil o binômio carência e delinqüência, assim apresentava-se a doutrina da situação irregular (MACIEL, 2007, p. 06).

Deste modo, a cultura de internação de carentes e delinqüentes foram predominantes no sistema jurídico nacional, visto que a segregação era vista como a única opção para a infância miserável (MACIEL, 2007, p. 07).

A partir da Constituição Federal de 1988 surgiram novos paradigmas, eis que a aprovação dos artigos 227 e 228 deram-se através da fusão de duas emendas populares, que contaram com assinaturas de aproximadamente duzentos mil eleitores e mais de um milhão de crianças e adolescentes.

A institucionalização que deveria ser uma medida temporária, comumente acaba tornando-se definitiva, pois ainda encontram-se enraizado na consciência social barreiras equivocadas e arbitrárias acerca do referido instituto. Em contrapartida, a adoção surge como um recurso definitivo para a reinserção familiar nos casos de desvinculação total com a família de origem (DEL-CAMPO; OLIVEIRA, 2004, p. 53-63).

Há um desencontro de prioridades, vez que o acolhimento perdura por longos períodos, apesar de o estatuto dispor sobre prazos para a reavaliação da medida. Além disso, os processos de destituição do poder familiar e de adoção são extremamente morosos, o que diminuem ainda mais as chances de reinserção em família substituta. Insta constar que, a maioria dos brasileiros ainda possui grande preconceito acerca do tema, ainda mais quando se trata de adoção de crianças mais velhas (WEBER, s.d, s.p).

Neste diapasão, tem-se que o preconceito ainda encontra-se arraigado na população, interferindo na opção pela adoção, vez que a sociedade possui alguns mitos sobre o tema, exemplifica-se: a dificuldade na educação do adotado; medo da discriminação étnica por parte das outras pessoas; marginalidade dos pais como característica genética da criança; crianças adotadas são problemáticas; consideram os laços sanguíneos mais fortes do que os afetivos; a

adoção pode ser um caminho para desbloquear a infertilidade de casais; entre outros absurdos (WEBER, s.d., s.p).

Além disso, a processo judicial burocrático da adoção impede a sua concretização, pois o pretense adotante passa por diversas etapas, quais sejam: análise pessoal, depois cadastro de espera e por fim deve cumprir as exigências delineadas em lei, adiando assim por anos o direito de crianças institucionalizadas a um novo lar (PEREIRA, s.d., s.p.). Salienta-se que, desestrutura física e humana do aparelho judiciário é um grande empecilho para a efetivação da adoção.

O preconceito deriva-se da falta de informação, portanto necessário se faz ações afirmativas, por meio de mecanismos jurídicos e psicossociais, com o fito de amparar e proteger as crianças que se encontram acolhidas no Brasil.

2 DA CONDUTA DOS GENITORES: HIPÓTESES DE EXPOSIÇÃO DAS CRIANÇAS A SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE PESSOAL E SOCIAL

O encaminhamento da criança para família substituta, por meio da adoção, é precedido de uma transição gradual, já que o referido instituto é revestido pela excepcionalidade, conforme dispõe o art. 28, §5º do ECA.

Verifica-se que, a família é o núcleo essencial na formação da criança, todavia, é possível que os pais não cumpram os deveres inerentes ao exercício do poder familiar, sendo que as hipóteses mais recorrentes que configuram a exposição das crianças a situação de vulnerabilidade pessoal e social pela conduta dos pais são: a) abandono material e imaterial; b) abuso de substâncias psicoativas e álcool; c) violência doméstica d) por fim, contrariando o exposto no art. 23 do ECA, a extrema pobreza.

É dever dos pais o sustento dos filhos menores de 18 (dezoito) anos, no que tange a alimentação, vestuário, moradia, educação, entre outros. Assim, o conjunto de tais condições possibilitam o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente (MACIEL, 2007, p. 99).

Contudo, há genitores que negligenciam o exercício do poder familiar, através de condutas de abandono material e imaterial, eis que não reúnem condições para atender as necessidades básicas da criança para o seu desenvolvimento físico e mental saudável (BERKER; RIZZINI, 2003, p. 19).

No abandono material a conduta omissiva dos genitores é visivelmente observada quando há sinais físicos no infante de desnutrição, higiene pessoal precária, vestuário sem limpeza e inadequado, bem como a permanência da criança sem vigilância por extensos períodos (JESUS, 2005, p. 153).

Deve-se salientar que a falta de recursos materiais dos pais por si só, não enseja a retirada da criança do seio familiar, haja vista que o art. 23 do ECA alude a impossibilidade da suspensão ou perda do poder familiar por tal motivo (DEL-CAMPO; OLIVEIRA, 2004, p. 28).

Para Gilberto Dimenstein (2009, p. 137) “A pobreza provoca uma infecção chamada desintegração familiar. E ela vem junto com a violência.” Apesar, do Estatuto da Criança e do Adolescente expor que a falta de recursos materiais não pode ser considerado motivo determinante para a remoção do convívio familiar, não se pode negar que, na maioria dos casos, a negligência está atrelada a extrema pobreza, haja vista falta de escolarização dos pais, a dificuldade no ingresso no mercado de trabalho, a marginalização etc (MACIEL, 2007, p. 111-113).

No que tange ao abandono imaterial tem-se que os pais devem assistir seus filhos no afeto, no cuidado e no amor, com o fito de participação ativa e contínua da vida da criança (MACIEL, 2007, p.103). Entretanto, alguns adultos tendem a ter uma conduta destrutiva em relação ao infante, vez que passam a apresentar as condutas a saber:

[...] 1) Rejeição: quando o adulto não reconhece o valor da criança nem a legitimidade de suas necessidades; 2) Isolamento: o adulto afasta a criança de experiências sociais normais, impede-se de ter amigos e faz crer que está só no mundo; 3) Aterrorizamento: agressões verbais à criança, onde o agressor instaura clima de medo, atemoriza e faz crer que o mundo é hostil a ela; 4) Abandono: o adulto não estimula o crescimento emocional e intelectual da criança; 5) Cobrança: expectativas irreais ou extremadas exigências sobre o rendimento (escolar, intelectual, esportivo, que têm sido mais relacionados com criança oriundas de classe média e alta; [...] (CUSTÓDIO, 2002 *apud* MARQUES, 1994, p. 13-12).

Aliás, em decorrência da tortura psicológica o infante pode apresentar alguns sintomas físicos e emocionais como: desnutrição, lesões físicas, perturbações no comportamento, depressões graves, fuga da escola e de casa e até mesmo a tentativa de suicídio (JESUS, 2005, p. 155).

Em relação ao abuso de substâncias psicoativas e álcool, devem-se delinear alguns conceitos. Preliminarmente, o vocábulo droga tem origem da palavra holandesa droog, o qual possui como significado folha seca (FEMPAR, 2000, p. 07).

Tem-se que as substâncias psicotrópicas alteram a percepção motora, comportamento, humor e estados de consciência, sendo que tais substâncias podem ser consumidas de forma legal e na maioria das vezes ilegalmente (FEMPAR, 2000, p. 07).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 19 alude que:

Toda a criança ou adolescente tem o direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Em muitas oportunidades, vislumbra-se que a negligência dos pais quanto à higiene, alimentação, saúde, educação está ligado ao abuso de drogas e álcool, bem como a extrema carência de recursos materiais (ASSIS, 2000, p. 118).

Diante destas situações, o artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente que está encartado no Título II, das medidas de proteção, enumera três bases genéricas para a verificação de situações de vulnerabilidade pessoal e social em que a criança possa estar exposta (LIBERATI, 2006, p. 81-82).

Especificamente, o art. 98, II do ECA dispõe que: “As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável.”

Destaca-se que, os termos ameaçados ou violados são utilizados no artigo supracitado, em contraposição a teoria da situação irregular, eis que anteriormente se utilizava para delinear alguma situação de risco pessoal ou social termos discriminatórios como menor abandonado, delinqüente, carente etc (LIBERATI, 2006, p. 83).

Além disso, o referido artigo esboça como hipótese para a intervenção da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar a falta, omissão e abuso dos pais, estes como detentores do poder familiar, sendo necessário à aplicação das medidas de proteção específicas de proteção para evitar que os infantes sofram prejuízos nos seus direitos (LIBERATI, 2006, p. 83-84).

Por conseqüência, tal normativa é o coração do Estatuto da Criança e do Adolescente, eis que define as condições exigíveis para a aplicação das medidas de proteção dispostas no art. 101 do ECA, dentre as medidas elencadas no referido artigo estão o acolhimento institucional, inclusão em programa de acolhimento familiar e colocação em família substituta. (CURY; SILVA; MENDEZ, 2000, p. 303).

Inicialmente, verifica-se que averiguada qualquer hipótese arrolada no art. 98, II do ECA, deve-se priorizar o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, para que os pais ou responsáveis tenham condições de exercer adequadamente os seus deveres frente ao

desenvolvimento saudável do filho, de acordo com o art. 100 do ECA (CONANDA, 2007, p. 98). Não sendo possível a reunião da família natural, bem como esgotadas todas as possibilidades de inserção na família extensa ou ampliada, surge à possibilidade de inserir a criança em família substituta por meio da adoção.

Assim, tem-se que a criança que se encontra em situação de risco extremo deve ser encaminhada para o acolhimento familiar, neste caso o infante é transferido para a casa de um casal ou pessoa previamente cadastrada e em condições de acolhê-la até que o Juízo da Infância e Juventude tomem as providências cabíveis. Caso não seja possível o acolhimento familiar, a criança vulnerável deve ser encaminhada para o acolhimento institucional (CARVALHO, 2013, p. 19).

O procedimento para a realização da adoção de uma criança no Brasil é extremamente burocrático, conforme a seguir exposto: 1) se encaixar no perfil exigido; 2) procurar o fórum da cidade ou região; 3) apresentar a documentação pertinente; 4) análise da documentação; 5) entrevista; 6) curso; 7) ingresso no cadastro de habilitados; 8) procura da criança; 9) o encontro; 10) a adoção (TJ/BA, s.d., s.p.)

Verifica-se que cada etapa possui várias sinuosidades que devem ser analisadas e, isso requer tempo, até porque se prima pelo melhor interesse da criança, bem como pela segurança jurídica. Todavia, o tempo no caso da adoção tardia é um fator impeditivo para que a mesma se realize, já que crianças com mais idade não é o perfil buscado pelos casais habilitados.

3 DA COLAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA POR MEIO DA ADOÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz no seu bojo princípios gerais e especiais norteadores das relações familiares, reflexos dos direitos humanos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração dos Direitos da Criança. Destacam-se na ordem jurídica constitucional os seguintes princípios: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade e respeito à diferença, princípio da solidariedade familiar, princípio da afetividade e doutrina da proteção integral. Tais diretrizes axiológicas visam garantir e fortalecer os vínculos familiares seja na família natural ou substituta (DIAS, 2006, p. 50-62).

Dentre as referidas diretrizes elencadas no artigo 227 da Magna Carta, enfatiza-se a doutrina da proteção integral, princípio do melhor interesse e princípio da afetividade.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ensejou o nascimento de uma nova concepção jurídica de proteção à infância e juventude, qual seja a doutrina da proteção integral, eis que se reconheceu a criança como pessoa em desenvolvimento e sujeito de direitos fundamentais. Assim, assegurou-se aos infantes prioridade absoluta na concretização dos seus direitos, por meio do dever legal e concorrente da família, da sociedade e do Estado.

No que tange ao princípio do melhor interesse da criança, tem-se que o infante merece atenção especial, com o fito de garantir o seu desenvolvimento saudável, seja no caráter pessoal, moral e psicológico. Tal princípio pode ser observado no artigo 227 e seguintes da Constituição Federal c/c artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste contexto, Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p. 140) alude sobre o princípio do melhor interesse da criança nos seguintes termos:

Assim, o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente orienta o intérprete para que atribua a eles, em primeiro lugar, o direito de ter uma família, que por força do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, adquire o status de direito fundamental. Além disso, deve-se recorrer, também, ao contexto social e axiológico em que vive a criança ou adolescente do qual se trata, de modo a se averiguar em que consiste seu real bem-estar.

Já, o princípio da afetividade tem como norte o afeto depreendido nas relações familiares, seja tal entidade familiar concebida de forma natural ou juridicamente.

Destarte, tem-se que:

Uma das mais relevantes consequências do Princípio da Afetividade encontra-se na juridicização da paternidade sociafetiva, que abrange os filhos de criação. Isso porque o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sanguínea, mas sim, o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos (PEREIRA, 2005, p. 183-184).

Em suma, o maior desafio dos agentes é tornar tais princípios reais, efetivos e sólidos, vez que exige um comprometimento de todos para que o cotidiano de cada criança seja regado das garantias elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente (PEREIRA, 2005, p. 15-16).

Preliminarmente, é importante aludir que a Constituição Federal no artigo 227, §6º aboliu a distinção entre filhos naturais e adotivos, proibindo, portanto, quaisquer designações

discriminatórias. Assim, com a finalidade de efetivar o comando do princípio da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente, passou à regular regras específicas concernentes a adoção de menores de 18 (dezoito) anos, rompendo assim com a ideologia do assistencialismo.

Neste sentido, tem-se a filiação nos casos de adoção decorre de um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está adstrita à chancela judicial.

Deste modo, no que se refere à adoção, é necessário tecer algumas considerações sobre a adoção tardia. Verifica-se que o vocábulo “tardia” é um adjetivo usado para designar a adoção de crianças maiores.

Não há uma definição por parte da doutrina a idade que uma criança dever ter para se considerar que a adoção foi realizada tardiamente. Considera-se maior a criança que não é mais um bebê, a maioria dos autores consideram a faixa etária entre dois e três anos como um limite. Além disso, avalia-se o tempo em que a criança permaneceu acolhida institucionalmente e o seu nível de desenvolvimento (Peiter, 2011, p. 87-88).

De acordo com diversas reportagens do CNJ, ainda persiste no Brasil a idéia de adoção de crianças com as seguintes características: menina, de pele branca, cabelos claros, com idade inferior a 03 (três) anos, sem irmãos e sem deficiência física e mental. Ocorrem que nos abrigos encontram-se institucionalizadas crianças geralmente de pele negra, meninos, maiores de 05 (cinco) anos de idade, com irmãos, com histórico de pais portadores de alguma doença física ou mental, como também genitores com vício em drogas e/ou álcool.

Neste diapasão têm-se as proposições de Marlizete Maldonado Vargas (1998, p. 98) acerca das crianças consideradas “idosas”:

ou foram abandonadas tardiamente pelas mães, que por circunstâncias pessoais ou socioeconômicas, não puderam continuar se encarregando delas ou foram retiradas dos pais pelo poder judiciário, que os julgou incapazes de mantê-las em seu pátrio poder, ou, ainda, foram ‘esquecidas’ pelo Estado desde muito pequenas em ‘orfanatos’ que, na realidade, abrigam uma minoria de órfãos [...].

Destaca-se ainda:

Hodiernamente a opção pela adoção de crianças e adolescentes vem por vezes tardiamente, por dois motivos. Um, porque insistimos em uma convivência familiar salutar, que acreditamos seja recuperável, considerando que o acolhimento é temporário e excepcional e que resolverá magicamente o problema sem atendimento especial. Ora, nos encontramos na seguinte situação: é melhor acolhermos do que deixarmos à própria sorte. Ainda, temos aqui a problemática das crianças acolhidas, após várias tentativas de

retorno, respeitando os vínculos, não destituídas e sem perspectiva de serem adotadas. Dois, porque quando decidimos pela destituição, ou seja, possibilitando a adoção, não se tem mais pessoas interessadas em acolhê-las. Consequentemente, estas permanecerão nos abrigos somente até os seus dezoito anos. Neste contexto, existem crianças que se encontram abrigadas sem perspectiva de adoção e nem de retorno (BOCHNIA, 2010, p. 277-278).

Observa-se que diante dessa disparidade há uma grande exclusão social, crianças que não seguem as características desejadas são descartadas pelos pretensos pais. Deve-se avaliar que os referidos infantes passam por várias etapas de exclusão, sejam pelos genitores que não cumpriram seu papel como pais zelosos, seja através da institucionalização por longos períodos, sejam pelos pretensos adotantes que desejam outras características físicas.

Além disso, verifica-se que o medo acerca da adoção esbarra-se no preconceito, visto que as crianças que podem ser adotadas são, geralmente, da camada social mais pobre, no entanto, os pretensos adotantes exigem perfis irreais, o que impede o encontro desses dois grupos tão distintos. É necessário quebrar paradigmas e ter consciência de que a prioridade absoluta disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente é em relação à criança e adolescente e não ao adulto (BOCHNIA, 2010, p. 202).

De acordo com matéria ventilada pelo CNJ (2012, online), tem-se que os pretendentes possuem um perfil de criança europeia:

O número de pais que querem adotar é cinco vezes maior do que a quantidade de crianças e adolescentes aptos à adoção – 5.281 em todo o Brasil. Quase 80% deles também são das regiões Sul e Sudeste. O grande empecilho para as adoções é a exigência de idade por parte dos pretendentes, principalmente entre aqueles que têm preferência por crianças brancas. Segundo os pesquisadores, os pais que buscam exclusivamente esse perfil racial, em geral, não aceitam crianças que têm mais de três anos.

Em contrapartida, em outra matéria do CNJ (2011, online, grifos do autor), as crianças aptas à adoção possuem as seguintes características:

De acordo com o levantamento, a maior parte das crianças e adolescentes são pardas e negras – somam 3.165 do total de cadastrados. Apesar disso, 91% dos pretendentes manifestaram a preferência por crianças brancas. Indiferentes à raça da criança ou adolescente que pretendem adotar, estão 34,25% do total de cadastrados.

A idade também é um quesito polêmico. Segundo o levantamento, o número de pretendentes interessados em adotar cai para menos de 1% em relação às crianças com mais de oito anos de idade. A maioria dos adotantes tem preferência por crianças entre um e dois anos de idade (20,51%). Para esse grupo específico, no entanto, há apenas 56 crianças disponíveis.

Irmãos - Crianças e adolescentes com irmãos representam outro ponto de

dificuldade na hora da adoção. Das crianças cadastradas aptas à adoção, 3.804 (77,13%) têm irmãos, sendo 1.701 deles (34,49%) com irmãos também inscritos no Cadastro Nacional. De acordo com o sistema, entretanto, 22.346 (82,21%) dos pretendentes recusam-se a adotar irmãos. A maior parte deseja apenas uma criança – eles somam 22.523 ou 82,86% dos cadastrados.

No que se refere à parte processual, tem-se que a morosidade é outro entreve a adoção, isto porque nas palavras de Anabel Vitória Mendonça (2011, s.p), “é como se todos tivessem submetidos a um exame um concurso, e, por Deus, isso acaba dificultando a relação entre doar e o receber.”

Insta constar, que a morosidade afeta todo o Poder Judiciário, no entanto quando se trata de criança institucionalizada, o princípio da prioridade absoluta não é observado, tendo em vista que tudo está atrasado, seja a falta de informação de quantas crianças encontram-se abrigadas, seja pelo desencontro de orientações e informações do magistrado, membro do Ministério Público, cartório ou equipe multidisciplinar. O que se vê na prática é que o tempo não é complacente com as crianças e, por conseguinte, diante da desestrutura física e humana do aparelho judiciário, tem-se que a possibilidade de reinserção em família substituta se torna cada vez mais difícil para as crianças mais velhas.

É necessário agir com rapidez e competência, com o fito de garantir a regularidade e a segurança jurídica, todavia quando se trata de crianças institucionalizadas é essencial que se busque o melhor interesse, seja por meio do retorno a família biológica, seja destituindo poder familiar e, conseqüentemente, a colocação em família substituta (BOCHNIA, 2010, p. 204).

Simone Franzoni Bochnia (2010, p. 134) destaca o seguinte:

A realidade bate a porto do Judiciário e os recursos e equipamentos não são suficientes para o atendimento da problemática exposta referente às crianças/adolescentes que, por exemplo, encontram-se abrigados, levando muitas vezes a utilização de recursos disponibilizados por àquela comunidade.

Neste sentido, é vital a atuação em conjunto do magistrado, da equipe multidisciplinar e do Ministério Público, com a finalidade da fazer o melhor possível para a criança institucionalizada na busca por pais adotivos.

Salienta-se que estas crianças encontram-se a mercê do preconceito, da exclusão social, da falta de informação de grande parte da população e principalmente de políticas públicas que promovam a adoção no país.

Como uma oração entoada em favor dos marginalizados, Gilberto Giacoia (2004, p. 35) elucida a justiça e a dignidade tão aguardada:

Não sei se algum dia conseguirei ver definida a justiça dos meus sonhos, dos nossos sonhos. Não penso em terra de ninguém, no homem europeu ou norte-americano, mas e principalmente no asiático, no africano, no latino-americano. Penso naqueles do meu mundo, do teu mundo, do nosso mundo, abandonados nos depósitos da miséria e da indigência, a estampar em seu amargo semblante o estigma da dor e do sofrimento, da fome e da desnutrição, que lhe desfigura o corpo esquelético, torna-lhe débil o gemido de seu conformismo, empalidece suas mãos a depositar no túmulo de suas últimas esperanças a semente da esperança na justiça.

Que nosso esforço possa ao menos fecundá-la, abrir nossos olhos e ouvidos, dando-nos olhos de ver e ouvidos de ouvir os gritos mais dilacerados, fortalecer nossas mãos para ascender o fogo que, um dia quem sabe, consumirá o enredo dessa história, evolvendo, da região das desigualdades, a crença na vitória final do homem por sua grandeza moral que o faz, para os que crêem, à imagem e semelhança de Deus.

Por fim, que a esperança não morra nos corações de cada criança que se encontra neste momento acolhida em instituições desse país continental, que ansiosamente esperam por uma família. E que esta família tão desejada, possa suportar todos os efeitos que a burocracia ocasiona, bem como a idade e outros fatores delineados anteriormente não sejam um entrave para a adoção. Que a crença no amor seja mais forte que tudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema é de grande relevância científica, jurídica e social, pois há um grande número de crianças que se encontram institucionalizadas a espera de uma referência familiar e principalmente de amor.

Ademais, o que se tem hoje é um Cadastro Nacional de Adoção com pretensos adotantes cheios de expectativas e desejos e de outro lado tem-se crianças abrigadas na esperança de serem adotadas. Contudo, o que se vê é uma grande dificuldade de articulação e de informação dos pretensos adotantes cadastrados e as referidas crianças.

Estas crianças que se encontram segregadas em abrigos de todo o país, são apenas a conviverem com a exclusão, preconceito e falta de afeto, apesar da tenra idade. Eis os filhos dos gozos não planejados, tais crianças são o resultado, na maioria das vezes, das famílias que se encontram a margem do direito. Não se pode negar, exclusão gera exclusão.

Neste sentido, é essencial a atuação conjunta do magistrado, da equipe multidisciplinar e do Ministério Público, visto que tempo não é complacente com as crianças institucionalizadas. Além disso, diante da desestrutura física e humana do aparelho judiciário, tem-se que a possibilidade de reinserção em família substituta se torna cada vez mais difícil para as crianças mais velhas.

Por fim, o que se busca é o melhor interesse da criança!

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César. **Estatuto da criança e do adolescente**. Curitiba: Juruá, 2000. v. 2;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 jul. 2012;

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Presidência, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 27 jul. 2012;

BERKER, Gary; RIZZINI, Irene (Coord). **Cuidar sem violência, todo mundo pode!** Guia prático para famílias e Comunidades. Rio de Janeiro: 2003;

BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção**: categorias, paradigmas e práticas do direito de família. Curitiba: Juruá, 2010;

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção, guarda e convivência familiar**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013;

Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho Tutelar: orientações para criação e funcionamento. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, 2007;

Conselho Nacional de Justiça. **Maioria das crianças aptas à adoção tem mais de 7 anos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/17600-maioria-das-criancas-aptas-a-adoacao-e-parda-e-negra-e-tem-mais-de-7-anos>>. Acesso em: 16 mar. 2013

_____. **Maioria das crianças aptas à adoção tem mais de 7 anos.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/17600-maioria-das-criancas-aptas-a-adocao-e-parda-e-negra-e-tem-mais-de-7-anos>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia. **Estatuto da criança e do adolescente comentado:** comentários jurídicos e sociais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da criança e do adolescente.** São Paulo: Atlas, 2005;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 3. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel:** a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil. São Paulo: Ática, 2009;

Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. **Drogas Psicoativas.** Noções básicas, implicações legais, oficina motivacional, conceitos gerais sobre Dependência, Direitos sociais e serviços disponíveis. Curitiba : FEMPAR, 2000;

GIACOIA, Gilberto. **Justiça e dignidade.** Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/index.php/emtempo/article/viewFile/139/164>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

JESUS, Ivaise Jann de. Criança maltratada: retorno à família? Um estudo exploratório em Santa Maria RS. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre, n.54, abr. 2005;

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da criança e do adolescente.** 9. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006;

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007;

PEITER, Cynthia. **Adoção: vínculos e rupturas: do abrigo à família adotiva.** São Paulo: Zagodoni, 2011;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005;

PEREIRA, Tânia da Silva. **Adoção ainda gera dúvidas.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=700>>. Acesso em 06 mar. 2011.

SOUZA, Anabel Vitória Mendonça. Adoção plena: um instituto do amor? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 3, n. 10, p. 147, jul./set. 2011.

Tribunal de Justiça da Bahia. **Passo a passo da adoção.** Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/infanciaejuventude/images/noticia/1vara/cartilha_passo_a_passo_da_adocao.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2013.

VARGAS, Marlizete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998;

_____. **Adoção tardia.** Disponível em: <www.unicap.br/sofia/arquivos/adocaotardia.doc>. Acesso em: 21 ago. 2012.

WEBER, Lidia Natalia Dobriansky. **Da institucionalização à adoção: um caminho possível?** Disponível em: <<http://pdec.sites.uol.com.br/umcaminhopossivel.htm>>. Acesso em 06 mar. 2011;

**UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA CURATELA À LUZ DA
AUTONOMIA DA PESSOA HUMANA**

***AN ANALYSIS OF THE INSTITUTE OF GUARDIANSHIP FROM THE
PERSPECTIVE OF AUTONOMY OF THE HUMAN PERSON***

Mariana Alves Lara

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar o instituto da curatela no Direito Brasileiro, sob o prisma da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana. Defender-se-á que o instituto da curatela deve conciliar proteção e autonomia. Ou seja, às pessoas que, não obstante tenham alcançado a maioridade civil, não tenham plena capacidade de discernimento em virtude de enfermidade ou deficiência mental, deverão ser assegurados mecanismos que facilitem sua inserção na comunidade e que promovam sua autonomia na maior medida possível. Nesse contexto, será analisada criticamente a forma como a curatela é disciplinada no Brasil, bem como será descrito em linhas gerais o novo modelo de interdição italiano, ressaltando seus aspectos inovadores que visam a resguardar a autonomia do incapaz.

PALAVRAS-CHAVE: Curatela; Incapacidade; Autonomia.

ABSTRACT

This paper proposes to examine the institution of guardianship in Brazilian Law, from the perspective of autonomy and dignity of the human person. It will be argued that the institute of guardianship must reconcile autonomy and protection. That is, the person who nevertheless has reached the age of majority, do not have full capacity of discernment because of illness or mental disability, needs protection. So, it's necessary to provide mechanisms to facilitate her integration in the community and promote her autonomy in the greatest possible extent. In this context, it will be critically analyzed how the guardianship is disciplined in Brazil and will be described the new model of Italian guardianship, highlighting aspects that protect the autonomy of the incapable.

KEYWORDS: Guardianship; Incapacity; Autonomy.

I) Introdução

No Direito Brasileiro, o termo curatela pode ser utilizado com diversos significados¹. Neste trabalho será analisada a curatela dos maiores incapazes, daquelas pessoas que, embora já tenham atingido a maioridade civil, não possuam capacidade de discernimento e de autodeterminação completa, necessitando de um regime específico de proteção.

Destaca-se, já de início, que a presença de uma enfermidade não é suficiente para, sozinha, determinar a necessidade de interdição. A conveniência da medida protetiva deve ser sempre avaliada caso a caso, levando em conta os interesses do sujeito, cuja gestão tornou-se impossível ou muito difícil em razão da patologia, e o contexto no qual está inserido o paciente.² Isso porque nem todas as doenças, mesmo algumas graves, comprometem a capacidade para os atos da vida civil.

Por outro lado, como a curatela é uma medida extrema, mesmo nos casos que ensejam sua aplicação, ela deve sempre ser utilizada no limite do necessário, respeitando os espaços em que a pessoa possa exprimir seus desejos e ser autônoma, conforme se desenvolverá adiante. Ou seja, é preciso saber lidar com a tensão entre autonomia e proteção no caso concreto, afim de que a vontade do incapaz não seja completamente suprimida e ele possa se autodeterminar em algumas situações, vivenciando sua dignidade.

Tendo isso em vista, propõe-se aqui uma análise da curatela brasileira e dos problemas a ela inerentes. Também será apresentado o modelo italiano de proteção aos incapazes, o qual pode trazer respostas para várias questões abordadas.

II) Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana

O ponto de partida para as análises que serão feitas é a dignidade da pessoa humana, entendida como um processo de autorrealização. Em outras palavras, ser digno é um processo de exercício da Autonomia da Vontade, factível num dado contexto histórico³.

Quando se fala de pessoa, é preciso ter em mente que a personalidade fundamenta-se em três eixos básicos: *autonomia*, o poder de definir suas próprias normas; *alteridade*, a realização na interação com outras pessoas; e *dignidade*, resultado da autoconstrução e realização em sociedade⁴.

Além desses três pilares, a pessoa também é constituída por valores, que são bens que ela elege por meio da autonomia da vontade como importantes para sua vida, e pelo corpo⁵. Este é sua base sensível e é imprescindível para se pensar em *pessoa*.

A ideia de dignidade como autorrealização, como a capacidade de definir seus próprios rumos, já estava presente com os primeiros humanistas, já no século XV. Pico Della Mirandola, afirma que o homem pode ser o que ele quiser, na medida em que, através da razão, controla seu poder da forma que deseja, e é exatamente esse poder de ser um “camaleão” que é fonte de toda a dignidade do homem.⁶

Para Charles Taylor a autonomia é entendida como “liberdade expressiva de exprimir e desenvolver suas próprias opiniões, definir suas próprias concepções de vida, criar seus próprios planos de vida”⁷. A pessoa não é um ser acabado, mas um processo, um vir a ser, e por isso deve ter o poder de fazer as escolhas que desejar⁸.

Pode-se afirmar que a autonomia da vontade é a necessidade humana primordial. Ser autônomo é poder fazer suas escolhas, é intervir nas condições de sua forma de vida. Mas autonomia não deve ser vista nos modelos kantianos de autossuficiência. Ao contrário, é interativa, surge *no* e *do* diálogo.⁹ E nesse diálogo, nessa convivência entre sujeitos autônomos, um dos pressupostos básicos é nunca tomar o outro como objeto, “mas como *sujeito que sempre tem algo a dizer*”¹⁰.

É sabido que existem casos em que, por algum motivo, seja por enfermidade, deficiência mental ou vício, a pessoa tem uma capacidade de entendimento reduzida, não conseguindo autodeterminar-se de forma livre e consciente, sendo necessário um regime de proteção. Para esses casos, no Direito Brasileiro, existe a curatela.

III) A Curatela no Código Civil Brasileiro

A curatela, prevista nos artigos 1.767 e seguintes do Código Civil Brasileiro de 2002, pode ser definida como o “encargo conferido a alguém, para ter sob a sua responsabilidade uma pessoa maior de idade, que não pode reger sua vida sozinha nem tampouco administrar os seus bens”¹¹.

Ou seja, a pessoa que, embora tenha atingido a maioridade, não possua discernimento para a prática dos atos da vida civil, seja por enfermidade, deficiência mental, vício em tóxicos ou bebidas alcoólicas, prodigalidade, desenvolvimento mental incompleto ou ainda que por outra causa duradoura não puder exprimir sua vontade (Art. 1.767, Código Civil),

passará por um processo judicial de interdição, ao final do qual será nomeado um curador que irá “reger a pessoa e administrar seus bens”¹².

Destaca-se que a palavra curatela deriva de *cura*, do verbo *curare*, que significa cuidar, olhar, velar.¹³ A finalidade do instituto é exatamente proteger e amparar a pessoa. Portanto, precisa ser de fato centrado na necessidade de oferecer ao incapaz instrumentos de proteção e melhoramento da qualidade de vida, resguardando e ampliando ao máximo a autonomia que ainda possua.

A incapacidade civil comporta gradações, podendo ser absoluta, quando a pessoa fica completamente privada de realizar qualquer ato da vida civil, necessitando de um representante; ou relativa, quando pode praticar alguns atos por si só, devendo ser assistida nos demais.¹⁴

Nesse compasso, a curatela também pode ser absoluta, nos casos dos incisos I e II do Art. 1767 do Código Civil, ou relativa, nos casos previstos nos demais incisos do mesmo artigo. A análise do juiz amparada pelos laudos periciais é que irá determinar o grau da incapacidade gerada pela anomalia psíquica em questão, estabelecendo os contornos da curatela.

IV) Críticas ao Regime Legal do Instituto

Sob a perspectiva da liberdade e dignidade, só é lícito subtrair a capacidade de fato na exata medida das necessidades da pessoa no caso concreto. Dessa forma, deve-se buscar uma conciliação entre autonomia e proteção. Para tanto, mostra-se relevante questionar os fundamentos do atual instituto de proteção dos incapazes, visando a garantir o máximo de autonomia possível ao curatelado.

A proteção das pessoas que não possuem um discernimento completo não pode e não deve traduzir-se em uma frustração da vontade relativamente àqueles atos em que ainda possa exprimir as próprias escolhas existenciais de vida. Ao contrário, deve ampliar e reforçar o papel da vontade do incapaz.

Todavia, isso nem sempre ocorre na prática. No atual modelo de curatela, o curador substitui em tudo e para tudo o incapaz. Esse modelo, como previsto, tolhe completamente a possibilidade de a pessoa realizar atos jurídicos, como uma forma de evitar que destes atos advenham danos. No entanto, melhor seria prover a pessoa de instrumentos para que ela possa

recuperar o máximo da capacidade de agir e possa determinar-se da maneira que entender mais adequada, pois:

O excesso de proteção do ordenamento jurídico para com o incapaz pode redundar na verdadeira supressão da subjetividade deste, na medida em que decisões sobre o desenvolvimento de sua própria personalidade fiquem a cargo de terceiros¹⁵.

A curatela não deve tolher a autonomia da vontade que ainda resta ao incapaz, colocando todas as decisões a cargo do curador sem existir, nem mesmo, a consulta aos seus interesses. Como afirma Ana Carolina Brochado, a proteção deve ocorrer na exata medida da ausência de discernimento, para que não haja supressão da autonomia e dos espaços e liberdade.¹⁶

A pessoa é um processo, dependendo de sua autonomia da vontade para definir os rumos de sua vida. Nesse contexto, o incapaz que ainda possua algum grau de discernimento não pode ser engessado, privado totalmente de autonomia. Ao contrário, deve haver um instituto de proteção que atenda às suas peculiaridades e que limite sua capacidade apenas na medida do necessário, fornecendo meios para que ele potencialize o exercício de sua autonomia.

Outro ponto a ser ressaltado é que a pessoa precisa interagir na sociedade. A autonomia se exterioriza, influencia e sofre influências do meio, pois é dialógica¹⁷. Nesse sentido, a alteridade é outro pilar da pessoa humana e não pode ser suprimida. Todavia, o modelo de curatela em que um terceiro realiza todos os atos sem nem mesmo atentar à vontade do curatelado, acaba por isolar o incapaz, impossibilitando a sua abertura para o outro.

Destaca-se também que o atual instituto das incapacidades trata de forma genérica todos os incapazes, seja ele um paranóico, um viciado, um esquizofrênico, alguém com Síndrome de Down ou Alzheimer. No entanto, é sabido que as moléstias são muito variadas e, por consequência, a intensidade e especificidade das incapacidades oriundas também são diversas. Assim, a forma de tratar cada incapaz não pode ser a mesma. O ideal seria avaliar em cada caso o grau de comprometimento das faculdades intelectivas, e estabelecer um modelo de interdição específico para aquela pessoa.

No entanto, não é isso o que ocorre na maioria das vezes. O instituto brasileiro de curatela é rígido e com conteúdo pré-determinado. É certo que o Art. 1.772 do Código Civil de 2002, permite ao juiz estabelecer os limites da curatela. Mas esse mesmo artigo já sugere

que tal limite seja o previsto no Art. 1.782 também do Código Civil, ou seja, limitar a incapacidade às questões patrimoniais.

É sabido que o Direito de Família positivado pode divergir em grande medida do direito aplicado pelos magistrados, sendo esse último mais dinâmico e condizente com os preceitos constitucionais e com as peculiaridades do caso concreto. Todavia, isso não retira a importância do presente trabalho, pois, em primeiro lugar, se existe um modelo previsto na legislação, significa que ele pode estar sendo aplicado exatamente na forma como previsto, o que por si só já justificaria uma análise mais detalhada.

Em segundo lugar, na prática, o que se observa através da análise de julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁸ é que a concessão da curatela na maioria das vezes não é, de fato, nada flexível: ou é total, e o incapaz fica impossibilitado de exercer qualquer ato; ou parcial, se restringindo aos assuntos patrimoniais¹⁹.

Nesse ponto convém ressaltar que no Código Civil de 1916 a pessoa era marcada por uma concepção patrimonialista, ou seja, ela tinha relevância enquanto sujeito de relação jurídica patrimonial:

A tutela do ordenamento civil, então, se presta a proteger a pessoa pelo que ela tem e não pelo que é. Os verbos ter e ser na perspectiva civilista tradicional se confundem, haja vista que, para adentrar ao sistema, para ser relevante a este, ou seja, para ser sujeito de direito, o indivíduo deve necessariamente ter patrimônio²⁰.

Nessa perspectiva, a curatela tinha como fim último evitar que o incapaz pudesse perder seus bens em negócios jurídicos mal realizados. Em 1988, a dignidade da pessoa humana foi erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito (Art. 1º, III da Constituição Federal), havendo um reforço da perspectiva em que a pessoa é tida como o centro e o próprio fim de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Houve uma verdadeira mudança paradigmática no direito privado, cujo eixo passou da esfera patrimonial para a esfera pessoal. Todavia, as normas do instituto da curatela pouco se alteraram no Código Civil de 2002, continuando a proteger sobremaneira os assuntos patrimoniais do incapaz, o que torna tais normas anacrônicas e dissociadas do objetivo de buscar a realização da dignidade da pessoa humana.

Como destaca Venosa, o principal aspecto do instituto da curatela é patrimonial, pois o curador protege essencialmente os bens do interdito, tentando evitar que ele seja levado à miséria e torne-se um ônus para o poder público²¹.

O aspecto patrimonial é importante, mas o que deve estar acima de tudo é a proteção da pessoa humana. Assim, “a proteção do incapaz deve ser ligada a todas as formas de proteção existencial do indivíduo, buscando valorizar sua existência humana, ainda que não tenha qualquer conteúdo patrimonial”.²²

Nesse sentido, é necessário:

(...) repensar o regime das incapacidades, especialmente quando estiverem em jogo situações jurídicas existenciais envolvendo o próprio desenvolvimento humano do indivíduo (...) é inadmissível que o menor, o deficiente mental e o enfermo tenham desprezadas suas manifestações de vontade a cerca de questões que tocam ao seu desenvolvimento humano.²³

Voltando ao problema de um instituto com contornos pré-fixados, ressalta-se que o ideal seria um conteúdo adaptado ao caso concreto, mais condizente com o tipo de incapacidade da pessoa. Por exemplo, as necessidades de um pródigo são diversas das necessidades de um viciado em tóxicos, mas ambas são tratadas da mesma forma, como incapacidades relativas, pelo ordenamento brasileiro.

A própria curatela no caso de prodigalidade precisa ser repensada e, de todo modo, usada com muita prudência, pois tal possibilidade pode dar margem a abusos e coações por parte de parentes que nada mais desejam do que gastar o dinheiro amealhado com sacrifício pelo curatelado, denotando um desejo egoísta do futuro herdeiro.

Ademais, o conteúdo da curatela, uma vez decretado pelo juiz, quase nunca se modifica. Não existe um prazo de revisão, ao contrário das necessidades do incapaz que sofrem constantes alterações. O “retardo mental” ou o estado de saúde da pessoa enferma pode melhorar ou piorar com o tempo. O ideal seria um instituto dinâmico, em contínua evolução em conformidade com as modificações das necessidades do incapaz e com o contexto em que está inserido, marcado sobremaneira pelos intensos avanços tecnológicos. Uma solução poderia ser um instituto para o qual fosse fixado um prazo de revisão de tempos em tempos.

Estas críticas feitas levam alguns autores, como Célia Barbosa Abreu Slawinski em sua tese de doutorado, a defender uma releitura constitucional do instituto da curatela. Nos dizeres da autora:

Destaca-se o caráter elástico das questões atinentes à personalidade e sua incompatibilidade com a adoção de soluções rígidas e

permanentes, que possam resultar no aprisionamento do ser humano. Necessária, por conseguinte, a flexibilização do instituto da Curatela.²⁴

No Projeto de Lei número 2.285 de 2007, do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, conhecido como *Estatuto das Famílias*, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, e que objetiva reestruturar toda esta matéria, a curatela não sofreu modificações significativas.²⁵ Todavia, não se deve esquivar do presente tema por ser demasiado complexo. É preciso encará-lo e buscar soluções tendentes a torná-lo mais adequado a um Estado Democrático de Direito.

Este também é um tema atual, visto que alguns países alteraram recentemente a sua legislação para criar mecanismos de proteção ao incapaz que se adéquem ao conceito de dignidade como autorrealização.²⁶

V) A Curatela no Direito Italiano

Foi criado no ordenamento jurídico italiano, pela Lei nº 6, de 9 de janeiro de 2004, que introduziu os artigos 404 a 413 no Código Civil Italiano, a figura da *amministrazione di sostegno*,²⁷ a qual visa proteger de forma ampla a dignidade da pessoa incapaz.

Convém destacar que o legislador italiano preferiu manter no sistema jurídico, ao lado da *amministrazione di sostegno*, as figuras da interdição, para os casos de incapacidade total, e da inabilitação para as hipóteses de enfermidade mental menos grave. O intérprete é que irá escolher no caso concreto qual é o instituto mais adequado. Todavia, a *amministrazione di sostegno* deve ser utilizada sempre que possível em detrimento das outras duas formas, pois:

A interdição e inabilitação, assim como historicamente concebidas, são instrumentos que tolhem a possibilidade de realizar atos jurídicos, para que desses atos não advenham danos (ao sujeito e ao seu patrimônio, à sua família e, sobretudo, a terceiros); a *amministrazione di sostegno*, ao contrário, dá instrumentos para recuperar a plena capacidade de agir e prover a si mesmo de maneira adequada e positiva.²⁸

Tal ocorre porque no instituto italiano de interdição, que se assemelha à curatela brasileira, um outro sujeito vai substituir em tudo e para tudo o interdito, privando-o da oportunidade de afirmar sua presença no mundo, o que não ocorre na *amministrazione di*

*sostegno*²⁹. Inclusive alguém interditado ou inabilitado pode requerer a substituição do seu regime de proteção para o novo instituto.

A *amministrazione di sostegno* é usada para os casos de enfermidade, ou de moléstia física ou psíquica, que impossibilite a pessoa, mesmo que temporal ou parcialmente, de prover seus próprios interesses. Essa pessoa será assistida por um administrador nomeado pelo juiz (Art. 404 do Código Civil Italiano). Convém destacar que o incapaz será o beneficiário do instituto, e não administrado, o que evidencia que tudo é feito buscando melhor atender a seus interesses.

Chama a atenção, no referido instituto, sua lógica inversa àquela adotada na curatela brasileira, pois no modelo italiano a pessoa não fica incapacitada para tudo. Ao contrário, será especificado pelo juiz os atos que devem ser praticados pelo administrador e os atos em que este deve assistir o beneficiário. Para todos os outros atos a pessoa conserva a sua plena capacidade de agir, incluindo os atos da vida cotidiana (Art. 409 do Código Civil Italiano).

Essa lógica observa a idéia de que a capacidade deve ser sempre a regra e a incapacidade a exceção, na medida em que o beneficiário conserva sua capacidade para todos os atos que não foram expressamente especificados no decreto do juiz. Isso também mostra que o instituto terá seu conteúdo definido apenas no caso concreto, sendo mais adaptado a cada tipo de incapacidade, o que corrige o grande equívoco brasileiro de tratar as mais diversas incapacidades com o mesmo modelo de proteção pré-fixado (curatela total ou parcial).

Ademais, como prevê a alínea 4 do Art. 407 do Código Civil Italiano, o juiz pode, a qualquer tempo, modificar as decisões presentes no decreto que nomeou o administrador. Assim, fica claro que a *amministrazione di sostegno* foi “concebida como um instrumento em contínua evolução e gradação, em conformidade com as mudanças de exigência do beneficiário”³⁰, vez que ela não possui um conteúdo rígido e predeterminado, podendo acompanhar as evoluções no quadro clínico do incapaz.

A experiência italiana segue a tendência moderna dos demais países europeus de:

Restringir o mais possível a área de incapacidade legal, recorrendo à flexibilidade e à gradação da mesma, reduzida às hipóteses em que, no caso concreto, a substituição seja indispensável. (...) A finalidade é garantir a proteção das pessoas totalmente ou parcialmente privadas de autonomia, com a menor limitação possível da capacidade de agir.³¹

Outra inovação do modelo italiano é a possibilidade de o beneficiário poder indicar, prevendo uma eventual e futura incapacidade, qual administrador de sustento deseja ter, através de ato público ou escritura particular autenticada (Art. 408 do Código Civil Italiano). Mesmo que não seja por escritura ou ato público, a indicação do beneficiário será levada em conta pelo julgador, o que demonstra a relevância dada à vontade do incapaz. Ele também pode elencar um rol de pessoas que poderiam assumir o encargo de administrador, ou apenas excluir alguma.³²

E mais, o beneficiário também pode determinar, previamente à enfermidade, em escritura particular autenticada ou pública, os princípios e recomendações que o administrador nomeado deverá seguir no desempenho de seu ofício. É certo que os atos a serem executados pelo administrador serão determinados pelo juiz, mas indicações podem traçar uma linha mestra e fornecer uma relevante orientação. Isso graças ao Art. 407 do Código Civil Italiano que impõe ao juiz o dever de atentar sempre às necessidades e requisições do interessado.³³ Essas determinações estabelecem uma relação mais próxima entre juiz e incapaz.

Por se tratar de atos personalíssimos, essas indicações do beneficiário podem ser sempre revogadas pela mesma forma, como dispõe o Art. 408, item 2 do Código Civil Italiano.

Como se vê, a vontade do incapaz é levada em consideração em cada etapa do procedimento da *amministrazione di sostegno*. É possível inclusive requerer a anulação de um ato exercido pelo administrador nomeado pelo juiz, se ele for contrário à vontade do incapaz.³⁴

Esse novo instituto busca exatamente fazer com que:

entre beneficiário e administrador de sustento, instaure-se uma constante relação dialética, na qual haja uma efetiva troca de informações, opiniões e pontos de vista, naturalmente objetivando a consentir que a pessoa realize a personalidade da forma mais plena possível (...) o conteúdo da medida de proteção não é de nenhuma forma limitado às questões patrimoniais ou àquelas atinentes à mera sobrevivência material (...) A afirmação da personalidade do beneficiário, então, deve constituir o objetivo principal da administração de sustento.³⁵

Como se pode perceber dessa breve análise, no modelo italiano, a vontade do incapaz é tida em conta em todas as fases do processo, protegendo a fundo a sua autonomia e conseqüentemente sua dignidade. É claro que a positivação desse modelo não significa que sua aplicação será isenta de maiores problemas, mas a sua previsão já é um avanço.

VI) Conclusão

O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, trazer respostas definitivas e nem mesmo apresentar um modelo perfeito e acabado. O que se pretende é tão somente chamar a atenção para o perigo de se fazer da curatela um instrumento não de proteção, mas de aprisionamento do indivíduo. A curatela deve ser um meio que permita que o incapaz se insira na comunidade, e que as melhores decisões possam ser tomadas quanto aos seus interesses, sempre respeitando sua vontade, sua autonomia e, dessa forma, sua dignidade. Nos dizeres de Maria Berenice Dias:

As restrições à capacidade de agir não existem para alhear os incapazes, mas para integrá-los ao mundo estritamente negocial. Segundo Pietro Perlingieri, é preciso privilegiar, sempre que for possível, as escolhas da vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma “morte civil”. Permitir que o curatelado possa decidir, sozinho, questões para as quais possui discernimento, é uma forma de tutela da pessoa humana, pois a autonomia da vontade é essencial para o livre desenvolvimento da personalidade.³⁶

Para tanto, a curatela deve ter sempre um conteúdo adaptado ao caso concreto, às especificidades de cada enfermidade ou doença mental. Esse conteúdo também deve ser dinâmico, e se modificar na medida em que as necessidades do incapaz se alterem. O ideal seria inclusive inverter a lógica, como no modelo italiano, de forma que a pessoa seja capaz para todos os atos não especificados pelo juiz na sentença de interdição. E mais, independente do modelo adotado, a vontade do incapaz deve ser respeitada em todos os momentos, devendo sempre existir um diálogo entre ele e seu curador.

Portanto, propõe-se aqui a discussão dos fundamentos do instituto brasileiro de curatela, bem como de sua forma de utilização. Avanços precisam ser alcançados nessa seara, como vêm acontecendo em diversos outros países. E para tanto, o essencial é ter como norte a garantia do respeito à autonomia do incapaz, permitindo que ele se autorrealize sempre que possível, vivenciando sua dignidade.

VII) Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. *A Capacidade da Pessoa Física no Direito Civil*. In. NERI JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Revista de Direito Privado*. Vol. 18, Ano 5. [s.l]: Revista dos Tribunais, 2004.

ATZEI, Roberto; FICHERA, Maria Sabrina. *Il Procedimento. Alcune Particolari questioni in tema di amministrazione di sostegno*. In *Tutela, Curatela e Amministrazione di Sostegno. La centralità della Persona nell'approccio multidisciplinare allá fragilità*. Torino: Giappichelli, 2008.

ATZEI, Roberto; FICHERA, Maria Sabrina. *Il sistema normativo vigente. Principi generali*. In *Tutela, Curatela e Amministrazione di Sostegno. La centralità della Persona nell'approccio multidisciplinare allá fragilità*. Torino: Giappichelli, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917. Vol. 2. p. 442.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *Das necessidades humanas aos direitos*. Ensaio de sociologia e filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FIGUEIREDO, Isabela Ribeiro de; FANAN, Miriam Tridico. *Curatela e interdição no Novo Código Civil: Inovações do Instituto*. In. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Ano IV – Nº 22 – Mar-Abr 2003

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ODDONE, Virginio. *Medicina e Medicina legale e sociale della protezione Del soggetto fragile o incapace. In Tutela, Curatela e Amministrazione di Sostegno. La centralità della Persona nell'approccio multidisciplinare allá fragilità.* Torino: Giappichelli, 2008.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a Dignidade do Homem.* Ed. Bilingue, trad. Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70.

RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil.* In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *A Parte Geral do Novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SASSANO, Francesca. *La Tutela dell'incapace e l'amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n.6. Guida Operativa all'applicazione del nuovo istituto con formulario e giurisprudenza.* Repubblica di San Marino: Maggioli, 2004

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Curatela: Uma Proposta de Leitura Constitucional do Artigo 1.772 do Código Civil Brasileiro.* Rio de Janeiro: UERJ, 2008

STANCIOLI, Brunello. *Sobre a Capacidade de Fato da Criança e do Adolescente: sua Gênese e Desenvolvimento na Família.* In: Revista Brasileira de Direito de Família. Ano I – Nº2 – Jul/Ago/Set 1999. p.37-41

STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade ou Como Alguém se Torna o que Quiser.* Belo Horizonte: Del Rey: 2010.

STANZIONE, Gabriella Autorino. *Le Amministrazioni di Sostegno nelle Esperienze Europee.* In.: FERRANDO, Gilda (Org.) *L'Amministrazione di Sostegno. Una Nuova Forma di Protezione dei Soggetti Deboli.* Milão: Giuffrè, 2005.

TAYLOR, Charles. *As fontes do Self: A Construção da Identidade Moderna.* Trad. Adail Ubirajara Sobral & Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Deficiência Psíquica e curatela: reflexos sob o viés da autonomia provada. *In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM/Magister, nº 07, dez-jan, 2009, p. 64-79.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. Vol. VI. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

¹ São alguns exemplos, a figura do curador especial, prevista no Art. 9º do Código de Processo Civil; a curadoria de ausentes (Art. 22 do Código Civil); curador do filho, quando no exercício do poder familiar o seu interesse colidir com o dos pais (Art. 1692 do Código Civil), curador de herança jacente (Art. 1819 do Código Civil), dentre outros.

² ODDONE, Virginio. *Medicina e Medicina legale e sociale della protezione Del soggetto fragile o incapace*. In Tutela, Curatela e Amministrazione di Sostegno. La centralità della Persona nell'approccio multidisciplinare allá fragilità. Torino: Giappichelli, 2008. p. 126

³ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade ou Como Alguém se Torna o que Quiser*. Belo Horizonte: Del Rey: 2010.

⁴ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia... cit.*

⁵ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia... cit..*

⁶ PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. Ed. Bilingue, trad. Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70.

⁷ TAYLOR, Charles. *As fontes do Self: A Construção da Identidade Moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral & Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997. p.41

⁸ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia... cit.*

⁹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *Das necessidades humanas aos direitos. Ensaio de sociologia e filosofia do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

¹⁰ STANCIOLI, Brunello. *Sobre a Capacidade de Fato da Criança e do Adolescente: sua Gênese e Desenvolvimento na Família*. In. Revista Brasileira de Direito de Família. Ano I – Nº2 – Jul/Ago/Set 1999. p.37-41

¹¹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 854

¹² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917. Vol. 2. p. 442.

¹³ CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 143 *apud* FIGUEIREDO, Isabela Ribeiro de; FANAN, Miriam Tridico. *Curatela e interdição no Novo Código Civil: Inovações do Instituto*. In. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano IV – Nº 22 – Mar-Abr 2003

¹⁴ MADALENO, Rolf. *Curso... cit. p. 856*.

¹⁵ RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa e o ser humano no novo Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *A Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 26.

- ¹⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Deficiência Psíquica e curatela: reflexos sob o viés da autonomia provada. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM/Magister, n° 07, dez-jan, 2009, p. 64-79.
- ¹⁷ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *Das necessidades... cit.*
- ¹⁸ Os julgados das Varas de Família não foram analisados em virtude do segredo de justiça.
- ¹⁹ São exemplos desses julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: Apelação Cível N° 1.0000.00.253262-0/000; Apelação Cível N° 1.0137.06.000436-3/001; Apelação Cível N° 1.0105.03.085172-6/001; Apelação Cível N° 1.0026.06.022712-6/001(1).
- ²⁰ RODRIGUES, Rafael Garcia. *A pessoa... cit.* p. 29
- ²¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. Vol. VI. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ²² ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. *A Capacidade da Pessoa Física no Direito Civil*. In: NERI JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Revista de Direito Privado*. Vol. 18, Ano 5. [s.l.]: Revista dos Tribunais, 2004. p. 95
- ²³ ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. *A capacidade... cit.* p. 91, 92
- ²⁴ SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Curatela: Uma Proposta de Leitura Constitucional do Artigo 1.772 do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: UERJ, 2008.
- ²⁵ PL 2285/07 Estatuto das Famílias, disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8313F81D16BBCC540F8059CD1C4A56F9.node1?codteor=517043&filename=Tramitacao-PL+2285/2007. Acesso em 10/03/2013.
- ²⁶ França, Espanha e Alemanha seguem essa linha.
- ²⁷ Uma tradução literal seria administração de sustento, mas aqui preferiu-se manter o termo no original.
- ²⁸ ATZEI, Roberto; FICHERA, Maria Sabrina. *Il Procedimento. Alcune Particolari questioni in tema di amministrazione di sostegno*. In Tutela, Curatela e Amministrazione di Sostegno. La centralità della Persona nell'approccio multidisciplinare allá fragilità. Torino: Giappichelli, 2008. p. 238.
- ²⁹ ATZEI, Roberto; FICHERA, Maria Sabrina. *Il Procedimento... cit.* p. 243.
- ³⁰ ATZEI, Roberto; FICHERA, Maria Sabrina. *Il Procedimento... cit.* p. 244.
- ³¹ STANZIONE, Gabriella Autorino. *Le Amministrazioni di Sostegno nelle Esperienze Europee*. In.: FERRANDO, Gilda (Org.) *L'Amministrazione di Sostegno. Una Nuova Forma di Protezione dei Soggetti Deboli*. Milão: Giuffrè, 2005. p. 100
- ³² ATZEI, Roberto; FICHERA, Maria Sabrina. *Il Procedimento... cit.* p. 245.
- ³³ ATZEI, Roberto; FICHERA, Maria Sabrina. *Il Procedimento... cit.* p. 247.
- ³⁴ SASSANO, Francesca. *La Tutela dell'incapace e l'amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n.6. Guida Operativa all'applicazione del nuovo istituto con formulario e giurisprudenza*. Republica di San Marino: Maggioli, 2004. p. 127.
- ³⁵ ATZEI, Roberto; FICHERA, Maria Sabrina. *Il sistema normativo vigente. Principi generali. n Tutela, Curatela e Amministrazione di Sostegno. La centralità della Persona nell'approccio multidisciplinare allá fragilità*. Torino: Giappichelli, 2008. p. 73

³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 622.

O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E SUA RELEVANCIA NA FIXAÇÃO DO DEVER DE ALIMENTAR ENTRE PARENTES POR AFINIDADE

THE PRINCIPLE OF AFFECTION AND THEIR RELEVANCE IN FIXING ALIMENTS BETWEEN RELATIVES BY AFFINITY

Claudia Vechi Torres¹

Maria dos Remédios Fontes Silva²

RESUMO: O princípio da afetividade é o fio condutor de várias decisões judiciais no direito das famílias, especialmente na configuração da relação de paternidade/filiação socioafetiva, usualmente identificada no conjunto probatório do caso concreto, quando verificada a existência da posse de estado de filho, a qual identifica a presença do vínculo de afetividade que determina a postura solidária de auxílio financeiro tanto para prover as necessidades básicas quanto para a permanência de padrão de vida vivenciado durante o tempo de convivência familiar. O objetivo deste estudo é analisar o princípio da afetividade e sua incidência na formação das novas entidades familiares, bem como sua relevância na fixação do dever alimentar não apenas entre parentes consanguíneos ou civis em linha reta ou colateral, mas também entre os parentes por afinidade em linha reta, em especial entre padrasto/madrasta e enteado(a), a partir da constatação do vínculo de afetividade. Para tanto será utilizado o método exegético-jurídico, respaldado pela consulta doutrinária e na análise da decisão interlocutória proferida em setembro de 2012 pela juíza da 1ª Vara de Família da Comarca de São José, no Estado de Santa Catarina, que fixou verba alimentar provisória a ser paga pelo padrasto a sua enteada, em virtude dos laços afetivos existentes entre eles durante uma convivência familiar de dez anos, período em que o padrasto manteve união estável com a mãe da adolescente.

Palavras-Chave: Afetividade; Parentesco por afinidade; Alimentos.

ABSTRACT: The principle of affection is the main topic in various court decisions in family rights, particularly in the constitution of the socioaffective parent/child relation, usually identified in the evidences to the case, when verified the existence of the “child state”, which identifies the presence of the affective connection that determinates the solidarity stand for financial support both to provide the basic needs and to maintain the lifestyle experienced for the period of family companionship. This study’s purpose is to analyze the principle of affection and its incidence on the formation of the new family entities, as well as its relevance on the fixation of alimnts not only by blood or in-law relatives, but also direct relatives by affinity, especially stepfathers, mothers and children, through the confirmation of the kinship

¹ Advogada, Professora Substituta da UERN e UFRN, graduada em Direito pelo UniCeub, especialista em Desenvolvimento Sustentável e Direito Ambiental pela UnB, mestranda em Direito Constitucional pela UFRN.

² Doutora em Direitos humanos pela Université Catholique de LYON – França. Pós-Doutorado pela Université Lumière LYON II – France. Coordenadora da Base de Pesquisa em Direito Estado e Sociedade, Professora Associada IV do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN.

by affinity. For that will be used the exegetic-juridical method, backed by doctrinaire consult and the analysis of the interlocutory decision issued on September 2012 by the judge of the 1st family court in the county of São José, in the state of Santa Catarina, which fixated temporary aliments to be paid by the stepfather to his stepdaughter, given the affection kinship existent between them during a ten years familiar companionship, while the stepfather kept a stable union with the mother of the teenager.

Key words: Affection; Relatives by affinity; Aliments.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988 adotou princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e da afetividade cuja eficácia nas relações familiares depende de uma nova visão e novas posturas frente ao direito das famílias tradicional à luz da axiologia constitucional.

A evolução da ciência, os movimentos políticos e sociais do último século, bem como a globalização provocaram mudanças nas relações e estrutura familiar no ordenamento jurídico brasileiro, provocando o fim do patriarcalismo e da hierarquia entre homem e mulher nas relações familiares, dentre outros, com base na noção da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial, da solidariedade social e da afetividade.

O presente artigo tem por objetivo analisar o princípio da afetividade no direito de família, sua influencia na configuração de novas entidades familiares, a solidariedade que surge em decorrência da relação afetiva, e o conseqüente dever de alimentar entre padrasto/madrasta e enteado(a), parentes por afinidade. Para tanto será investigando tanto as normas quanto a doutrina e a recente decisão interlocutória proferida em setembro de 2012 na ação de dissolução/reconhecimento de união estável proposta na 1ª Vara de Família da Comarca de São José/SC, que justificam o dever de alimentar, que determinam o que é uma relação de parentesco e qual a sua extensão legal, bem como a identificação da chamada filiação socioafetiva.

Apesar de não haver notícia do julgamento definitivo naquela ação, foram fixados alimentos provisórios, em sede de liminar, tanto para a parte autora/companheira em função da união estável, quanto para sua filha, que não é filha biológica do requerido/companheiro, mas apenas enteada, parente por afinidade em 2º grau em linha reta descendente, com fundamento na paternidade socioafetiva cultivada entre padrasto e enteada durante dez anos de convivência, uma vez que a adolescente que na data da decisão contava com 16 anos de

idade, conviveu com o padrasto desde os seis anos, sendo por ele tratada como verdadeira filha, apesar de a mesma possuir pai biológico identificado na certidão de nascimento, que aparentemente não contribuiu para o bem estar da adolescente.

A singularidade da decisão chama atenção por acompanhar as novas tendências do direito de família, calcadas nas relações de afeto, na solidariedade, na igualdade entre os conviventes e entre os filhos; além da perspicaz atuação da juíza, que diante de um pedido polemico de fixação de alimentos numa relação de afinidade, efetuou uma análise legal, doutrinária e jurisprudência do assunto, decidindo de forma a preservar a vida da adolescente em caráter de urgência, para em seguida, com a continuidade do rito processual, analisar com profundidade as provas produzidas pelas partes, ou homologar acordo produzido em audiência de conciliação.

É válido ressaltar a importância da abordagem do tema, que pode ser justificada pela necessidade do estudo do princípio da afetividade e seus reflexos no direito de família, principalmente com relação ao dever de alimentar na filiação socioafetiva, partindo da análise de uma decisão interlocutória, que oportuniza o entrelaçamento da teoria como a prática judicial, e um melhor entendimento da importância deste princípio implícito nos artigos 226 e 227 da Constituição Federal de 1988, que norteia as normas e decisões que envolvem o direito das famílias.

2 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E AS NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES

As grandes transformações no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito do direito de família ocorreram com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), que tanto promoveu a transição de um regime autoritário para um Estado Constitucional Democrático, como incorporou as mudanças dos valores e costumes socioculturais que irrompiam na sociedade pós-moderna brasileira.

A atual constituição consagrou no artigo 1º a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado, definiu no artigo 3º os objetivos fundamentais a serem seguidos pelo Poder Público, instituiu no artigo 5º vários direitos e garantias fundamentais, sendo que no título específico “Da Ordem Social” dedicou o artigo 226 para proteção das entidades familiares, estabelecendo princípios como a igualdade entre homem e mulher na chefia familiar, a igualdade entre filhos, a afetividade, a solidariedade familiar, a

responsabilidade parental; que foram responsáveis pela introdução de mudanças legislativas que culminaram com a publicação do Código Civil de 2002 (CC/2002) e a normatização de novas entidades familiares à luz da Constituição em várias leis esparsas.

A família brasileira antes da CF/88 era caracterizada tanto pelo poder centrado nas mãos do patriarca, do homem como chefe e identificador do núcleo familiar, com a consequente hierarquização na relação familiar e a visível superioridade do homem em relação aos filhos e a mulher; assim como pela tradição matrimonial que identificava a família apenas originada no casamento; e também pela transpessoalidade que determinava uma preocupação maior com o aspecto patrimonial do que com os interesses dos integrantes da família (DIAS, 2011, p.28). Nesse contexto, os laços patrimoniais eram realçados em detrimento dos laços afetivos, e toda família formada fora do casamento era considerada ilegítima.

A sociedade brasileira avançou, novos valores passaram a vigorar abrindo espaço para uma família plural, aberta, multifacetária, igualitária, democrática, fundada no afeto, e, a nova ordem constitucional possibilitou a ascensão dessa nova realidade familiar, que não mais aceitava apenas um tipo de entidade familiar com origem no casamento, mas exigia que novas formas de família fossem reconhecidas, como a união estável, a família monoparental que é a comunidade em que convivem um dos ascendentes com seus descendentes, e mais recentemente com o julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277/DF: a família homoafetiva.

Outras entidades familiares, como a família paralela (união concubinária, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos os companheiros), a família pluriparental (família constituída depois do desfazimento de relações afetivas anteriores) e a união estável múltipla ou poliafetiva (situação em que a pessoa mantém relações amorosas enquadradas no art. 1.723 do CC/2002, com várias pessoas ao mesmo tempo) começam a buscar seus direitos nos tribunais pátrios.

Houve uma repersonalização da família, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da solidariedade; sendo o seu conceito alargado, notabilizando a socioafetividade identificado no grupo social unido na convivência afetiva e o eudemonismo, que é a doutrina que destaca a busca da felicidade, da realização pessoal (DIAS, 2011, p.43). A igualdade do trato familiar, tanto em relação à chefia familiar quanto aos filhos, e a responsabilização dos pais pelo desenvolvimento de seus filhos, foi determinante para que a família passasse a ser entendida como núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade e da promoção da dignidade dos seus integrantes.

É certo que a família tem proteção especial do Estado, não havendo mais um rol taxativo de sua forma de criação, mas uma clausula geral de inclusão, que possibilita ao julgador considerar as entidades familiares reais não expressas na CF/88, prestigiando a realização da dignidade da pessoa humana, como ocorreu na interpretação primorosa do STF na ADI nº 4277/DF, que consagrou as uniões homoafetivas como instituição familiar, a partir da adoção da interpretação conforme a constituição para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do CC/2002, que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Na realidade, os valores existenciais da pessoa humana resguardados na Constituição Federal de 1988 acarretaram mudanças no antigo individualismo pulsante no direito civil, proporcionando uma revisão do direito de família com o intuito de acompanhar novos paradigmas, bem como a inclusão de princípios e de clausulas gerais que expressam valores da sociedade consagrados nas normas constitucionais, cabendo ao interprete judicial a concretização dos direitos fundamentais nos casos envolvendo relações de família, em especial, no campo da afetividade e da solidariedade.

O afeto é o ponto de partida e final das relações familiares, e esta não afasta a razão, mas ambas podem conviver de forma harmônica, pois estão ligadas à natureza humana. A razão, associada à mente e a busca da verdade, permite equipar materialmente o mundo, já o afeto, associada ao coração e a paixão, incentiva o amor, numa outra lógica capaz de dar continuidade a nossa existência. O afeto não está aprisionado na esfera individual, mas está refletido na atitude do homem perante os demais seres, humanos ou não.

Importante destacar que a dignidade da pessoa humana, como núcleo existencial de todas as pessoas, impede que o ser humano seja equiparado a um objeto, e impõe o respeito e a proteção como dever geral garantido juridicamente a toda pessoa, sendo a família o espaço comunitário ideal para o pleno desenvolvimento, afirmação e realização de uma vida digna e comunitária.

Na visão de Ingo W. Sarlet (2010, p.60), a dignidade da pessoa humana é

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

A dignidade é do indivíduo integrado na comunidade e não da comunidade, do grupo

ou instituição familiar. A dignidade da pessoa humana não precisa ser conquistada, independe das ações do ser humano, é um primado, possuindo desdobramentos de direito subjetivo, abstrato, que independe da capacidade do homem de pensar e externar suas escolhas, bem como independe da ótica moral local ou temporal, por ser insubstituível o ser humano.

Para Ana Paulo de Barcelos (2002, p. 252) a dignidade da pessoa humana possui na esfera política tanto uma eficácia jurídica negativa e vedativa do retrocesso, sendo um limite de contenção para barrar ações políticas violadoras deste princípio; quanto uma eficácia interpretativa, condicionando o Poder Público a ampla realização da dignidade à partir da interpretação das normas e atos. A dignidade possui uma eficácia jurídica positiva e simétrica no momento em que é assegurada na Constituição, passando a ter caráter de regra, exigível judicialmente.

Na verdade, a dignidade da pessoa humana representa a assunção por parte da humanidade que todo o ser humano deve ter reconhecido, em qualquer local em que se encontre, como sujeito de direitos, visto que a dignidade nasce com a pessoa e é patrimônio indisponível, inviolável e intangível, tratando-se de valor fundamental, expresso tanto internacionalmente quanto na Constituição Federal do Brasil de 1988, não sendo mais possível desconhecer a dignidade do homem, pois tal ato equivaleria a desconhecer a existência e universalidade dos demais direitos humanos.

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana, significando também, em breve e simples análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado as pessoas dentro da realidade familiar, bem como às várias formas de configurações familiares e de paternidade/filiação (biológica, sócioafetiva, via adoção ou inseminação).

Na seara do direito das famílias, a dignidade da pessoa humana é reconhecida como princípio máximo do ordenamento jurídico brasileiro, sendo por causa da inafastabilidade dessa proteção da pessoa humana que atualmente é possível falar em personalização, repersonalização e despatrimonialização de Direito Privado. Logo ao mesmo tempo em que o patrimônio perde a importância, a pessoa é supervalorizada.

Na realidade, os valores existenciais da pessoa humana resguardados na Constituição Federal de 1988 acarretaram mudanças no antigo individualismo pulsante no direito civil, proporcionando uma revisão do direito de família com o intuito de acompanhar novos paradigmas, bem como a inclusão de princípios e de cláusulas gerais que expressam valores da sociedade consagrados nas normas constitucionais, cabendo ao interprete judicial a

concretização dos direitos fundamentais nos casos envolvendo relações de família, em especial, no campo da dignidade da pessoa humana.

Importante destacar que a dignidade da pessoa humana, como núcleo existencial de todas as pessoas, impede que o ser humano seja equiparado a um objeto, e impõe o respeito e a proteção como dever geral garantido juridicamente a toda pessoa, sendo a família o espaço comunitário ideal para o pleno desenvolvimento, afirmação e realização de uma vida digna e comunitária.

A dignidade da pessoa humana constitui base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente. Verifica-se da análise dos artigos 226 a 230 da Constituição Federal de 1988, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada da dignidade de seus membros, em particular ao que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

No mesmo compasso, o direito fundamental do “homem-solidário” (SILVA, 2011, p.184) também tem grande repercussão no direito das famílias, pois resulta da superação do individualismo que marcou o direito civil no mundo moderno liberal, além de estar disposto como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inc. I, da CF/88). A busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não é apenas um dever moral, mas um dever imposto à sociedade, ao Estado e a própria família (artigo 226, § 8º, da CF/88).

A solidariedade possui um viés tanto patrimonial, quanto afetivo e psicológico, uma vez que exige respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Importante lembrar que a solidariedade no núcleo familiar impõe deveres recíprocos entre os integrantes desse grupo, podendo ser destacado alguns artigos do CC/2002: o art. 1.513 que tutela a comunhão plena de vida entre os consortes, bem como o art. 1.567 que dispõe sobre a mútua assistência; no dever de prestar alimentos entre parentes previsto a partir do artigo 1.694; a adoção inicialmente prevista no art. 1.618, mas que passou a ser totalmente regulada no Estatuto da Criança e do Adolescente; o art. 1.724 que dispõe sobre o dever de assistência na união estável, dentre outros. Entretanto, também há regras no Código Civil que contrariam a solidariedade, como a fixação de culpa na separação judicial (art. 1.572 e 1.573); a imprescritibilidade do direito do marido de impugnar a paternidade do filho da esposa (art.

1.601); o art. 1.611 que impede que o filho reconhecido por apenas um genitor possa morar no novo lar conjugal de seu único genitor sem o consentimento do consorte (LÔBO, 2009).

Com relação ao princípio jurídico da afetividade, apesar de não constar explicitamente na CF/88, é hoje considerado o elemento nuclear das relações familiares (DIAS, 2011, p.66), visto que o afeto é a mola propulsora das relações humanas, além de resultar da valorização constante da dignidade humana. Inclusive, Maria Berenice Dias (2011, p.71) sustenta a consagração do afeto com o um verdadeiro direito fundamental, devendo ser o fundamento jurídico de soluções concretas nos conflitos familiares, pois o dever jurídico de afetividade é oponível de forma permanente aos pais e filhos, bem como entre os parentes, porém entre consortes e companheiros somente enquanto perdurar a convivência mútua.

Importante lembrar que o princípio 6º da Declaração dos Direitos da Criança (2012) de 20 de novembro de 1959 dispõe que “Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão”, salientando que elas serão criadas “sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material”, sendo o amor/afeto um direito da criança o qual contém a contrapartida da dimensão do dever dos pais de criar ambiente de amor/afeto.

Na jurisprudência nacional, o princípio da afetividade vem sendo muito aplicado, como no caso do REsp 1059214/RS em que a 4ª Turma do STJ efetuou o reconhecimento da paternidade socioafetiva prevalecendo sobre a paternidade biológica. Cabe destacar que na I e III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foram aprovados os Enunciados 103, 108 e 256 que reconhecem a chamada paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho, modalidade de parentesco civil.

Com efeito, há a incidência direta do princípio da afetividade e da solidariedade nas relações familiares, de forma que a interpretação judicial tanto nos Tribunais Superiores quanto nos Tribunais de Justiça dos Estados caminha sob novos auspícios que identificam o vínculo afetivo como pedra fundamental da família, com suas novas configurações e complexidades.

3 A DETERMINAÇÃO LEGAL DO DEVER DE ALIMENTAR ENTRE PARENTES

O ser humano precisa de proteção e amparo com relação às suas necessidades básicas, desde a sua concepção até a sua morte. O dever de alimentar é um dos mais

invocados nas Varas de Família, uma vez que surge em decorrência dos valores ligados à dignidade da pessoa humana, sendo uma parte integrante do direito à vida que o alimentando não pode prescindir, perante a sua carência em relação às necessidades vitais para sua sobrevivência e existência.

O dever de alimentar não existe apenas no direito das famílias, decorrendo da lei, em razão do vínculo de parentesco ou do dever de mútua assistência do casamento e da união estável; também pode decorrer da declaração de vontade privada, a partir de uma convenção em contrato ou testamento, sem guardar qualquer relação familiar; por fim, também surge na prática de ato ilícito, quando em decisão judicial são fixados alimentos como forma de indenizar a própria vítima ou seus sucessores por danos causados pelo autor do ato ilícito que ocasionou o dano ou falecimento da vítima, conforme prescrevem os artigos 186, 927 e 928, II do CC/2002, ou seja, constituem uma forma de reparação do dano.

Quando a causa de pedir dos alimentos tiver origem no direito das famílias, esta poderá ser em virtude: a) vínculo de parentesco, obrigação disposta nos artigos 1.566, inciso IV e 1.696 do CC/2002, inclusive por adoção; b) da tutela prevista no art. 1.740, I do CC/2002; c) do dever de mútua assistência do casamento disposto no art. 1.694 do CC/2002 e da união estável previsto no art. 226, § 3º da CF/88 e art. 1.724 do CC/2002.

A concepção de alimentos como um instituto do direito das famílias não existia no Direito Romano clássico, mas na época de Justiniano já era conhecida uma obrigação recíproca de alimentar entre ascendente e descendente em linha reta. No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988 o diploma civilista em vigor era o Código Civil de 1916, que determinava somente ao homem o exercício do pátrio poder, cabendo a ele a obrigação de prover o sustento da família, e, por conseguinte dos filhos e da esposa inocente e pobre quando do rompimento do casamento (DIAS, 2011, p.500).

Com a Constituição Federal de 1988 ocorreu uma mudança neste paradigma, possibilitando a democracia no âmbito familiar, com a participação do homem e da mulher no comando da família, devido a igualdade entre o homem e a mulher declarada nos artigos 5º e 226. O poder familiar substituiu o pátrio poder, a mútua assistência no âmbito do casamento e da união estável foi solidificada, possibilitando que a exigência da preservação da dignidade da pessoa humana, por meio do direito a alimentos, que asseguram o direito à vida, pudesse alcançar o patamar de direito de personalidade para os parentes, cônjuges e companheiros.

A princípio a palavra alimento compreende tudo aquilo que é necessário a uma vida digna, qual seja, bens e serviços destinados ao sustento básico, como habitação, roupa, educação, transporte, lazer e tratamento de doença. Entretanto, na lição de Rolf Madaleno

(2009, p. 633) os alimentos vão além da mera satisfação das necessidades básicas do parente, cônjuge ou companheiro acima destacadas, pois eles também devem “atender às requisições de índole moral e cultural, devendo as prestações atender à condição social e o estilo de vida do alimentando, assim como a capacidade econômica do alimentante”.

As verbas alimentares apresentam características básicas (VENOSA, 2009, p. 358-359), como: a) direito pessoal e intransferível, pois sua titularidade não se transfere, nem se cede a outro, e, embora tenha natureza pública, o direito é personalíssimo e visa preservar a vida do necessitado; b) irrenunciabilidade, uma vez que o direito de ação pode até deixar de ser exercido, mas não pode ser renunciado; c) impossibilidade de restituição, visto que não há direito à repetição dos alimentos pagos, tanto os provisionais como os definitivos, todavia, para os pagamentos efetuados com evidente erro quanto à pessoa cabem o direito à restituição civil; d) incomensurabilidade, pois a compensação dos alimentos com outra obrigação não é legalmente aceita; e) impenhorabilidade, em virtude da impossibilidade de penhora dos alimentos de acordo com o art. 649, II, do CPC, porque são destinados a sobrevivência e a existência com dignidade do alimentado; f) impossibilidade de transação, não se admitindo transacionar com eles em virtude de seu caráter personalíssimo; g) imprescritibilidade do direito a alimentos, uma vez que a qualquer momento, na vida da pessoa, pode esta vir necessitar de alimentos; h) variabilidade da pensão alimentícia, conforme as mudanças que surjam na época do pagamento, uma vez que modificadas as situações econômicas e as necessidades das partes, deve ser alterado o *quantum* da prestação, podendo ocorrer até sua extinção; i) periodicidade do pagamento da obrigação alimentícia em função da sobrevivência do alimentado, não se admitindo que um valor único seja pago, nem que o período seja longo, anual ou semestral; j) divisibilidade da obrigação alimentar entre vários parentes (arts. 1.696 e 1.697 do CC/2002), permitindo que os parentes possam contribuir com uma quota para os alimentos, de acordo com sua capacidade econômica.

O artigo 1.694 do CC/2002 dispõe que tanto os parentes, quanto os cônjuges ou companheiros podem pedir alimentos uns aos outros, para que possam viver de modo compatível com a sua condição social, atendendo às suas necessidades básicas do alimentando, inclusive com educação. Tais alimentos serão fixados pelo juiz na medida da necessidade do alimentando, ou na forma provisional nos termos da lei processual, ou na forma provisória ou definitiva. Em regra, os alimentos provisionais são estabelecidos em ação cautelar própria quando se cuida da separação de corpos, prévia à ação de nulidade ou anulação de casamento ou de divórcio.

Já os alimentos provisórios podem ser requeridos sempre que movida a ação de alimentos, com fixação *initio litis*, desde que haja prova pré-constituída do dever de prestá-los, qual seja, demonstração documental da prova de parentesco, casamento ou união estável. São fixados liminarmente pelo juiz no despacho inicial na ação de alimentos ajuizada pelo rito especial da Lei nº 5.748/68, mesmo que não solicitados na petição inicial. Os alimentos definitivos são aqueles fixados em sentença condenatória ou homologatória, mas que possibilitam futura revisão desde que haja alteração no binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante.

Com relação ao dever de alimentar entre parentes, o artigo 1.696 do CC/2002 esclarece que tal dever é recíproco entre pais e filhos, sendo extensivo a todos os parentes na linha ascendente, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau. Na realidade, verifica-se que a relação entre pais e filhos pode originar duas espécies de obrigação alimentar: a fundada no poder familiar, que determina a obrigação dos pais de assistir, criar, sustentar e educar os filhos menores ou incapazes; e a fundada na relação de parentesco após o filho ter atingido a maioridade ou ter se emancipado.

Tal dever não termina com a falta de convivência sob o mesmo teto. Enquanto pais e filhos vivem sob o mesmo teto a obrigação de alimentar é uma obrigação de fazer, mas com a separação dos pais, aquele pai que não tem a guarda do filho passa a dever alimentos como obrigação de dar (DIAS, 2011, p.522).

Os pais são parentes naturais (consanguíneos) ou civis (outra origem, como a adoção) em linha reta ascendente, em 1º grau. Já os avós paternos e maternos são também parentes, mas em 2º grau na linha reta ascendente. Os bisavós são parentes em 3º grau na linha reta ascendente, e assim por diante, sem limitação de grau na linha reta ascendente.

Com relação aos filhos, parentes em linha reta descendente em 1ª grau, importante destacar que o art. 226, § 7º da CF/88 consagrou o princípio da igualdade entre filhos, o qual foi repetido no art. 1.596 do CC/2002, mantendo as presunções de paternidade antigas e criando novas. Há três critérios para estabelecer a filiação: a) o jurídico: via sentença judicial (adoção) ou presunções do art. 1.597 do CC/2002 (independente da realidade); b) o biológico: uso do exame de DNA; c) o socioafetivo: fundado no melhor interesse da criança/adolescente e na dignidade da pessoa humana, sendo considerado pai aquele que exerce tal função independente de existência de vínculo biológico.

A filiação passa a ter um novo conceito que retrata a filiação social, socioafetiva, por meio da posse do “estado de filho afetivo” (DIAS, 2011, p.362) e isto decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos na convivência do pai e do filho. A posse do estado de filho

não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, e possui três aspectos: a) *tractatus*, quando a pessoa é tratada, criada, educada como se filho fosse; b) *nominatio*, quando o filho usa o nome da família; c) *reputatio*, quando o filho é reconhecido pela sociedade como pertencente àquela família.

Os Enunciados nº 103 e 108 da I Jornada de Direito Civil (JDC), bem como o Enunciado nº 256 da III JDC reconhecem a filiação/paternidade socioafetiva como espécie de parentesco civil. Inclusive, esta paternidade socioafetiva não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho (Enunciado nº 339 da V JDC), gerando o dever de alimentar de acordo com o Enunciado nº 341 da V JDC.

O dever de alimentar entre parentes é recíproco, pois na velhice os pais podem requerer alimentos aos filhos biológicos ou de outra origem (parentesco civil). Entretanto, com relação aos avós, cabe a ressalva que sua obrigação é complementar a dos pais, quando estes não estiverem em condições de suportar tal dever, de acordo com o art. 1.698 do CC/2002, sempre na proporção dos respectivos recursos.

Os chamados parentes na linha colateral ou transversal até o 2º grau também são chamados a prover a sobrevivência dos familiares, de acordo com os artigos 1.697 e 1.698 do CC/2002 quando não houver ascendentes ou descendentes, de acordo com a ordem hereditária (art. 1.829 do CC/2002). O parentesco colateral inicia no 2º grau com o irmão, e termina no 4º grau com os primos (art. 1.592 do CC/2002).

Importante destacar que o art. 1.697 do Código Civil apenas indica os irmãos como parentes obrigados ao dever de alimentar, inclusive o Informativo nº 381 do STJ afirma que tios não são obrigados por lei a alimentar sobrinhos. Todavia, há posicionamento contrário da doutrina sobre este tema, principalmente de Rolf Madaleno (2009, p. 670-672) e Maria Berenice Dias (2011, p.531-533), os quais entendem que não se pode afastar os demais colaterais até o 4º grau (tio, sobrinho, primos) de tal dever, pois tal limitação além de afrontar diretamente o princípio da solidariedade que permeia o direito das famílias e todo o ordenamento jurídico pátrio, também aponta uma séria distinção nos critérios políticos e sociais entre os institutos de alimentos e da sucessão hereditária, uma vez que tais parentes são apontados como herdeiros no direito sucessório, ou seja, destinatários do patrimônio daquele que deveriam auxiliar na subsistência.

Com relação aos parentes por afinidade, estes estão definidos no art. 1.595 do CC/2002 como os parentes que cada cônjuge ou companheiro possui e que passam a ser parentes do outro cônjuge ou companheiro pelo vínculo da afinidade, tanto na linha reta ascendente e descendente, a qual não se extingue com a dissolução do casamento ou da união

estável; quanto na linha colateral até o 2º grau, qual seja, restrita aos irmãos do cônjuge ou companheiro, ou seja o cunhado, cessando tal relação de afinidade com a dissolução do casamento ou da união estável.

Não há na legislação brasileira norma específica sobre o dever de alimentar entre os parentes por afinidade, inclusive o STJ ainda não reconhece dever de alimentar entre parentes por afinidade, qual seja, entre sogros e genro/nora ou entre enteado e padrasto/madrasta. Todavia, alguns doutrinadores entendem que tal obrigação decorre do vínculo de parentesco e da solidariedade familiar, principalmente em relação aos parentes por afinidade em linha reta, cujo vínculo de parentesco não se extingue.

Desta forma, verifica-se que o dever de alimentar no direito das famílias pode ter diferentes origens, sendo que com relação ao direito parental há uma tímida regulação no Código Civil, que não abrange todos os parentes, nem tão pouco os parentes por afinidade, o que causa grandes divergências doutrinárias e possibilidade de decisões judiciais contraditórias, ora afirmando a possibilidade de um padrasto pagar alimentos ao seu enteado, ora afastando o dever de tio pagar alimento a sobrinho, dentre outros casos.

4 ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA NA COMARCA DE SÃO JOSÉ/SC QUE FIXOU ALIMENTOS ENTRE PARENTES POR AFINIDADE

A partir das observações precedentes e considerando os novos arranjos familiares, a influencia da afetividade e da solidariedade no direito das famílias, as disposições legais em vigor e o pensamento doutrinário, incumbe a tarefa de analisar a decisão interlocutória proferida na 1ª Vara da Família da Comarca de São José, do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, em setembro de 2012, na Ação de Dissolução/Reconhecimento de União Estável em que a parte autora/companheira requereu em sede de liminar a fixação de alimentos provisórios a seu favor, bem como para filha de 16 anos de idade, com fulcro na chamada paternidade socioafetiva.

A magistrada analisou as provas documentais dos autos, verificando que havia uma relação familiar, configurada como união estável que perdurou por 10 anos, fixando alimentos provisórios pleiteados para a autora/companheira, com 41 anos de idade, formada em psicologia, empregada (com carteira de trabalho devidamente assinada) auferindo aproximadamente R\$ 1.000,00 mensais; uma vez que o companheiro/requerido é engenheiro, aposentado por tempo de contribuição, mas que continua trabalhando, possuindo uma renda

de aproximadamente R\$ 7.500,00 mensais, o que já demonstraria uma modificação do padrão de vida vivenciado durante a união estável para o padrão atual, após a dissolução da família.

Portanto, foram fixados alimentos compensatórios, com o objetivo de amenizar o desequilíbrio econômico que a autora/companheira vivia, em virtude da diminuição do padrão de vida decorrente do fim da relação afetiva entre os companheiros. Inclusive foram apontados julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Agravo de Instrumento nº 2010.031846-5) e do Distrito Federal e Territórios (Agravo de Instrumento nº 2009.20030046) na fundamentação da decisão interlocutória, com o fito de demonstrar que a jurisprudência apoia a determinação deste tipo de alimentos, evitando que a ruptura do vínculo familiar também acarrete uma diminuição drástica no padrão de vida de um dos companheiros.

Com relação à enteada do requerido/padrasto, a magistrada verificou a existência de laços afetivos entre eles, cultivados durante a convivência de 10 anos, qual seja, entre os 06 e 16 anos de idade da enteada, embora esta tenha pai registral. Ademais, constatou que haviam provas nos autos que o padrasto arcou com as despesas referente a viagem da companheira e enteada para os Estados Unidos, que ele é quem representa a adolescente junto à instituição de ensino que a mesma estuda, além de ter declarado ser a enteada sua dependente.

Apesar de não haver nos autos notícia acerca de eventual contribuição financeira percebida pela enteada de seu pai biológico, a magistrada afirmou que mesmo que ela recebesse tal auxílio, nada impediria que pelo elo afetivo existente entre ela e o requerido, este contribuísse financeiramente para suas necessidades básicas. Por fim, com fundamento no primado da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente presente na CF/88 e no ECA, e com base na relação de afetividade existente entre a enteada e o padrasto, a magistrada fixou alimentos provisórios em favor da adolescente.

Importante observar a linha de raciocínio da magistrada, a forma de interpretar e aplicar o direito na solução parcial do litígio, não se limitando a interpretar/compreender os textos normativos, a doutrina e enunciados que versam sobre o tema, mas também compreendendo os fatos narrados. A interpretação do direito foi constitutiva, iniciando pela compreensão dos textos normativos e dos fatos, para culminar com a escolha da melhor solução para o caso, não ocorrendo uma mera declaração de direitos.

A norma decisão que fixou alimentos para a enteada, apesar de interlocutória, é produto do processo interpretativo que transforma texto, disposições, enunciados em norma concretizadora do direito à partir do relato dos fatos, operando a inserção do direito na vida das pessoas envolvidas. Tal norma decisão não pode, nem deve ser aplicada de forma

indistinta em todos os casos em que se analise a possibilidade de obrigação alimentar entre parentes por afinidade. A prudência faz parte da interpretação determinando uma atuação do interprete segundo a chamada lógica da preferência, a da escolha entre varias possibilidades corretas, e não conforme a lógica da consequência (GRAUS, 2009, p. 25-39).

Percebe-se que a magistrada inicialmente identificou a existência dos elementos caracterizadores da união estável entre o casal, dentre eles o objetivo de constituição de família, e fixou alimentos para a companheira. A partir desse momento, ela inicia uma trajetória de compreensão do vínculo afetivo existente entre os parentes por afinidade, padrasto e enteada, a presença da posse de estado de filho afetivo, inclusive citando doutrina, além de citar os artigos 1.593, 1.596, 1.597, inciso V, 1.603 e 1.605, inciso II do CC/202 sobre filiação socioafetiva e parentesco, demonstrando que para a legislação brasileira o parentesco civil tem origem sociológica, qual seja, afetiva, social e eudemonista, havendo igualdade entre filhos biológicos e não biológicos de acordo com o art. 227, § 6º, da CF/88.

A magistrada identificou a presença do vínculo de afetividade entre enteada e padrasto, vínculo este considerado superior ao vinculo biológico pela maioria dos doutrinadores de direito das famílias. Inclusive Maria Christina Almeida (2002, p. 24) aponta que o atual direito das famílias vive “um momento em que há duas vozes soando alto: a voz do sangue (DNA) e a voz do coração (AFETO)”, mas que “o elo que une pais e filhos é, acima de tudo, socioafetivo, moldado pelos laços de amor e solidariedade, cujo significado é muito mais profundo do que o do elo biológico”.

Rubem Alves (2002, p.37) corrobora com esse entendimento ao afirmar que

Pai é alguém que, por causa do filho, tem sua vida inteira mudada de forma inexorável. Isso não é verdadeiro do pai biológico. É fácil demais ser pai biológico. Pai biológico não precisa ter alma. Um pai biológico se faz num momento. Mas há um pai que é um ser da eternidade: aquele cujo coração caminha por caminhos fora do seu corpo. Pulsa, secretamente, no corpo do seu filho (muito embora o filho não saiba disso).

Assim, restou provado que o padrasto era verdadeiro pai afetivo que durante dez anos ofereceu a adolescente um padrão de vida capaz de patrocinar viagem ao exterior, ensino em escola privada, dentre outros aspectos, os quais com a dissolução da união estável entre a mãe e o padrasto foram comprometidos, afetando tanto a parte emocional quanto material da vida da adolescente.

A magistrada também entende que não há a necessidade de formalização dos relacionamentos para que seja identificado ou estabelecido o vínculo afetivo, por meio de um reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva com adoção unilateral, mas, como

consequência da relação afetiva de fato surge o reconhecimento de direitos, bem como a imposição de obrigações recíprocas entre padrasto e enteada, como o direito de visitas e o dever de alimentar, este último respaldado pelo Enunciado nº 341 da V JDC.

Essa decisão interlocutória foi alvo de grande polemica no mundo jurídico e social. Há posições contrárias³ como a de José Fernando Simão e de Paulo Henrique Marques de Oliveira que entendem que a juíza teve uma atitude equivocada, confundiu um bom padrasto com um pai, o que pode vir a desencorajar os homens a serem bons padrastos. Na mesma linha, Regina Beatriz Tavares entende que tal decisão pode vir a banalizar a paternidade socioafetiva, visto que no caso a adolescente tem um pai biológico que deve assisti-la, não cabendo uma dupla paternidade (biológica e socioafetiva) com fixação de dever para ambos.

Em contrapartida, há posições favoráveis⁴ como a de Rolf Madaleno que aponta a afetividade como fonte principal de constituição de uma entidade familiar, além de afirmar que a filiação é eminentemente afetiva, não prevalecendo sobre a filiação biológica, que é um elemento a mais, e também alertando que com a separação do casal a enteada passou a viver tanto uma perda material quanto socioafetiva. Maria Berenice Dias entende que tal decisão nada mais fez que impor a continuidade de uma obrigação que o padrasto já vinha assumindo, sendo necessário prevalecer o melhor interesse da adolescente.

Importante observar que a polemica gira em torno da extensão desse dever a todos que possuem parentesco por afinidade, bem como para aqueles que desenvolvem um vínculo afetivo com filhos de seus cônjuges/companheiros, tendo ou não o enteado pai registral. Todavia, não se pode simplificar a questão com a intenção de aplicar ou não a fundamentação da decisão em outros casos análogos. A norma decisória aqui discutida é fruto de um processo interpretativo, casuístico, que levou em consideração a presença de relação afetiva e da solidariedade que surge a partir do caso concreto.

É preciso frisar que a lei civilista dispõe sobre a relação de parentesco, sua origem, forma e limitação. A mesma lei afirma que não há como distinguir filhos, sejam biológicos ou apenas afetivos. Portanto, se há determinação legal do dever de alimentar recíproco entre parentes, não podemos excluir aqueles cujo vínculo de parentesco nasceu e se consolidou por meio de uma relação afetiva, com todas as características de uma paternidade/filiação socioafetiva.

³ Informações colhidas de notícias veiculadas em setembro de 2012 nos sites: espaco-vital.jusbrasil.com.br; direitosdasfamilias.blogspot.com.br e revide.com.br/blog/paulo-henrique-marques-de-oliveira

⁴ Informações colhidas de notícias veiculadas em setembro de 2012 nos sites: espaco-vital.jusbrasil.com.br e ww.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania

5 CONCLUSÃO

É no seio familiar que o ser humano pode vivenciar diferentes formas de afeto, positivos (amor) ou negativos (agressividade), dando sentido as relações pessoais e influenciando na forma em que cada pessoa passa a interpretar o mundo a sua volta. A revolução causada pela adoção do princípio da afetividade no direito das famílias está associada a uma quebra de paradigmas, no esfacelamento da antiga visão patriarcal, matrimonializada, hierarquizada e transpessoal.

Novas configurações familiares passaram a ser reconhecidas em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade, renovando o panorama e estrutura familiar, possibilitando o desenvolvimento de uma nova solidariedade familiar, com direitos e deveres ligados à mútua assistência, cuidado, respeito, sustento, dentre outros.

O dever de alimentar entre parentes consanguíneos e civis possui regras definidas na legislação pátria, entretanto ainda há um caminho a ser percorrido em relação ao dever de alimentar entre parentes colaterais e afins, em especial entre padrasto/madrasta e enteado(a).

A decisão inédita ora analisada, fundamentada na afetividade e na solidariedade, tanto possibilita um novo olhar para o direito das famílias, em especial para o direito parental, quanto consolida a afetividade como princípio norteador das relações familiares. Observa-se que a magistrada efetua uma atividade prático-normativa, sem distorcer a realidade ou a norma com suas próprias impressões, valores, opções ideológicas e políticas; concretizando o direito das famílias para e a partir do problema concreto que se intenta regular.

Entretanto, tal decisão não pode e nem deve ser estendida a todos os casos envolvendo relação entre parentes por afinidade, em especial entre padrasto/madrasta e enteado(a), uma vez que vários foram os fatores específicos do caso que deram ensejo a tão ousada decisão, não sendo possível utilizar tal julgado como paradigma para todas as relações envolvendo este tipo de parentesco.

Da análise da decisão exposta é possível traçar algumas diretrizes que podem servir de referência para outras interpretações judiciais envolvendo o mesmo tipo de relação de parentesco: a) identificar a presença de uma instituição familiar; b) identificar o grau de parentesco entre as partes, seja este consanguíneo ou civil, ou por afinidade; c) reconhecer a existência de relação de afeto e o dever de solidariedade, inclusive apontando se há paternidade/filiação socioafetiva; d) observar a ordem legal de chamamento dos parentes, qual seja, primeiro, descendentes, depois ascendentes, e por fim, colaterais (irmão), bem como a

existência de algum desses parentes que já auxiliam na subsistência do alimentando e a possibilidade de complementação; e) analisar a perda material e psicológica vivenciada pelo alimentando que o impede de manter um padrão de vida experimentado na convivência com o padrasto/madrasta.

Por fim, resta aguardar os novos acontecimentos na seara judicial envolvendo resolução de conflitos familiares baseadas em relações socioafetivas, bem como o posicionamento da doutrina e do Supremo Tribunal Federal que no final do ano de 2012 decidiu em favor da existência de repercussão geral em relação à questão constitucional de filiação socioafetiva no Recurso Extraordinário com agravo nº 692186, e que em breve irá enfrentar tal questão, a qual irá refletir no direito de alimentar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina. **A Paternidade Sócioafetiva e a Formação da Personalidade. O Estado e os Estados de Filiação**. Belo Horizonte/IBDFAM: Revista Jurídica, n. 8, 2002.

ALVES, Rubem. **Um mundo num grão de areia: o ser humano e seu universo**. Campinas: Verus, 2002.

BARCELOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Lex: Vade Mecum Saraiva**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Código Civil. **Lex: Vade Mecum Saraiva**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Declaração dos Direitos da Criança. Disponível em < http://198.106.103.111/cmdca/downloads/Declaracaodos_Direitos_da_Crianca.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRAUS, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Gisele Maria Fernandes Novaes (Org.). **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 9ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

**ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DOS ALIMENTOS
GRAVÍDICOS, COMO FATORES DE GARANTIA DA DIGNIDADE
HUMANA E HARMONIZADORES DE RELAÇÕES FAMILIARES E O
ACESSO À JUSTIÇA**

**SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL ASPECTS OF SUPPLEMENTS
PREGNANCY, AS FACTORS OF HUMAN DIGNITY AND WARRANTY
OF FAMILY RELATIONSHIPS HARMONIZERS AND ACCESS TO
JUSTICE**

José Sebastião de Oliveira¹

<http://lattes.cnpq.br/7878157645842709>

Amanda Quiarati Penteado²

<http://lattes.cnpq.br/0472745836025522>

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 DOS ALIMENTOS; 1.1 CONCEITO; 1.2 ESPÉCIES; 1.2.1 Quanto à natureza: naturais ou necessários e civis ou cômugros; 1.2.2 Quanto à causa jurídica: legítimos, convencionais e indenizatórios; 1.2.3 Quanto à finalidade: provisionais, provisórios e definitivos; 1.3 CARACTERÍSTICAS; 1.3.1 Personalíssima; 1.3.2 Irrenunciabilidade; 1.3.3 Incompensabilidade; 1.3.4 Impenhorabilidade; 1.3.5 Imprescritibilidade; 1.3.6 Irrepetibilidade; 2 DO NASCITURO; 2.1 ESCOLAS DOUTRINÁRIAS QUANTO AO INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL DO HOMEM; 2.1.1 Teoria Concepcionista; 2.1.2 Teoria Natalista; 2.2 DIREITO À VIDA E AOS ALIMENTOS DO NASCITURO; 3 DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS; 3.1 CONCEITO; 3.2 TERMO INICIAL; 3.3 DO ÔNUS PROBATÓRIO; 3.4 DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS; 4. DAS QUESTÕES DE ORDEM PROCESSUAL, NA LEI DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS; 4.1 DO FORO E DO TEMPO DA AÇÃO; 4.2

¹ Orientador, Professor Doutor em Direito, dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito (Stricto Sensu), em nível de Mestrado, do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR), Maringá - Paraná. E-mail: drjso@brturbo.com.br

² Aluna do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR), Maringá - Paraná; E-mail: a_q_penteado@yahoo.com.br

DA LEGITIMIDADE; 4.3 DO PEDIDO; 4.4 DA PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO; 4.5 DO VALOR DA CAUSA; **CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

RESUMO

Após a vigência da Lei sob n.º 11.804/2008, houve a regulamentação dos alimentos gravídicos em seus aspectos materiais e processuais. A questão dos alimentos no nosso ordenamento jurídico sempre foi muito debatida, principalmente, em relação aos direitos do nascituro, por isso, se fez necessário a regulamentação de tal lei, que põe fim a algumas discussões e dá ensejo a outras, como por exemplo, o marco inicial dos alimentos gravídicos, o ônus probatório, a irrepetibilidade de tais alimentos, os alimentos gravídicos devidos pelos avós. O presente estudo tem por escopo focar os alimentos gravídicos em respeito à vida, à dignidade humana e ainda, seus aspectos processuais. Antes de adentrar no tema, faz-se necessário um breve esboço dos alimentos em geral dentro do ordenamento jurídico. No prelúdio são tecidas considerações acerca das espécies e característica dos alimentos. Após, passa-se a discorrer propriamente sobre os alimentos gravídicos, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, além de polêmicas existentes acerca dos alimentos devidos ao nascituro e ao final, os aspectos processuais relevantes em relação à lei dos alimentos gravídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos; Alimentos Gravídicos; Nascituro.

ABSTRACT

After the enactment of Law under n.º 11.804/2008, there was the regulation of supplements pregnancy in its substantive and procedural aspects. The issue of supplements in our legal system has always been much debated, particularly in relation to the rights of the unborn child, so it was necessary to regulate such a law, which puts an end to some discussions and give rise to other, eg, the starting point of the supplements gravidic, the evidential burden, the uniqueness of such supplements. The scope of this study is to focus on supplements pregnancy respect for life, human dignity. Before entering on the subject, it is necessary to briefly foreshortening of supplements in general within the legal framework. the prelude considerations are made about species and characteristics of supplements. After, going to talk specifically about the supplements pregnancy, the dignity of the human person, the right to life, in addition to existing polemics about the supplements due to the unborn child, and in the end, the procedural aspects there was the regulation of supplements pregnancy.

KEYWORDS: Supplements; Pregnancy Supplements; Unborn Child.

INRODUÇÃO

Conforme dispõe a Constituição Federal todos têm direito de receber da família, do Estado e da sociedade, proteção à vida, à saúde, à dignidade e à convivência familiar. O

Direito, como ciência e arte, vem solucionar esses problemas que atormentam a nossa sociedade. A Lei Federal sob n.º 11.804/2008, que dispõe acerca dos Alimentos Gravídicos, trata de normas materiais e procedimentais para o exercício do direito a alimentos no caso de gravidez.

Em se tratando de alimentos gravídicos há que se falar em algumas polêmicas a respeito do assunto, desde o projeto de lei até sua fase final. Mesmo com o veto do Presidente da República, de alguns artigos, pairam dúvidas acerca dos reflexos materiais e processuais dos alimentos ao nascituro e sua posterior conversão em alimentos à criança nascida viva.

Tendo em vista que a aplicação da lei dos alimentos gravídicos, no que diz respeito a segurança jurídica de sua concessão é falha, pois afasta-se o Princípio da Presunção de Inocência e restringe a ampla defesa do suposto pai, necessário se faz uma análise dos dispositivos da lei para futuro melhoramento da eficácia da aplicabilidade da justiça.

A presente pesquisa busca elucidar alguns pontos controvertidos e questionamentos feitos acerca do assunto, sem a pretensão de esgotá-los, como, quando se dá o início da personalidade civil do nascituro? O termo inicial dos alimentos gravídicos começa a partir da data da citação do réu ou da concepção do nascituro? O ônus probatório se faz de que forma? Como fica a responsabilização da gestante que age com má-fé e o verdadeiro pai que se omitiu quanto seu dever de reconhecer o filho como seu?

O trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será tratado acerca dos alimentos de forma genérica, suas espécies e classificações. Por sua vez, no segundo capítulo trará o nascituro como sujeito de direitos. E por fim, no último capítulo, será dada ênfase nos alimentos gravídicos, enaltecendo o direito à vida e dignidade humana por meio destes.

A justificativa da pesquisa se dá pelos interessantes questionamentos feitos em relação aos alimentos gravídicos, que por se tratar de norma recente, ainda, não se esgotou todas as dúvidas em relação ao tema.

Para desenvolver a pesquisa, utilizou-se o método dedutivo e exploratório, realizado por meio de raciocínio lógico dedutivo após pesquisa bibliográfica de materiais publicados sobre o assunto, doutrinas de renomados autores, jurisprudência, revista e outros.

1 DOS ALIMENTOS

1.1 CONCEITO

Os alimentos na sistemática do ordenamento jurídico brasileiro não engloba apenas o que chamamos de alimentação, mas tudo aquilo que é necessário para a subsistência de qualquer ser humano por toda sua vida, como é definido no artigo 1.920 do Código Civil de 2002: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”. Yussef Said Cahali trata os alimentos como sendo “tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida”³.

Há que se falar, ainda, em obrigação alimentar, posto que, essas prestações periódicas deverão ser fornecidas pelo reclamado àquele que não consegue suprir suas necessidades e assegurar sua subsistência, conforme artigo 1.695 do Código Civil/2002⁴.

Assim, tem-se que a obrigação alimentar é fundamentada no binômio necessidade *versus* possibilidade, ou seja, a necessidade que o alimentante tem para assegurar sua subsistência e a possibilidade do mantenedor em fornecer aquilo que está em sua alçada.

1.2 ESPÉCIES

1.2.1 Quanto à natureza: naturais ou necessários e civis ou cômputos

Os alimentos se distinguem quanto à sua natureza em naturais ou necessários e civis ou cômputos. Os alimentos naturais ou necessários são classificados como sendo indispensáveis para qualquer pessoa sobreviver, englobando a alimentação, o vestuário, a habitação e a saúde. De salientar que, visa a manutenção do que é essencial à uma pessoa.

³ CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 15

⁴ Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Todavia, os alimentos civis ou cômputos têm uma maior abrangência no que se refere à sobrevivência do ser humano. Englobam o necessário para que o alimentando mantenha sua qualidade de vida e sua condição social.

Destarte, os alimentos deverão ser fixados de forma equânime com relação ao binômio necessidade *versus* possibilidade, para que assim não prejudiquem nenhuma das partes.

1.2.2 Quanto à causa jurídica: legítimos, convencionais e indenizatórios

Os legítimos decorrem de uma obrigação legal, derivam do direito de família, são aqueles, em que no nosso ordenamento atual, se devem pelo casamento, parentesco e união estável.

Somente este tipo de obrigação pecuniária admite prisão civil, conforme dispõe o inciso LXVII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 88⁵, artigo 19, *in fine*, da Lei n. 5.478/1968⁶, lei esta que dispõe sobre os alimentos e, ainda, artigo 733 do Código de Processo Civil⁷, prevendo, então, uma coerção para o inadimplemento da obrigação alimentar.

De outro lado, tem-se que os alimentos convencionais, também chamados de voluntários, são oriundos da vontade e voluntariedade das partes, por esse motivo não enseja prisão civil do devedor.

⁵ 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:

[...]

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

⁶ Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.

⁷ Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.
 § 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.
 § 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.
 § 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Já os alimentos indenizatórios decorrem de ato ilícito, devendo o causador do dano indenizar a vítima, resultante de uma sentença condenatória por responsabilidade civil. Neste sentido:

É o exemplo da vítima que se torna incapaz para o trabalho em razão de lesões corporais ou de tentativa de homicídio. É matéria atinente ao Direito da Responsabilidade Civil, também não permitindo a utilização da prisão civil como forma de coerção. Cuidando-se de *alimentos reparatórios* o juiz poderá exigir do condenado (o réu da ação indenizatória) a constituição forçada de capital como forma de garantia, podendo ser aceito bem imóvel, título da dívida pública, dinheiro, fiança bancária ou garantia real, além de ser possível inserir o credor na folha de pagamento do devedor, consoante disposição do § 2º do art. 475-Q da Lei Processual.⁸

Este tipo de prestação alimentícia é, exclusivamente, decorrente de uma injusta ação danosa contra pessoa, muito comum eles serem fixados em Ação de reparação de danos em casos de acidente de trânsito que resulte em danos corporais ou aleijões para certas pessoas.

1.2.3 Quanto à finalidade: provisionais, provisórios e definitivos

Os alimentos provisionais tem caráter de liminar, sendo indispensável a presença dos requisitos da medida cautelar dispostos no artigo 273 do Código de Processo Civil⁹ relativos ao *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Este tipo de alimento é concedido sem a prova pré-constituída do dever de alimentar, bem como, poderá ser autorizada a concessão das despesas processuais.

Já no que se refere aos alimentos provisórios, é exigida a prova pré-constituída da obrigação alimentar, possuindo característica antecipatória, com base no artigo 2º da Lei n. 5.478/1968¹⁰. São concedidos, na pendência das ações de alimentos ou em ações que

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed., Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 768.

⁹ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

¹⁰ Art. 2º. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.

cumulem este tipo de tutela, para a manutenção das necessidades do alimentando, garantindo, assim, meios de subsistência a quem deles necessitem.

Por sua vez, definitivos são aqueles arbitrados por meio de uma sentença transitada em julgado, estabelecido pelo magistrado ou fruto de acordo de vontades. Conforme Cahali sustenta:

Dizem-se regulares, ou definitivos, aqueles estabelecidos pelo juiz ou mediante acordo das próprias partes, com prestações periódicas, de caráter permanente, ainda que sujeitos a eventual revisão.¹¹

Diante do exposto acima, conclui-se que os alimentos mesmo caracterizados como definitivos poderão ser modificados a qualquer tempo, respeitando o binômio necessidade *versus* possibilidade, para que não sejam violados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, por intermédio de uma Ação revisional de Alimentos.

1.3 CARACTERÍSTICAS

A obrigação alimentar possui algumas características próprias, que a torna singular em relação a outras obrigações. Por esse motivo, veremos algumas de suas principais características, a fim de esclarecer a respeito de cada uma delas.

1.3.1 Personalíssima

Há uma uniformidade doutrinária quanto ao direito personalíssimo dos alimentos. Esse aspecto visa preservar a integridade física e psíquica do alimentando, uma vez que a sua titularidade é intransmissível.

Vejamos o que alguns doutrinadores dizem a respeito, “Visando preservar a vida do indivíduo, considera-se direito pessoal no sentido de que sua titularidade não passa a outrem, seja por negócio jurídico, seja por fato jurídico”¹². Ainda, Venosa, “sua titularidade não se transfere, nem se cede a outrem. Embora de natureza pública, o direito é personalíssimo, pois visa preservar a vida do necessitado”.

¹¹ CAHALI, Yussef Said, *op.cit.*, p. 26.

¹² GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 328.

1.3.2 Irrenunciabilidade

O vigente Código Civil, em seu artigo 1.707, dispõe a respeito do direito de irrenunciabilidade: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.”

“O direito pode deixar de ser exercido, mas não pode ser renunciado, mormente quanto aos alimentos derivados do parentesco”.¹³ Contudo, o que prevalece na jurisprudência atual é que os alimentos são irrenunciáveis quando fixados em favor de incapaz, porém, quando devido entre cônjuges e companheiros, admite-se a renúncia, sendo vedada a cobrança posterior de tais alimentos, uma vez que, não possuem mais a relação de parentesco.

1.3.3 Incompensabilidade

Por se tratar de subsistência, os alimentos não podem ser compensados, se assim o fossem, haveria um desvio de sua finalidade.

No entendimento de Farias e Rosenvald:

Aliás, mesmo que o devedor tenha, voluntariamente, prestado outros valores aos alimentários (constituindo mera liberalidade) – o que, não raro, ocorre, quando o pai, *e.g.*, paga viagens ou gastos supérfluos ao filho - não poderá compensar com o valor que deve pagar a título de alimentos. Enfim, “não se admite a compensação dos valores devidos à título de alimentos com outros pagos por mera liberalidade do devedor” (TJ/ DFT. Ac. Unân.5ªT., ApCív.2002.0110358943, rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, j.1.9.03, DJU 15.10.03).¹⁴

A regra, portanto, é justificável, a fim de preservar a integridade do credor. Conclui-se, então, que de acordo com o caráter assistencial da obrigação alimentar, qual seja a subsistência do alimentando, os alimentos não podem ser compensados com nenhuma outra natureza, porque desviaria de seu fim a que se destina.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 399.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed., Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 725.

1.3.4 Impenhorabilidade

O crédito alimentar é impenhorável, uma vez que, trata-se de obrigação para garantir a subsistência do ser humano, garantindo-lhe uma vida digna.

Contrária a esta regra, os Tribunais vêm admitindo que é possível a penhora para pagamento de uma obrigação de mesma natureza alimentar, por se tratarem de créditos de natureza idêntica.¹⁵

1.3.5 Imprescritibilidade

Não se deve confundir o direito à imprescritibilidade dos alimentos com a prescrição das parcelas alimentares. A propósito:

As prestações alimentícias prescrevem em dois anos pelo Código de 2002 (art. 206, § 2º). Esse prazo era de cinco anos no Código anterior (art. 178, § 10, I). O direito a alimentos, contudo, é imprescritível. A qualquer momento, na vida da pessoa, pode esta vir a necessitar de alimentos. A necessidade do momento rege o instituto e faz nascer o direito à ação (*actio nata*). Não se subordina, portanto, a um prazo de propositura. No entanto, uma vez fixado judicialmente o *quantum*, a partir de então inicia-se o lapso prescricional. A prescrição atinge paulatinamente cada prestação, à medida que cada uma delas vai atingindo o quinquênio, ou o biênio, a partir da vigência do Código de 2002.¹⁶

Como demonstrado acima, no vigente Código Civil em seu artigo 206, § 2º, traz a prescrição das prestações alimentícias em dois anos, a partir da data de seu vencimento. Porém, a pretensão à pensão alimentícia é imprescritível, por se tratar de verba alimentar em caráter de subsistência, podendo, a pessoa vir a necessitar dos alimentos a qualquer tempo, dependendo de sua necessidade atual.

1.3.6 Irrepetibilidade

¹⁵ Ibidem, p. 726.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 399.

Quanto à irrepetibilidade dos alimentos, devemos destacar que, descaberá a restituição dos alimentos pagos. A não ser que haja erro ou dolo, bem como os casos de enriquecimento sem causa.

Vejamos a respeito da relativização do princípio da irrepetibilidade:

Uma tradicional característica dos alimentos é a proibição de que os alimentos sejam repetidos, ou seja, restituídos, caso se constate posteriormente que eles não eram devidos. Os casos mais comuns em que se busca a restituição é nas ações exoneratórias ou revisionais de alimentos. Por esta razão, e pelo Princípio que veda o enriquecimento ilícito, a doutrina vem repensando esta característica, pois o credor dela se vale para protelar cada vez mais o processo judicial e, por conseguinte, prolongar o tempo em que o alimentando faz jus às prestações alimentícias, postergando uma sentença de mérito.

A ilicitude do enriquecimento, repudiada pelo Direito, advém do recebimento da prestação alimentícia, quando inexistente necessidade desta, isto é, quando o credor tem condições de arcar com o próprio sustento.¹⁷

Portanto, atualmente há uma relativização do princípio da irrepetibilidade que trataremos com ênfase em momento oportuno.

2 DO NASCITURO

Primeiramente, vale resaltar que a palavra “nascituro” vem do latim *nasciturus*, significando aquele que vai nascer.¹⁸

De salientar que o significado da palavra nascituro está presente nos diversos dicionários jurídicos brasileiro, sendo possível a abstração do seguinte raciocínio explanado por Washington dos Santos, senão vejamos:

Substantivo masculino. Ser humano já concebido mas ainda por nascer. Também chamado feto, por estar ainda dentro do ventre materno. Comentário: Por uma ficção do direito, é considerado provisoriamente com certa capacidade jurídica: direitos do “nascituro”, sendo os mesmos resguardados, desde a sua concepção até o seu nascimento, pela lei civil e penal, quando fala do aborto, que é, no Brasil, considerado assassinio (CC, art. 4.º e CP, art. 124).¹⁹

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria Geral dos Alimentos. In: _____; CAHALI, Francisco José (Coords.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

¹⁸ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Dicionário compacto do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182.

¹⁹ SANTOS. Washington do. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 166.

Desta forma, pode-se extrair que a lei põe a salvo os direitos do nascituro. Porém, há que se destacar que a vida é o bem maior do ser humano e está acima de qualquer lei.

Inicialmente para melhor compreensão do tema, relevante se faz conceituar vida. Vejamos o que José Afonso da Silva diz a respeito da vida:

Vida é mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando então de ser vida para ser morte. Tudo que interfere nesse fluir espontâneo e incessante, contraria a vida.

[...]

No dizer de Jacques Robert: “O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, *a fortiori* da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano.”

[...] Demais, numa época em que há muito recurso para evitar a gravidez, parece injustificável a interrupção da vida intra-uterina que não se evitou.²⁰

Desde os primórdios, os juristas têm dificuldades em entrar em um consenso acerca do início da vida humana e da personalidade civil do homem, como sujeito de direitos.

Há muitas teorias em relação ao início da personalidade jurídica do nascituro, porém, podem-se considerar duas correntes prioritárias a respeito da temática, quais sejam, teoria concepcionista e a teoria natalista, que veremos em tópicos apartados.

O legislador ao redigir o artigo 2º do código civil, deixou margem a uma contrariedade, gerando dúvida a qual teoria foi adotada. Desta forma, nosso diploma civil aparenta acolher diferentes teorias dependendo do momento em que for aplicado.

2.1 ESCOLAS DOUTRINÁRIAS QUANTO AO INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL DO HOMEM

2.1.1 Teoria Conceptionista

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 194-199.

Como o próprio nome já diz, a vida começa desde a concepção²¹. A teoria concepcionista é defendida por alguns doutrinadores como, Clóvis Bevilacqua, Teixeira de Freitas, Silmara J. A. Chinelato e Almeida, Maria Helena Diniz, entre outros.

A escola concepcionista tem como fundamentos primordiais as seguintes afirmações: o ser humano é protegido pelo direito desde o seu nascimento; o nascituro tem proteção do Direito Penal quando o aborto está previsto no tipo penal e elencado no capítulo dos crimes contra a vida; o Direito Processual prevê a posse em nome do nascituro; o nascituro pode ser curatelado; os filhos que estão por nascer podem ser objetos do reconhecimento da paternidade, podendo, também, receber bens por doações e por testamentos; e ainda, a pessoa por nascer considera-se já ter nascido, quando se trata de seus interesses²².

No seu viés, consigna Adahyl Lourenço Dias que o feto é uma fonte de vida humana, que se a lei o protege, tratando-lhe como sujeito de direitos, neste sentido, o mesmo deve ter personalidade jurídica, no mesmo comentário, o autor citado assim se manifesta *in verbis*:

Não gozando de capacidade de agir, não podendo exercer por si mesmo os atos da vida jurídica, deverá o nascituro sempre ser representado. Aliás, o mesmo se dá com os menores impúberes e as demais pessoas absolutamente incapazes, bem como as pessoas jurídicas que, embora dotadas de personalidade, não têm, jamais, capacidade de fato. Todos exercem igualmente os atos jurídicos por meio do representante, isso porque, na feliz conclusão de Aloysio Teixeira, ‘se os nascituros são representados sempre que lhes competir a aquisição de bens, dando-se-lhes curador ao ventre, deve-se concluir que já existem e que são pessoas, pois, o nada não se representa’.²³

Embora o Código Civil Brasileiro não tenha adotado a teoria concepcionista, o seu artigo 2º corrobora que a personalidade civil começa do nascimento com vida, porém, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, desta forma, mesmo como expresso

²¹ Darnival da Silva Brandão, médico especialista em ginecologia e obstetrícia, afirma que “o novo ser é distinto de sua mãe e não uma parte do corpo dela. Tem sistemas e aparelhos distintos dos do organismo materno, com quem mantém uma associação harmônica. É possuidor de um dinamismo autônomo: sua mãe é necessária para lhe proporcionar os nutrientes, mas é o embrião quem, de acordo com seu código genético, especifica as suas próprias proteínas, diferentes das proteínas maternas; e a gestante, por sua vez, não determina o controle interno do embrião em sua diferenciação”. (BRANDÃO, Darnival da Silva, “O Embrião e os Direitos Humanos, O Aborto Terapêutico”, in: PENTEADO, Jacques de Camargo (org.); DIP, Ricardo Henry Marques (org.). *A Vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica*. Porto Alegre (RS), Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 24.)

²² SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 34.

²³ DIAS, Adahyl Lourenço. *Venda a descendente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 281.

em lei, de que o nascituro não tem personalidade jurídica plena, a lei lhe dá o direito à vida e, por conseguinte, o direito aos alimentos, com base na dignidade da pessoa humana, sendo assim irrecusável, que desse momento ele é sujeito de direito e, portanto, pessoa.

2.1.2 Teoria Natalista

Os seguidores da teoria natalista defendem que a personalidade civil começa, apenas com o nascimento com vida, conforme dispõe a primeira parte do artigo 2º do Código Civil/2002. Deve haver dois requisitos, o nascimento e a vida, como são explicitados por Alexandre Marlon da Silva, veja:

O “nascimento” é a separação do filho das vísceras da mãe, podendo ser natural ou artificial. Cabe à perícia verificar que não se trate de um aborto, isto é, a separação antes do ciclo mínimo indispensável ao término da gestação.

Além do nascimento, deve haver o elemento “vida” podendo ser, num primeiro momento, caracterizado pela respiração pulmonar, pois é este o primeiro indício de que a criança já não se alimenta através do organismo materno. Desta forma, um só instante de vida e a personalidade será atribuída ao ser humano. O nascimento efetivo, assim como a vida do infante, constituem questões de fato, que se resolvem por perícia médico-legal.²⁴

Silvio de Salvo Venosa com o seu oportuno posicionamento doutrinário afirma que o nascituro não adquire a personalidade jurídica tal como a concebe o ordenamento, trata-se, apenas, de uma situação que se aproxima da personalidade, mas que com ela não se equipara, mesmo pelo fato do nascituro ter proteção legal, podendo inclusive pedir alimentos²⁵.

Mesmo que alguns juristas defendam que o nascituro não é parte integrante do corpo da gestante, como foi dito no tópico acima, há que reconhecer que o nascituro continua integrado no colo materno em uma unidade indissolúvel, como mostra Cahali, *in verbis*:

Do escorço se dá conta que, pendente a condição nascimento com vida, o ser humano, ainda que concebido, não é titular da pretensão alimentícia, eis que permanece *mulieris portio vel viscerum*, sem individualidade própria de vida.

Assim, somente se lhe reconhece direito a alimentos, no sentido das coisas necessárias à sua manutenção e sobrevivência, de *modo indireto*, compondo os valores respectivos a pensão deferida à esposa ou à companheira; sendo

²⁴ ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. *O Direito do Nascituro*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 29.

²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. I, p. 138.

inviável, desse modo, ação direta do nascituro havido fora do casamento contra o indigitado pai, antes do seu nascimento com vida. E não poderia ser de maneira diferente, pois o nascituro continua integrado no colo materno numa unidade indissolúvel (pelo menos no estágio atual da ciência).²⁶

Destarte, segundo a escola natalista, o nascituro não adquire a personalidade jurídica desde a sua concepção, pois não preenche os requisitos necessários para a existência do ser humano, quais sejam o nascimento e a vida. Porém, presume-se que ele será sujeito de direitos quando for pessoa física, embora, seja protegido patrimonialmente, desde a concepção.

2.2 DIREITO À VIDA E AOS ALIMENTOS DO NASCITURO

É mister, após analisarmos o direito da personalidade jurídica do nascituro, adentrarmos no tema a respeito do direito à vida do nascituro, direito este, previsto no artigo 5º da Carta Magna de 1988.

José Afonso da Silva dispõe em relação a este direito fundamental à vida, “[...] ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos”²⁷.

Além de previsto na nossa Constituição, o direito à vida é assegurado no artigo 4º, Seção I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, e que contempla o direito à vida desde a concepção, vejamos, “Direito à vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente [...]”.

Desta forma, pode-se concluir que o nascituro tem o direito à vida resguardado tanto pela nossa Carta Magna, quanto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo vedado a qualquer pessoa dispor desse direito.

²⁶ CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 351.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 195.

Ainda, cabe ao nascituro a dependência dos alimentos para satisfazer suas necessidades indispensáveis à manutenção da vida. Uma vez que o nascituro tem reconhecido o direito à vida, deverá, também, ser reconhecido o seu direito a alimentos a fim de proteger seu “direito de nascer”²⁸.

Acrescenta Pontes de Miranda que a necessidade dos alimentos durante a vida do feto não interessa a gestante, mas ao concebido, despesas que se fazem necessárias ao bom desenvolvimento da gravidez, até seu termo final²⁹.

Enfim, não há o que se discutir, em relação a necessidade do nascituro em receber alimentos, para que a gestação transcorra da melhor forma possível, promovendo o bom desenvolvimento do nascituro e lhe assegurar o “direito de nascer”.

3 DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

3.1 CONCEITO

Os alimentos gravídicos são em prol do nascituro, por intermédio da representatividade da gestante. Tem por finalidade garantir aquilo que é essencial na gestação para que tenha um desenvolvimento saudável e possa nascer com dignidade.

Os alimentos como previsto no artigo 2º, da Lei n.º 11.804/2008, compreendem em valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam delas decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas, indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considerar pertinente.

As despesas necessárias de que tratam os alimentos gravídicos deverá ser prestadas por aquele que os indícios apontem como genitor do nascituro. Vejamos o que dispõe Cahali acerca do assunto:

²⁸ ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. *O Direito do Nascituro*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 76.

²⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito de Família: Direito Parental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 215, v. IX.

Em outros termos, a Lei 11.804/2008 procura proporcionar à mulher grávida um autêntico *auxílio-maternidade*, sob a denominação *lato sensu* de alimentos, representado por uma contribuição proporcional a ser imposta ao suposto pai, sob forma de participação nas despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

[...]

Deferido este auxílio alimentar como finalidade específica, coincidente e naturalmente, essas “despesas adicionais”, para as quais o indigitado futuro pai deverá custear em proporção com a mulher grávida, seriam os “alimentos” a que faria jus o nascituro na concepção daqueles que, no direito anterior, sustentavam serem devidos alimentos ao nascituro: “são despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido”, conforme referiu Pontes de Miranda.[...] ³⁰

Em apertada síntese, os alimentos gravídicos têm por finalidade garantir a dignidade humana ao nascituro, com o comprometimento dos genitores, assegurando-lhe saúde e segurança, porém não podem ser restringidos apenas a uma questão econômica, necessitando também de amor e afeto, conforme Cachapuz *in verbis*:

Lamenta-se que o Estado não possa impor o afeto, o amor, o cuidado, porque o sustento é apenas uma das parcelas da paternidade que não a contempla em sua plenitude. Escapa do arbítrio do Estado impor a alguém amar ou manter relacionamento afetivo, no entanto lhe é possível determinar o amparo à saúde física.

É indiscutível que a paternidade vai muito além da provisão alimentar, esta é necessária para a formação do ser para que venha ter um nascimento saudável e assim tenha chance de constituir uma relação afetiva com seus pais. Ficando claro, que afetividade familiar é diferente do liame obrigacional, que muitas vezes une indivíduos apenas por interesses outros. ³¹

Portanto, alimentos gravídicos são aqueles a que o nascituro tem direito de receber no período de sua concepção, para garantir o seu bom desenvolvimento físico e para que viva essa vida com dignidade.

3.2 TERMO INICIAL

³⁰ CAHALI, Yussef Said, op.cit., p. 353.

³¹ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Os alimentos gravídicos no teatro da vida. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. São Paulo, v. 17, ago./set. 2010, p. 79.

Quanto a dúvida que paira entre os doutrinadores a respeito do termo inicial dos alimentos gravídicos, temos duas posições, a primeira de que os alimentos gravídicos começa a valer a partir da concepção e, contrária a essa posição, de que os alimentos obrigam o genitor a partir do momento da citação, na ação de alimentos gravídicos.

Maria Berenice Dias defende com propriedade o termo inicial a partir da concepção, vejamos:

[...] a Constituição garante o direito à vida (CF 5º). Também impõe a família, com absoluta prioridade, o dever de assegurar aos filhos o direito à vida, à saúde, à alimentação (CF 227). Além disso, o Código Civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC 2º).

[...]

[...] com o nome de gravídicos, os alimentos são garantidos desde a concepção. A explicitação do termo inicial da obrigação acolher a doutrina que há muito reclamava a necessidade de se impor a responsabilidade alimentar com efeito retroativo a partir do momento em que são assegurados os direitos do nascituro.³²

Entretanto, ao contrário do que dispõe Maria Berenice Dias, Denis Donoso defende que os alimentos gravídicos são devidos desde a citação, pois só esse ato que constitui o devedor em mora, bem como a lei dos alimentos prevê que esses retroagem a partir da data da citação, sendo esta aplicada subsidiariamente à Lei dos Alimentos Gravídicos.³³

De salientar que o Projeto de Lei n.º 7.376/2006 que disciplinava o direito a alimentos gravídicos, previa em seu artigo 9º o seguinte: os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu. Porém, esse artigo foi vetado pelo Presidente da República em Mensagem de Veto n.º 853, de 5 de novembro de 2008, *in verbis*:

O art. 9º prevê que os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu. Ocorre que a prática judiciária revela que o ato citatório nem sempre pode ser realizado com a velocidade que se espera e nem mesmo com a urgência que o pedido de alimentos requer. Determina que os alimentos gravídicos sejam devidos a partir da citação do réu é condená-lo, desde já, à não-existência, uma vez que a demora pode ser causa pelo próprio réu, por meio de manobras que visam impedir o ato citatório. Dessa forma, o auxílio financeiro devido à gestante teria início no final da gravidez, ou até mesmo

³² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 481.

³³ DONOSO, Denis. *Alimentos gravídicos. Aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008*. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/37977/2>>. Acesso em: 25/08/2012.

após o nascimento da criança, o que tornaria o dispositivo carente de efetividade.³⁴

Dessa forma, pode-se concluir que a melhor posição é na direção de que os alimentos gravídicos serão devidos desde a concepção por quem figura como possível genitor.

3.3 DO ÔNUS PROBATÓRIO

O ônus probatório como qualquer outro tipo de ação segue o que dispõe o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil: o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, nesse caso, o ônus probatório é da gestante, devendo a mesma demonstrar os indícios da paternidade.

A presunção da paternidade está prevista nos casos elencados no artigo 1.597 do Código Civil/2002, “nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal” ou, ainda, “nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento”, presumida a paternidade o magistrado concederá a tutela antecipada *inaudita altera pars*, como dispõe o artigo 6º da Lei dos Alimentos Gravídicos.

Importante sopesar que o ônus probatório é da gestante, cabendo a ela apresentar indícios da paternidade, realizando descrições do tipo de relação que mantivera com o suposto pai do nascituro e as provas, tais como cartões, e-mails, mensagens de celular, entre outras provas, quando não há uma paternidade presumida por lei, como no caso acima.³⁵ Assim, vem se mostrando as recentíssimas decisões dos Tribunais:

ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.804/08. DIREITO DO NASCITURO. PROVA. POSSIBILIDADE. 1. Somente quando existem e pelo menos indícios da paternidade apontada é que se mostra cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à manutenção da gestante, até que seja possível a realização do exame de DNA. 2. Embora existam indicativos de que houve intimidade sexual entre a recorrente e o recorrido, os indicativos são de que esse relacionamento era aberto, o que evidencia uma conduta bastante liberal e da recorrente, havendo dúvida também sobre a coincidência entre a data da concepção e o início do relacionamento com o recorrido, motivo pelo qual não é possível apontar o recorrido como sendo o pai e deferir a liminarmente a fixação dos alimentos

³⁴ FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos gravídicos*. Florianópolis: Voxlegem, 2009, p. 41.

³⁵ *Ibidem*, p. 111-112.

pretendidos. 3. Como se trata de uma decisão provisória, poderá ser revista a qualquer tempo, podendo ocorrer a fixação dos alimentos provisórios caso novos elementos de convicção venham aos autos. Recurso desprovido.³⁶

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DE CONVICÇÃO SEGUROS A ATESTAR A ALEGADA PATERNIDADE. No caso, não se fazem presentes os requisitos autorizadores à fixação de alimentos gravídicos, o que reclama, nos termos do art. 6º da Lei nº 11.804/08, elementos de convicção seguros o bastante a atestar a alegada paternidade, e que aqui inexistem, já que nada foi colacionado ao instrumento a sinalizar a possível existência de uma relação amorosa havida entre a agravante e o suposto pai em período próximo à época da concepção, nada havendo, assim, a assinalar o indigitado liame parental. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, POR MAIORIA.³⁷

De salientar que não bastam apenas indícios da paternidade, mas sim, que esses sejam fundamentados para o convencimento do magistrado, no sentido de constituir o dever ao suposto pai, para que passe a pagar os alimentos.

3.4 DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Como disposto acima, os alimentos são irrepetíveis, assim, pelo artigo 11 da Lei 11.804/2008, pode-se dizer que os alimentos gravídicos também os são, dispõe Maria Berenice Dias que “como os alimentos servem para garantir a vida e se destinam à aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência é inimaginável pretender que sejam devolvidos”³⁸.

Em se falando de alimentos gravídicos, deve-se ter uma atenção especial quanto a sua fixação, pois trata-se apenas do indício da paternidade para fixar a obrigação dos

³⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento Nº 70050554369, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 20/08/2012. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70050554369&num_processo=70050554369&codEmenta=4856066&temIntTeor=true >. Acesso em 27/08/2012.

³⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento Nº 70049264633, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 12/07/2012. Disponível em: < http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70049264633&num_processo=70049264633&codEmenta=4804135&temIntTeor=true >. Acesso em 27/08/2012.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. *Irrepitibilidade e retroatividade do encargo alimentar*. Disponível em < <http://mariaberenice.com.br/pt/alimentos.dept> >. Acesso em 27/08/2012.

alimentos ao polo passivo da demanda, já que a prova da paternidade como o exame de DNA só poderá ser realizada após o nascimento da criança.

O Projeto de Lei nº. 7.376/2006, em seu artigo 10º previa que em caso negativo do exame pericial de paternidade, a gestante, responderia, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu, porém, o Presidente da República vetou tal artigo com o seguinte argumento:

Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano a terceiros, impondo o autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação.³⁹

O veto do presidente exclui a responsabilidade objetiva, aquela que independe de culpa, dessa forma, a responsabilidade subjetiva torna-se viável.

A gestante que ingressa com a ação sabendo que o réu não é o verdadeiro pai da criança é passível de ser responsabilizada pelo seu abuso de direito como fonte de responsabilidade civil, vejamos:

O *leading case* que consagrou o instituto é o caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amenis. Neste celebra caso destacado nas doutrinas pertinentes ao tema, o proprietário confinante de um campo de pouso de dirigíveis ergueu uma injustificada construção de torres com lanças de ferro em suas extremidades que passariam a representar perigo para as aeronaves que ali aterrissavam ao lado. Embora tenha construído em sua área de propriedade e sob autorização estatal, o Tribunal tenha à época reconhecido a licitude da construção em relação as autorizações dadas pelos órgãos competentes, declarou como sendo abusiva a conduta pelo exercício anormal e despropositado do direito de propriedade.

Nota-se que não houve declaração de ilicitude num primeiro momento, mas do uso abusivo de um direito que, se igual forma, por este irregular exercício gerou os mesmos efeitos decorrentes dos atos ilícitos.⁴⁰

Douglas Phillips Freitas coloca que o abuso de direito gerou os mesmos efeitos dos atos ilícitos, da mesma forma, quando ocorre a má-fé da gestante em declarar o réu como

³⁹ FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos gravídicos*. Florianópolis: Voxlegem, 2009, p. 41.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 136-137.

suposto pai do nascituro, sabendo não ser o verdadeiro genitor. O ressarcimento daquele que foi prejudicado será feito por meio da aplicação do artigo 187 do Código Civil/2002.

Acerca da omissão do verdadeiro pai, esse também poderá ser responsabilizado por ter ele ciência de que deveria pagar os alimentos e não outro em seu lugar, contudo, para que seja ele responsabilizado é necessário que se faça prova de sua má-fé e de conhecimento, portanto, da imposição a terceiro inocente.

Portanto, a doutrina dispõe que os alimentos gravídicos são irrepetíveis, ainda que o alimentante vença a demanda⁴¹, não é, porém, absoluto, se restar comprovado a má-fé da gestante e a omissão do verdadeiro pai é possível que haja o ressarcimento dos valores já pagos, com o fundamento do enriquecimento ilícito.

4 DAS QUESTÕES DE ORDEM PROCESSUAL, NA LEI DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Conforme retro mencionado, os alimentos gravídicos concede à gestante o direito de um auxílio financeiro do suposto pai para o rateio das despesas decorrentes da gravidez, de acordo com a possibilidade de ambos genitores e que após o nascimento da criança, os alimentos gravídicos serão convertidos em pensão alimentícia para a mesma. Vejamos alguns aspectos processuais da Lei n.º 11.804 de 5 de novembro de 2008.

4.1 DO FORO E DO TEMPO DA AÇÃO

O foro competente para a propositura da ação de alimentos é o domicílio da gestante, por ser ela representante do nascituro e pela regra do foro privilegiado do alimentando com fulcro no artigo 100, inciso II do Código de Processo Civil.

O ingresso da ação de alimentos gravídicos deve ocorrer após a concepção e antes do parto, para que não haja a carência da ação. Com a propositura até o momento anterior ao parto a gestante poderá pleitear todas as despesas previstas no artigo 2º da referida lei e ainda,

⁴¹ NERY, Nelson; JUNIOR, Nery; ANDRADE, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1.079.

com o nascimento da criança haverá uma conversão da tutela em pensão alimentícia para o menor.

4.2 DA LEGITIMIDADE

A legitimidade ativa para o ingresso da ação é a própria gestante, como especificado no artigo 1º da lei de alimentos gravídicos, podendo, ser ela menor ou incapaz, que no caso deverá ser representada ou assistida pelo seu representante legal.

O polo passivo da ação de alimentos gravídicos, como colocado pela própria lei em seu artigo 2º, é o indigitado pai, ou seja, aquele que por conta dos indícios da paternidade ou pela sua presunção lhe é auferida a paternidade.

No entanto, nada obsta que o suposto pai, ao tomar conhecimento da gravidez da genitora de seu futuro filho, se proponha a pagar amigavelmente alimentos. Caso ocorra recusa injustificável na aceitação, poderá o possível genitor propor a ação de Alimentos gravídicos com fundamento no art. 24 da Lei de Alimentos.

A lei permite a concessão da tutela com o simples indício, apenas com a alegação de verossimilhança e o conjunto probatório trazido aos autos, como a oitiva da gestante ou de testemunhas se houver a realização de audiência de justificação e o mais importante, o convencimento do magistrado.

Deve-se considerar a presunção da paternidade prevista no artigo 1597 do Código Civil de 2002, como já visto anteriormente, como mostra Douglas Phillips Freitas:

Destarte toda esta construção, o Código Civil é por excelência, norma supletiva a todas as relações privadas, independentemente de sua menção ou não pelas legislações esparsas e a Lei dos Alimentos Gravídicos, por sua vez, deve ter sua eficácia ampliada por regra básica de hermenêutica e do próprio dito do artigo 5º da LICC: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.⁴²

Portanto, verifica-se que a gestante, bem como o nascituro são titulares da ação de alimentos gravídicos.

⁴² FREITAS, Douglas Phillips, op. cit., p. 97-98.

4.3 DO PEDIDO

A finalidade da ação de alimentos tem caráter dúplice, ou seja, deverá ser feito o pagamento dos valores devidos a gestante com relação as despesas decorrentes da gestação e, ainda, a conversão dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia com o nascimento da criança com vida.

Nos Alimentos Gravídicos há uma “necessidade” que será proporcionalmente diluída nas “disponibilidades” do suposto pai e da gestante, já que ao contrário da Pensão de Alimentos que há um “ideal” de necessidade, já que todos deveriam ter lazer, educação, cultura, entre outros benefícios mas pela condição contributiva dos pais, geralmente não o possuem, nos Alimentos Gravídicos as despesas surgirão e deverão ser pagas, independentemente da condição financeira do suposto pai e da gestante, no máximo diluir tais despesas entre entes na proporção de seus recursos. [...] ⁴³

É necessário fixar valores determinados no petitório da ação de alimentos, para os alimentos gravídicos as despesas da gestante e para a pensão alimentícia ao nascido com vida, deverá ser fixado o valor sobre o percentual da renda do alimentante.

Deve ficar claro, que na ação de alimentos gravídicos não se pede a declaração da paternidade já que não é o objeto dessa ação, e tampouco, haverá provas suficientes para isso, por necessitar apenas de indícios de paternidade, não podendo ser auferida efetivamente a declaração da paternidade.

4.4 DA PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A participação do Ministério Público na ação de alimentos gravídicos se faz necessária, com fulcro no artigo 877 do Código de Processo Civil: “A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz

⁴³ Ibidem, p. 103.

que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação” e, ainda, por se tratar de interesse de menor e, conseqüentemente, de incapaz, na resolução da lide, deverá haver a intervenção do Ministério Público, com escopo no artigo 82, inciso I, do Código de Processo Civil.

4.5 DO VALOR DA CAUSA

Dispõe o artigo 259 do Código de Processo Civil a respeito do valor da causa. Em se tratando de cumulação de pedidos como foi visto acima, ora para fixar os alimentos gravídicos e ora para fixação do *quantum* a ser pago em caráter de pensão alimentícia ao nascido, deverá ser calculado o valor da causa com esteio no artigo 259, incisos II e VI, do Código de Processo Civil, pela cumulação de pedidos e a soma do montante correspondente a doze prestações mensais.

CONCLUSÃO

Para proteger a dignidade da pessoa humana, em especial o direito à vida do nascituro, a Lei dos Alimentos Gravídicos, sob n.º 11.804 de 05 de novembro de 2008, veio amparar de maneira completa os direitos do nascituro, atribuindo-lhe o direito de receber alimentos para garantir-lhe um bom desenvolvimento gestacional e, ainda, assegurando a permanência desse direito após o nascimento com vida, proporcionando assim o acesso à justiça a gestante.

É de longa data a obrigação de prestar alimentos a aqueles que não podem se subsistir sem ajuda do outro, desse modo, a Lei dos Alimentos Gravídicos põe um marco inicial, como vimos, determinando a concessão dos alimentos a partir da concepção do nascituro.

Ainda, que a lei tem seu lado negativo, como por exemplo, em relação aos indícios da paternidade serem demonstrados pela gestante, restringindo ao réu o princípio da presunção de inocência e a ampla defesa, por outro lado, essa legislação veio no sentido de proteger acima de tudo o direito à vida do nascituro.

Em razão da destinação dos alimentos gravídicos para que possam ser pleiteados na Justiça, eles possuem tempo determinado para propositura da ação, pois devem ser pleiteados após a concepção e antes do parto, não podendo ser proposto pedido judicial após o parto, sob pena de caracterizar a carência da ação.

A mãe gestante pode pleitear todas as despesas já realizadas desde a concepção e posteriormente, o nascituro, poderá pleitear a conversão do direito concedido, em pensão de alimentos.

Desse modo, conclui-se que a referida lei advém do princípio da dignidade da pessoa humana e acima de tudo o direito à vida, resguardando ao nascituro o mínimo necessário para que venha a nascer com saúde, porém, a obrigação não pode ser restringida a apenas uma questão econômica, necessitando também de amor e afeto, garantindo-lhe o seu principal direito de personalidade, a vida.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. *O Direito do Nascituro*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

ALMEIDA, J.A. Quinelato Almeida. *Tutela civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRANDÃO, Dornival da Silva, “O Embrião e os Direitos Humanos, O Aborto Terapêutico”, in: PENTEADO, Jacques de Camargo (org.); DIP, Ricardo Henry Marques (org.). *A Vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica*. Porto Alegre (RS), Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento Nº 70050554369, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 20/08/2012. Disponível em: <
http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70050554369&num_processo=70050554369&codEmenta=4856066&temIntTeor=true>.
 Acesso em 27/08/2012.

_____, Agravo de Instrumento Nº 70049264633, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 12/07/2012. Disponível em: < http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70049264633&num_processo=70049264633&codEmenta=4804135&temIntTeor=true >. Acesso em 27/08/2012.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Os alimentos gravídicos no teatro da vida. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. São Paulo, v. 17, ago./set. 2010.

CAHALI, Francisco José. *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva e IBDFAM, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. *Direito de Família e Direitos Humanos: pluralidade familiar e dignidade humana como centro das relações familiares*. Leme: Edjur, 2012.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A Tutela Jurídica do Nascituro*. São Paulo: LTR, 2000.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Dicionário compacto do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Adahyl Lourenço. *Venda a descendente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos a Vida*. In: *Revista Jurídica Consulex*. Ano XII, n. 286, Dezembro, 2008.

_____. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Irrepetibilidade e retroatividade do encargo alimentar*. Disponível em < <http://mariaberenice.com.br/pt/alimentos.dept> >. Acesso em 27/08/2012.

DONOSO, Denis. *Alimentos gravídicos. Aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008*. Disponível em:< <http://jusvi.com/artigos/37977/2>>. Acesso em: 25/08/2012.

FACHIN, Rosana Amaral Girardi. *Dever de Alimentar para um Novo Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3 ed., Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos Gravídicos: Comentários à Lei n. 11.804, de 05/11/2008*. Florianópolis: Voxlegem, 2009.

_____. *Alimentos Gravídicos*. Revista Consulex. Anexo XIII, n. 298. Brasília, Consulex, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito de Direito Civil – Direito de Família na Perspectiva Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. VI. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito de Família: Direito Parental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NERY, Nelson; JUNIOR, Nery; ANDRADE, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria Geral dos Alimentos. In: _____; CAHALI, Francisco José (Coord.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Tania da Silva; FRANCO, Natália Soares. *O Cuidado e o Direito aos Alimentos do Nascituro e da Gestante: Considerações sobre a Lei n. 11.804/2008*. In: I Cuidado e Vulnerabilidade. São Paulo: Atlas, 2009.

PES, João Helio (Coord.). *Direitos Humanos: Crianças e Adolescentes*. Curitiba: Juruá, 2010.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O Conceito de Família e suas implicações jurídicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANTOS, Washington do. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Direito Civil: Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.