

INTRODUÇÃO

Tentamos focalizar nesta dissertação, dentro do recorte necessário à abordagem do tema, a centralidade da família brasileira atual, nos seus valores mais caros, como a ética, o respeito, a responsabilidade e solidariedade entre seus membros.

Cada entidade familiar, a partir da Constituição Federal do Brasil de 1988, com seus contornos próprios, deve ser vista como uma entidade formada e mantida pelo *afeto*, com preservação da dignidade da pessoa humana de todos e de cada um de seus integrantes. Esta é a razão da seqüência por nós adotada nesta dissertação, partir “da Pessoa”, “Dignidade da Pessoa Humana” e “Direitos da Personalidade”.

A grande inovação trazida pelo Código Civil de 2002, iluminado pela Constituição Federal de 1988, diferenciando-o do Código anterior, ao lado de suas diretrizes fundamentais (sistematicidade, operabilidade ou concretude e socialidade), consiste primordialmente na *nova ordem filosófica e metodológica*. Permite com isso a ordenação progressiva dos diversos temas, segundo certos valores e técnicas, como abordaremos nas diretrizes teóricas do Código Civil atual.¹

O trabalho, dentro dessa perspectiva, divide-se em duas grandes partes.

No primeiro capítulo, da primeira parte, ao partir da *Pessoa*, local onde as relações jurídicas privadas tornando-se constituídas pelo *homem* e retornando ao *sujeito* em sua dimensão axiológica de base, irá desconsiderar o academicismo da

¹ MARTINS-COSTA Judith, e BRANCO, Gerson Luiz Carlos, **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. XIV.

impessoalidade, “passando a considerar o *sujeito* intersubjetivamente no seu meio e interação social, visto que o homem retoma o centro protetivo do direito em detrimento da “pertença”, especialmente no âmbito da família.² No caminho percorrido, aborda no mesmo capítulo primeiro, os Direitos de Personalidade e a Dignidade da Pessoa humana, temas fundamentais à Família, especialmente a brasileira, objeto de nosso enfoque.

Prosseguindo, no capítulo segundo do presente trabalho – Entidades Familiares e Direitos Fundamentais – procuramos demonstrar que o Estado nacional, no qual se inserem esses direitos fundamentais e a dignidade, como princípio e fundamento da República Federativa do Brasil (art. 3º., inciso I, da Constituição Federal de 1988), aparece necessariamente vinculado a um *mínimo existencial*, que caracteriza o Estado Social de Direito.

Ao examinar, no capítulo terceiro – Cláusulas Gerais e as Entidades Familiares – constatamos que são essas cláusulas que permitem a intersecção da Constituição Federal com o Direito Privado, possibilitando a atuação do “juiz criador” na concretização das normas constitucionais.

Nesse capítulo terceiro, será igualmente abordada a questão do dispositivo constitucional consubstanciado no art. 226, e parágrafos 3º. e 4º. da Constituição Federal de 1988, que trata do reconhecimento da *união estável* como entidade familiar - quanto à traduzir ou não um *conceito aberto*, por duas razões: primeiro, porque a redação constitucional na seqüência adotada, indica ser a união estável uma das espécies do gênero, entidade familiar, devendo prevalecer somente quanto a esta a expressão “entre o homem e a mulher”, e segundo porque também é

² ARONNE, Ricardo, **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 44.

considerada “família”, a monoparental, contida no art. 226, parágrafo 4º., assim como a universalidade dos filhos, que não contam com a presença dos pais, além de outras formas, como irmãos que adotam filhos, vez que igualmente funcionalizada em razão da dignidade de cada partícipe.³

Na segunda parte, no capítulo primeiro, se apresenta a evolução das Entidades Familiares, imprescindível para o entendimento do contexto pós-moderno, que adquiriu novos contornos e definições, após lenta evolução doutrinária e jurisprudencial. A separação em capítulo apartado dessa evolução, demonstra a profunda historicidade da experiência jurídica e das formas pelas quais se realiza o Direito, tornando-se necessária a apreensão desse passado, além do presente, para alcance do futuro no sistema agora aberto, apto a acolher estas transformações.

Nesse âmbito, o levantamento histórico-legislativo da matéria na Constituição Federal de 1988, no Código Civil Brasileiro de 2002, além de legislação infra-constitucional, nela compreendida os micro-sistemas, comprovará as *bases da família atual*, agora em íntima vinculação com os princípios e valores norteadores do Direito Fundamental e da Dignidade da Pessoa Humana.

O capítulo segundo é dedicado às Entidades Familiares da Pós-Modernidade ou Contemporaneidade e ali demonstramos a constituição desses entes através do afeto. Na abordagem desse núcleo principal, constatamos que o Direito de Família é um sistema de “valores”, aqui empregado como “elos” ou “correntes” que *ligam* os diversos sistemas normativos:- a Constituição Federal de 1988, o Código Civil Brasileiro de 2002, a Lei do Divórcio, o Estatuto da Criança e do Adolescente, leis ordinárias que regulamentaram a União Estável e finalmente a lei de

³ DIAS, Maria Berenice, **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.22.

Reconhecimento de Paternidade, entre outros inovadores na época, como o Estatuto da Mulher Casada, que igualmente poderia ser inserido nessa cadeia de valores.

Adotando as palavras de Sérgio Gisckow PEREIRA, buscamos evidenciar que:

na medida em que as relações entre os cônjuges se fundamentarem, no diálogo racional, no convencimento argumentativo, no debate dialético das idéias, na exposição sincera das emoções, na comunicação livre, no agir fundamentado e não arbitrário - a família finalmente reproduzirá em seu interior, as condições únicas para uma estruturação social mais igualitária, mais justa e de maior acatamento à dignidade humana.⁴

Nessa conformidade ingressamos no terceiro e último capítulo, Técnica da Mediação nos Conflitos de Família, oferecendo uma síntese de uma das alternativas sugeridas para os conflitos familiares, consistente na *Mediação Familiar*, que busca reforçar o papel desempenhado pelos chamados Mediadores Familiares.

Procuramos demonstrar que enquanto a família permanece unida pelos laços afetivos, os conflitos podem ser entendidos e solucionados distantes da *esfera jurídica*, porém a partir de sua desagregação ou ruptura, podem ser utilizados outros meios alternativos, como os sugeridos nesta dissertação: cláusulas gerais e mediação familiar.

A consideração nesse capítulo consiste em que, uma vez rompidos os laços de algum dos envolvidos – pai e mãe –, há *conseqüências legais e afetivas* para eles mesmos e seus filhos, que poderão ser solucionados através dos diversos instrumentos, em *fase prévia* à esfera judicial e em ambiente propício a

⁴ PEREIRA, Sérgio Gisckow, **Estudos de Direito de Direito de Família**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 51.

entendimentos ou superação de mágoas que podem acompanhar afastamentos na esfera familiar.

A solução buscada para contornar a crise que, em determinadas fases da vida, ameaça à família, embora já venha sendo desenvolvida por outros agentes técnicos; estes, ainda se encontram de certa maneira vinculados ao Poder Judiciário, como os Peritos e Assistentes Sociais, além do papel intermediário desempenhado pelos advogados, o que de certa forma compromete os resultados aguardados.

Por todo o exposto, o problema a ser focado nesta dissertação não se resume a uma única indagação, mas se desdobra em várias questões: a)- o momento histórico-espacial-temporal que atravessamos em nosso país, acolheu efetivamente a grande revolução trazida pela Constituição-cidadã de 1988, pelo Código Civil de 2002 e demais legislações ordinárias pós 1988? b)- a “pessoa” tem sua dignidade humana e seus direitos fundamentais acolhidos? c)- todas as formas de uniões ou parcerias humanas são consideradas entidades familiares e merecem proteção estatal? d)- o art. 226 (e parágrafos) da Constituição Federal de 1988 é um conceito aberto, apto a recepcionar novas entidades familiares, na conformidade do atual estágio de desenvolvimento histórico-social? e)- o momento de transformação da sociedade brasileira é propício para nos voltarmos aos meios alternativos de resolução dos conflitos familiares?

Dessa forma, nosso objetivo principal será o de mostrar a nova face da Família Brasileira Constitucionalizada, ora constituída pelo casamento, união estável e famílias monoparentais, portando o conteúdo e a abrangência dos direitos fundamentais com seus princípios informadores e a dignidade da pessoa humana,

nessa nova etapa de reconstrução do direito privado, portando a eticidade, a socialidade e a operabilidade, de que fala Miguel Reale.⁵

Tentaremos demonstrar, também, a existência de um núcleo de sentido hermenêutico, voltado à interpretação dos demais dispositivos constitucionais e à legislação infraconstitucional familiar.

A metodologia a ser utilizada, compreenderá pesquisa bibliográfica, com estudo analítico dedutivo, dos estudiosos sobre a matéria. Para tanto, como material de pesquisa impõe-se a limitação a textos de doutrina nacional e estrangeira, utilizando-se do recurso à lei e à jurisprudência, sendo as discussões limitadas ao Direito Positivo.

O presente trabalho espera apenas servir de apoio à reflexão por aqueles que se interessam pelo estudo da família brasileira e que buscam outros enfoques sobre o assunto.

⁵ TAPAI, Giselle de Melo Braga, (coord.), **Novo Código Civil Brasileiro**, com prefácio de Miguel Reale, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 11.

PARTE I

CAPÍTULO 1 – CONCEITO DE PESSOA, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS DE PERSONALIDADE

1.1 – CONCEITO DE PESSOA

É justamente da significação dada ao termo “pessoa”, que se extrai, dentre outras, a noção de “sujeito”, elemento fundamental para o Direito Privado.

Assim, a relevância do estudo da pessoa, na presente dissertação, reside no fato dessa titularidade (sujeito) permear todo o Direito privado, identificando-se nesse âmbito com a *instituição familiar*, com a *responsabilidade patrimonial*, com os *danos morais* e com os *direitos fundamentais*, no sentido de ser atribuída uma *posição jurídica fundamental à pessoa* pela Constituição Federal de 1988.

*Pessoa é um ser com características precisas: inteligente e livre, ou seja, dona de si própria, porque dotada de consciência, por meio dos quais o homem se torna capaz de escolher suas atividades e avaliar as conseqüências de seus atos. Por essa perspectiva axiológica, o homem possui a capacidade de apreciar os valores, sejam eles econômicos, éticos, utilitários ou religiosos e, partindo deles de auto-determinar-se.*⁶

Dispõe o Código Civil de 2002, sobre a pessoa natural (esse mesmo ser humano, criatura que provenha da mulher), expressando em seu artigo 1º. que

⁶ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral, **Liberdade e Direito Privado**, in: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.) **Função do Direito Privado no atual momento histórico**, São Paulo: RT, 2006, p. 10/11.

“toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, e no seu artigo 2º, “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”⁷

Ontologicamente, pessoa significa “criatura humana”, homem, mulher, indivíduo. Entretanto para a legislação brasileira anterior, expressa nas codificações clássicas liberais, ser pessoa não é ser homem no sentido essencial, mas sua *virtualização*.

Isto se dá, desde quando o Código Civil de 1916 ingressa na racionalidade herdada das grandes codificações e em consequência privilegia a apropriação e circulação de bens, abstraindo os seres humanos concretos.⁸

O indivíduo de então, não é pessoa porque existe no mundo social e real, enquanto ser humano, que anda, vive e respira - *mas* porque estava inserido dentro de um sistema, o qual se dava o direito de abstratamente preestabelecer funções, como por exemplo, o “*pater est ist*”, ou presunção de paternidade, mesmo que faticamente não fosse aquele o pai, ou seja, realidade e previsão normativa totalmente dissociada.

Pessoa – o homem –, nessa antiga ordem liberal de idéias, é aquele que compra, que vende, que testa; enfim, aquele que reúne condições de desenvolver atividades adequadas ao sentido marcadamente proprietarista do Código Civil Brasileiro. Ser pessoa é adequar-se, perfeitamente, aos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento; é traduzir, de modo concreto, a imagem conceitual ditada pelas

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros, atualizado por Ana C. de B. Monteiro França Pinto, **Curso de Direito Civil**, parte geral, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 61/64.

⁸ CARDOSO, Simone Tassinari, **Do Contrato Parental à Sócio-Afetividade**, in: coletânea ARONNE, Ricardo, (org.), **Estudos de Direito Civil-Constitucional**, v.2, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 50.

normas. Não é difícil concluir, que a *pessoa que o Código Civil de 1916 descreve* não corresponde “àquela que vive, sente e transita pelos nossos dias”.⁹

Como leciona Judith MARTINS-COSTA,

submergida a idéia (de pessoa na de indivíduo, ao sentido egoísta do termo, e não visualizada a de personalidade, pela preeminência do conceito técnico de capacidade), traçaram-se as tramas semânticas que acabaram por fundir o “Ser pessoa”, com o “Ser capaz” de adquirir direitos e contrair obrigações. Assim instrumentalizada a personalidade humana, reproduziu-se na sua conceituação, a lógica de mercado, o que conduziu a desvalorização existencial da idéia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento da técnica do Direito.¹⁰

Entretanto, como evidencia Fábio Konder COMPARATO, o conceito de *pessoa* não deve ser confundido com os *entes individuais que o especificam*, como foi erroneamente interpretado ao longo da história, o que poderia conduzir à anomalia de que cada qual enunciaria a sua própria regra de vida. Mas ao contrário, temos todos nós, em permanência, a consciência de nossa própria identidade individual.¹¹

Somente a partir da *compreensão constitucionalizada* do ordenamento jurídico, retorna o sujeito enquanto ser humano, ao *centro protetivo do Direito*, por força dos princípios, retomando-se a necessária instrumentalidade social perdida na virtualização da pessoa.¹²

As situações jurídicas privadas atuais, pautam-se pela *igualdade* e pela *liberdade*, enquanto as situações jurídicas públicas pela *autoridade* e *competência*,

⁹ MEIRELLES, Jussara, **O Ser e o Ter na Codificação Civil Brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial**, in FACHIN, Luiz Edson, **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 91.

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith, e BRANCO, Carlos Luiz Castelo, **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 98.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder, **Ética, Direito, Moral e Religião**, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 475.

¹² ARONNE, Ricardo, **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 47.

Em conseqüência, *o sujeito de direito*, no âmbito de situações particulares, pode agir livremente no contexto de todas as situações jurídicas, que não lhe sejam proibidas, no campo denominado, *atipicidade dos negócios jurídicos privados*.

Historicamente, leciona COMPARATO, os pensadores desenvolvem o dualismo entre *persona-personalis* – a alma na substância do homem – e *persona-idealis* (ou dignidade), para evidenciar a figura do rei ou do imperador e do bispo ou papa em relação aos demais mortais. A dignidade passa a ser o principal e a pessoa o instrumento.

Essa Teoria Medieval releva a dignidade transcendente da pessoa humana, enquanto supremo modelo da vida ética e a individualidade pessoal de cada ser humano, com todas as suas limitações e deficiências.

Porém, devemos perseguir a pessoa como *um modelo*, ao mesmo tempo transcendente e imanente à vida humana, um modelo que se perfaz indefinidamente e se concretiza, sem cessar, no desenvolvimento das sucessivas etapas históricas. Esse conceito não é estático permanecendo na base de tudo, mas ao contrário, ele evolui e aponta para o objetivo de constante e ilimitado aperfeiçoamento do ser humano.¹³

Rosa Maria de Andrade NERY, citando Cícero, *in* “De Oficiis”, leciona que *pessoa* é um termo-chave mas ao mesmo tempo contém significados diversos, tais como *persona*, da língua latina, ou *peri soma*, *per se una*, *resonare* (voz do ator provinda de uma máscara com buraco)¹⁴, *personare*, ou ainda *prosopon* (rosto), da língua grega, ligada à noções de teatro, máscara, representação, derivando desta

¹³ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 481.

¹⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 112, a máscara romana servia para favorecer a passagem da voz de ator: *personare*. Portanto, na era uma pessoa, mas um papel.

última a idéia de representação da substância individual, racional e corporal, que interessa ao Direito Civil e de Família. Este termo chegou à língua portuguesa por volta do século XII, mas com sua primeira conceituação em Aristóteles e também em Boécio, a quem devemos a precisão de definir a pessoa, como “substância individual de natureza racional”,¹⁵ adotada por São Tomás de Aquino.¹⁶

Fábio Konder COMPARATO, lembra que foi com o Cristianismo, que o conceito de pessoa como substância, em correlação com o seu sentido concreto de indivíduo, foi sistematicamente elaborado, a propósito da figura de Jesus Cristo, em sua dupla condição de Homem e de Filho de Deus.¹⁷

Em síntese podemos afirmar, com relação ao *conceito de pessoa*, que o homem até pode ser *sujeito* de direitos e obrigações, mas nunca pode ser *objeto* de direitos. Portanto o *autor, sujeito de direitos e seus atos*, que constituem elementos fundamentais do Direito privado, estão submetidos ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.¹⁸

Miguel REALE, aborda o *valor da Pessoa* como *valor-fonte* de todos os valores e o Direito como dimensão da vida humana, porque o *homem* é o único ente que “é” e “deve ser” ou cujo *ser é o próprio dever ser*. E, emenda Judith MARTINS-COSTA:

(...) somente ao ser humano cabe essa polaridade de ser para si, e ser para outrem, de ser o que é, e o que deve ser, de ser um “eu” e as suas “circunstâncias”, o que é imutável e o que se desenvolve no tempo. Pessoa humana assim considerada, é o ser enquanto realidade histórica e idealidade, na incindível unidade de sua dimensão social e individual.

¹⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade, **Noções Preliminares de Direito Civil**, São Paulo: RT, 2002, p. 127/129.

¹⁶ SARLET, **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2^a. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 113.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 479.

¹⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade, **Introdução à Ciência de Direito Privado**, in **Lições Preliminares de Direito Civil**, São Paulo: RT, 2002, p.114.

Enfim, o problema central da axiologia jurídica, é o relativo ao valor da pessoa humana.^{19 20}

Nessa conformidade, para Miguel REALE, fundado no culturalismo, a “pessoa” não é o ser abstrato, mas o sujeito que está submerso na realidade social e histórica. Seu valor torna injusta toda a ordem que resulte em diminuição concreta da pessoa. Pôr-se como pessoa, é pôr-se como história, como alteridade, como comunidade.

Antonio F. PAIM, nos estudos em homenagem aos noventa anos desse autor, resume o tema nos seguintes termos:

a pessoa é o homem em sua concreta atualização, na sua condição de valor vital e valor espiritual. O homem toma consciência de si mesmo e dos outros quando está em sociedade, numa correlação essencial entre valor e liberdade.²¹

No âmbito da família existe um certo “dirigismo estatal”, em nome do interesse público, nas chamadas - normas cogentes – visando impedir os abusos dos particulares, em nome do *equilíbrio da Família*, ou do social, dada a nítida função social do núcleo familiar. Porém, importa a preservação do poder de decisão dos particulares, acerca dos seus interesses mais íntimos, ou seja, permitir aos integrantes da família, garantir um espaço para o exercício da autonomia da vontade, resguardando certa liberdade para a tomada de decisões.

Quanto à proteção do campo em que *atua cada pessoa*, Maria Cláudia CACHAPUZ,²² reportando-se a Ludwig RAISER, distingue quatro segmentos de direito privado no que se refere à *proteção jurídica da pessoa* e de sua *capacidade*

¹⁹ REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**, São Paulo: Saraiva, 27^a. ed., 2003, p. 65 e **Pluralismo e Liberdade**, 2^a. Ed., São Paulo: Expressão e Cultura, 1998, p. 59; 87.

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith, *op. cit.*, p. 182.

²¹ PAIM, Antonio F. *apud* MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos, **Diretrizes Teóricas do novo Código Civil Brasileiro**, 2002, p. 37.

²² CACHAPUZ, Maria Cláudia, **Intimidade e Vida Privada no novo Código Civil Brasileiro**, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2006, p. 101/103.

de agir e que iriam do privatismo máximo ao mínimo, naquele mais próximo ao público (vida econômica e do trabalho).

É no *primeiro campo de atuação*, dotado de *maior grau de privatismo*, que se localiza o Direito Privado, responsável pelos elementos de sobrevivência e para o desenvolvimento da “personalidade” própria. É justamente nesse campo que se situariam as relações, que nos interessam mais de perto e decorrentes do *casamento e dos laços familiares*.

Os autores em geral criticam essa classificação, entendendo-a como uma forma de privilegiar um determinado domínio da vida privada, reconhecendo somente como fundamental a existência de um *espaço reservado àquilo que seja de domínio intocável da configuração da vida privada*, em cuja intervenção se exigem razões importantes.²³

Impõe-se ainda observar, no atual estágio da sociedade ocidental, aquilo que se denomina de - fragmentação do sujeito em diversos papéis - com a constituição de um “sujeito débil” ou “fragmentado”, que se aliena no consumo e só terá dada relevância se conseguir se enquadrar no modelo massificado, ou vestido de uma das diversas máscaras que asseguram a reprodução de um modelo de Estado e de mercado.

Entretanto, como conclui Fábio Konder COMPARATO:

o longo caminho da evolução histórica tende a nos conduzir à *geração da humanidade-pessoa*: - a nossa espécie torna-se mais consciente de sua posição no mundo e procura elevar-se indefinidamente rumo ao absoluto, em busca daquele ponto focal onde a mística religiosa sempre situou a divindade. A dignidade do homem é imperecível.²⁴

²³ HABERMAS, Jürgen, **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. 2, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.136.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 699.

Enfim, sujeito de direito consiste somente no indivíduo em si, em sua *essencialidade de ser humano*, desvinculado de quaisquer qualificativos, especialmente os depreciativos. Isto significa que a noção “sujeito de direitos” deve ser percebida em sua essencial pluralidade, englobando o rico e o pobre, o empresário e o desempregado, a grande corporação econômica e os menores de rua, o contratante forte e o contratante débil, o latifundiário e o sem-terra, o consumidor e o fornecedor, por último numa cadeia infundável, *o ser humano em suas circunstâncias concretas*.²⁵

Prevalece, portanto, o conceito de personificação do Direito de Família, de família plural e sociológica, ao privilegiar a pessoa, o indivíduo, a unidade emocional estabelecida entre os familiares, ou seja, o ser e não o ter.

1.2 - O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.2.1 – Significados dessa dignidade

A *Dignidade Substancial da Pessoa* está na raiz de todos os direitos básicos, ainda que em algum deles essa dimensão seja mais notável, como o direito a integridade física e moral, na liberdade ideológica, religiosa e de culto, na liberdade pessoal, no direito à honra, intimidade pessoal e familiar, liberdade de expressão, educação e objeção de consciência.²⁶

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith, e BRANCO, Gerson Luiz Carlos, **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123.

²⁶ RUIZ JIMÉNEZ, Comentário al artículo 10, em “**Comentários a la Constitución**”, p. 116 *apud* PÉREZ, Jesús González, **La dignidad de la persona**, Madrid: Civitas, p. 803.

A *dignitas* (“dignus” é aquele que merece estima, honra ou que é importante) é um atributo que se confere ao indivíduo desde fora e desde dentro, ao outro e a si mesmo, afirmando Ruiz JIMÉNEZ, que esta dignidade somente se efetiva quando a personalidade humana, encontra condições para se realizar. Isto porque as mudanças somente ocorrem quando o desenvolvimento das nações e dos povos se dá na mesma medida da evolução e expansão da consciência ética.²⁷

O pressuposto e as conseqüências do princípio da dignidade, estão expressos, segundo Antonio Junqueira de AZEVEDO, por cinco substantivos correspondentes aos bens jurídicos tutelados: Vida, Segurança, Propriedade, Liberdade e Igualdade. O fato principal, é que o ser humano se distingue dos demais seres vivos, pela sua capacidade de *reconhecimento do próximo*, de dialogar, amar, enfim, abertura para o absoluto. Com isso, dá-se origem aos seguintes preceitos: a)- respeito à *integridade física e psíquica* das pessoas; b)- consideração pelos *pressupostos materiais mínimos* para o exercício da vida e finalmente, c)- respeito às condições mínimas de *liberdade e convivência social igualitária*.²⁸

A utilização da expressão no mundo do direito, ou seja, a verbalização jurídica, é *fato recente histórico*, compreendendo tanto um conceito jurídico indeterminado, quanto princípio jurídico, no sentido de idéia diretora, se utilizada em norma especialmente a constitucional. O problema aparece no seu conteúdo.

Das dimensões da pessoa humana: racionalidade, liberdade, inter-subjetividade, historicidade e espiritualidade – precede a valorização ética.

²⁷ BITTAR, E.C.. **O Direito na Pós Modernidade**. Rio de Janeiro: Universitária Forense, 2005, p. 300.

²⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de, **Estudos e Pareceres de Direito Privado**, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

O conceito muito variado é considerado majoritariamente como normativo axiológico, porque a dignidade é a expressão do valor da pessoa humana. No caso, a pessoa humana é o *bem* e a dignidade o seu *valor*, isto é, sua projeção.²⁹

Leciona Rosa Maria de Andrade NERY, que a dignidade da pessoa humana,

é a razão de ser do direito, seu fundamento axiológico, sendo a vida e a liberdade suas expressões mais extraordinárias. Resulta que o sistema jurídico de direito privado encontra seu substrato nessa dignidade, fazendo com que o homem seja reconhecido como *sujeito de direito*.³⁰

Vida e liberdade, prossegue a citada autora, são as expressões mais extraordinárias dessa dignidade humana, porque é na essência do ser que se encontram alguns dos elementos mais identificadores dela. Logo, a Vida Humana é que tem dignidade: a liberdade do homem é que tem dignidade.³¹

Um ponto importante, a ser sempre reiterado, consiste em que, quando se fala em dignidade da pessoa humana, sempre é pressuposta a referência “ao outro” e, portanto, a palavra-chave consiste em co-humanidade comunicativa, tolerância, solidariedade. Por outro lado, o respeito e a proteção a essa dignidade constituem “um dever fundamental do Estado Constitucional”, ou seja, dever jurídico fundamental.

A dignidade tem dimensão intersubjetiva e relacional e consiste precipuamente em relação comunitária, ou seja, ser-com-os-outros. Essa intersubjetividade se desdobra em níveis diversos: a)- existir interpessoal (eu-tu); b)- existir intra-comunitário, no âmbito dos grupos (eu-nós); c)- existir na comunidade humana (eu-humanidade).

²⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de, **Estudos e Pareceres de Direito Privado**, op. cit., p. 3.

³⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade, **Noções Preliminares de Direito Civil**, São Paulo: RT, 2002, p. 113.

³¹ NERY, Rosa Maria de Andrade, op. cit., p.114.

Dentro dessa visão, as relações vivenciais (matrimoniais e extra-matrimoniais) e as relações parentais englobam: o existir *eu-tu interpessoal* e eu-nós intragrupal. Essas relações consistem na coexistência de seres portadores de igual dignidade, imperando a meta moral do recíproco respeito, quais sejam: exigências éticas constantes do dever de recíproco respeito nas relações de intersubjetividade decorrentes das entidades familiares.

No Direito de Família, a dignidade da pessoa humana se espraia em todos os seus institutos, em toda a sua extensão, como forma de garantia e do reconhecimento da função, que cada membro desempenha no seio da sua família.³²

Devido a este caráter intersubjetivo da dignidade da pessoa humana, defendido entre outros, por W. MAIHOFER, citado por Antonio Enrique Pérez LUÑO³³, na elaboração de seu significado parte-se da situação básica do homem em sua relação com os demais, isto é, da situação *do ser com os outros*, em lugar de fazê-lo em função do homem singular encerrado em sua esfera individual.

A pessoa, prossegue, é um *minimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. Sendo a dignidade da pessoa humana um princípio absoluto, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca ferir o valor da pessoa.

Segundo J.J. Gomes CANOTILHO, integram o conceito de dignidade humana, a afirmação da integridade física e espiritual do homem contendo dimensão irrenunciável da sua individualidade, assim como a garantia da identidade e integridade, através do livre desenvolvimento da personalidade, especialmente a libertação da "angústia da existência" da pessoa mediante mecanismos de

³² SEREJO, Lourival, **Direito Constitucional da Família**, 2ª. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3.

³³ LUÑO, Antonio E. Perez, **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, 3.ª ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 318.

socialidade, dentre os quais se inclui a *possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas*".³⁴

No entendimento de Ingo Wolfgang SARLET, pode-se afirmar que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, havendo um dever de respeito e proteção que se expressa, tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoa, quanto no dever de protegê-la contra quaisquer agressões. E vai mais além:

(...) o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos.³⁵

Resumo de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da lavra do então Relator Juiz Cézar Peluso, demonstra a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, como orientação hermenêutica, capaz de afastar a incidência de normas incompatíveis com a realidade vigente:

É válida, embora feita por doador já sexagenário à companheira, com quem veio a casar-se ao depois, doação não ajustada em pacto antenupcial, nem condicionada doutro modo à realização do casamento.... É válida porque sendo incompatível 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 (então) art.258, parágrafo único, II do Código Civil (par.nosso).

TJSP-AC 007.512-4/2-00-2ª.CDPriv.-Rel.Juiz Cezar Peluso – 18 de agosto de 1998.³⁶

³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional**, op. cit., p. 363.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 110-111.

³⁶ Revista Brasileira de Direito de Família nº.1, p.98/99 *apud* Lourival Serejo, **Direito Constitucional da Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 19.

A importância da Dignidade da Pessoa Humana é evidenciada por Rizzatto NUNES, “como o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto - e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais”. É a dignidade, prossegue, que dá direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete, que a colocou no primeiro capítulo, somente após a soberania e cidadania.³⁷

Entretanto, mesmo após todos os delineamentos oferecidos, o conceito de dignidade continua bastante *impreciso*, devido haver uma dificuldade de se determinar um conceito satisfatório e exaustivo. Assim, diferentemente do que ocorre com os outros princípios constitucionais, a dignidade significa uma *qualidade* tida como *inerente* a todo e qualquer ser humano.³⁸

Quanto às diretrizes básicas do princípio da dignidade humana no Direito Constitucional, Jorge MIRANDA³⁹ nos traz as seguintes observações: a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) A dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento; c) A dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher; d) Cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas; e) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; f) O primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; g) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; h) A proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos

³⁷ RIZZATTO NUNES, **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 38.

³⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. 3ª ed., Lisboa: Coimbra, 2000, v. 4, p. 183-184.

direitos; i) A dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

As esferas Pública e Privada, devem se encontrar empenhadas na realização dessa política pública maior de promoção de uma *existência digna*.

Com relação à Família, essencialmente dirigida à idéia de socialidade e inserida nos Direitos de Relação Social, essa dignidade deve ser reconhecida na condução da vida afetiva de casais e conviventes, cabendo a cada um decidir sobre seu destino pessoal e dos seus, sempre tendo como limite a vida em comunidade, com respeito aos direitos de terceiros e os interesses públicos no que forem predominantes nessa área.

Nesse sentido dispõe o art. 1.513 do Código Civil de 2002, (sem correspondência no Código Civil de 1.916): “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

Cada pessoa tem o direito de dispor livremente sobre a sua personalidade e de conquistar na esfera privada de sua existência, a sua natural felicidade, sem a intervenção do Estado e da sociedade. Na seqüência, cada cidadão constrói e estabelece ao longo de sua existência o *conteúdo de sua dignidade*, podendo concretizar a sua felicidade familiar: a sua casa constitui o espaço físico essencial à promoção da felicidade da família.⁴⁰

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser visualizado de dois ângulos: a)- de um lado, é um Princípio fundamental objetivo autônomo, não se confundindo com os Direitos fundamentais. b)- de outro

⁴⁰ MADALENO, Rolf (autor e coord.), **A separação de corpos e o direito de estar só**, in **Ações de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 291/293.

lado, os Direitos fundamentais, considerados individualmente ou em conjunto, são concretizações ou *manifestações específicas* da dignidade da pessoa. Entre os dois não há uma relação de mera superposição ou de redundância das normas constitucionais - mas sim de *reforço*.

Cumprе enfatizar, enfim, como ensina Antonio Junqueira de AZEVEDO, que o Princípio da Dignidade, como fundamento da República, exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Sem vida, não há pessoa e sem pessoa não há dignidade. O preceito da intangibilidade da vida humana, segundo o autor, não admite exceção; é absoluto e está confirmado pelo caput do art. 5º.⁴¹ da Constituição Federal de 1988.⁴²

1.2.2 – Histórico da Dignidade da Pessoa Humana

Referindo-se à evolução histórica, Eduardo C.B. BITTAR coloca o efetivo início da discussão sobre a dignidade da pessoa humana, na *Modernidade* com a *Oratio de Hominis Dignitate*, ou seja, Discurso sobre a Dignidade do Homem, no século XV (1486), de autoria de Giovanni Pico, Conde Della Mirandola.⁴³

Entretanto, somente com o *discurso Pós-Moderno*, com a proteção irrestrita à dignidade da pessoa humana, à defesa das liberdades fundamentais e às expressões da personalidade humana, é que o Homem, sofrido com a experiência

⁴¹ “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 (...).” Inciso I a LXXVII e § 1º e 2º.

⁴² AZEVEDO, Antonio Junqueira de, **Estudos e Pareceres de Direito Privado**, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13/15.

⁴³ BITTAR, C.E.B., **O Direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 297/303.

da Segunda Guerra Mundial, passou a ser colocado no centro de toda e qualquer discussão.

Na virada do século XX para o XXI, os discursos passam a dignificar a personalidade humana, em atitude de auto-conhecimento, conforme Sócrates - “conhece-te a ti mesmo”. Ademais se unem os discursos da religião, do senso comum, da técnica, da arte, da filosofia, do esoterismo, das dogmáticas jurídicas numa humanidade sedenta de mudanças.

O Papa Pio XII, no Natal de 1942, estabeleceu relação entre dignidade humana e o direito de propriedade privada, reportando-se à Bíblia: “Crescei e multiplicai-vos: enchei a Terra e submetei-a; ...”⁴⁴ ; e “Comerás o pão mediante o suor do teu rosto”⁴⁵.

Considerada a utilização da expressão como fato histórico recente, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu *primeiro considerando* e seu primeiro artigo, nos termos:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e alienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, e em seu art. 1º.

“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.⁴⁶

Há dignidade – afirma Eduardo C.B. BITTAR –, “quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada em suas diversas dimensões”.⁴⁷

Isto ainda não ocorreu, mesmo com a Carta Maior de 1988, justificando-se a necessidade de *concretização* e não somente a existência de diversos artigos

⁴⁴ Gênesis 1:28.

⁴⁵ Gênesis 3:19.

⁴⁶ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 291/293.

⁴⁷ BITTAR, Eduardo, C.B., op. cit., p. 300.

dispondo sobre a idéia de dignidade humana, ou seja, o acordo sobre a palavra. Nesse sentido impõe-se implementar efetivamente os artigos 1º.; 226 e parágrafo 7º; 227 e 230 e §§ 1º e 2º, relativos à Família Brasileira, especialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 6º. (diretriz), 15 e 18.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 6º diz:

Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Do Direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, diz os arts. 15º e 18º:

Art. 15º. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, garantidos na Constituição Federal e nas leis.

Art. 18º. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Para E.C.B. BITTAR, o mais importante – com o que concordamos – será transformar discursos em ações, a letra da lei em políticas públicas, normas programáticas em programas de transformação da sociedade, orientação teleológica para ações sociais e intervenções públicas na economia, existência de um núcleo de sentido hermenêutico para a interpretação dos demais dispositivos constitucionais.

Enfim, mesmo contemporaneamente, como afirma BITTAR:

(...) uma concepção de dignidade cultural da pessoa humana – versão pós-moderna da idéia de dignidade – *ainda está em fermentação* em pleno bojo dos conflitos mais cruentos para a afirmação da lógica da Dignidade Universal da Pessoa Humana.⁴⁸

⁴⁸ BITTAR, Eduardo, C.B., op. cit. p. 306.

1.2.3 – A inserção filosófica da Dignidade Humana

Para Pérez LUÑO, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana pode ser observado na *evolução* da filosofia jurídica e política humanista. A tendência à positivação da dignidade na atualidade, leva em conta as principais tendências filosóficas que defendem uma determinada visão dos direitos fundamentais.⁴⁹

Observa a esse respeito, outro autor, Jesús Gonzales PEREZ:

El Estado respetará siempre la dignidad de la persona. Y no se limitará al respeto, sino que promoverá las condiciones que la hagan posible y removerá los obstáculos que impidan su plenitud.⁵⁰

Sustenta, ainda, Jesús Gonzales PEREZ que a dignidade se constitui em dever de cada indivíduo, para com os demais e consigo mesmo. Esse entendimento, embora encontre guarida na doutrina e jurisprudência, não deixa de ser polêmico, devido à indefinição dos limites pelo próprio titular, daquilo que considera, ou não, ofensivo à sua dignidade.⁵¹

Sob influência da doutrina alemã, a produção doutrinária brasileira, trata também da “proteção da pessoa contra si mesma”, autorizando e obrigando o Estado a intervir em face de atos de pessoas que, mesmo conscientemente, atentem contra a sua própria dignidade, que é *considerada irrenunciável*, como observa Ingo Wolfgang SARLET:

Se uma renúncia à dignidade e ao conteúdo em dignidade dos direitos é, em princípio, vedada pela ordem jurídica, não há como deixar de reconhecer a possibilidade de uma série de situações concretas onde se

⁴⁹ LUÑO, Antonio E. Perez, **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 318.

⁵⁰ PEREZ, Jesús Gonzales. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986, p. 59.

⁵¹ *Ibid.*, idem.

verifica pelo menos uma auto-limitação de determinados direitos inerentes à personalidade (...).⁵²

Immanuel KANT discorrendo sobre a *dignidade humana* observa:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento; mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer dignidade. Ora, a *moralidade* é a única condição que pode fazer de *um ser racional um fim em si mesmo*, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Por isso, a *moralidade e a humanidade* enquanto capazes de moralidade são as únicas coisas providas de *dignidade*.⁵³

Segundo Immanuel KANT, o homem tem valor absoluto, tendo um fim em si mesmo, por isso não pode ser usado como instrumento para algo, pois “tem dignidade, é pessoa”.⁵⁴

Recomenda, ainda:

Age de tal sorte que consideres a humanidade, tanto na sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.⁵⁵

Entendemos, assim, que o valor de todos os objetos, que podemos conseguir com nossas ações, *é sempre condicional*.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 113.

⁵³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 65.

⁵⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 68 *apud* GARCIA, Edinês Maria Sormani, **Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**, Leme-SP: Editora de Direito, 2004, p. 36.

⁵⁵ KANT, Immanuel, *idem*, p. 37.

Não podemos deixar de transcrever a concepção filosófica de Miguel REALE sobre a dignidade da pessoa humana. Para o citado mestre existem basicamente, três concepções⁵⁶: *individualismo*, *transpersonalismo* e *personalismo*.

Primeiramente o *individualismo* se caracteriza pelo entendimento de que cada homem, mesmo tratando de seus próprios interesses, indiretamente realiza e protege, os interesses coletivos, tomando-se como ponto de partida o indivíduo.

Esse primeiro juízo da dignidade da pessoa humana, na lição de J. J. Gomes CANOTILHO, característico do liberalismo ou do "individualismo-burguês"⁵⁷ demonstra-se bastante limitado, embora seja um modo de se entender os direitos fundamentais, que são, antes de tudo, direitos inatos e anteriores ao Estado, colocados como limites à atividade estatal, que deve, então, na medida do possível, de se intrometer na vida social. São direitos contra o Estado, denominados *direitos de autonomia e direitos de defesa*.⁵⁸

Conseqüentemente, como advertem Miguel REALE⁵⁹ e José Joaquim Gomes CANOTILHO⁶⁰, ocorre um balizamento da compreensão e interpretação do Direito e, também, da Constituição. Assim, interpretar-se-á a lei de maneira a salvaguardar a autonomia do indivíduo, preservando-o das interferências do Poder Público. Ademais, havendo conflito entre indivíduo e Estado, privilegia-se o indivíduo.

Na segunda concepção no *transpersonalismo* ocorre ao contrário, pois em se realizando o bem coletivo, o bem do todo, se salvaguardam os interesses individuais; inexistindo harmonia espontânea entre o bem do indivíduo e o bem do

⁵⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 277.

⁵⁷ FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 47.

⁵⁸ CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional**, p. 505.

⁵⁹ REALE, Miguel, op. cit., p. 278.

⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 505, comenta "que a interpretação da Constituição pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais".

todo, prepondera, sempre, os valores coletivos, negando-se, portanto, a pessoa humana como valor supremo.⁶¹ Aqui, a dignidade da pessoa humana realiza-se no coletivo.

Como consequência há uma tendência na “interpretação do Direito” inserido no Estado Democrático e Social de Direito, que limita a *liberdade* em favor da *igualdade*⁶², identificando os *interesses individuais* com os da *sociedade*, privilegiando esta a despeito daqueles. É esta que atrai nossa atenção.

A terceira concepção corrente, denominada *personalismo*, rejeita tanto concepção individualista, quanto a coletivista. Nega a existência da harmonia espontânea entre indivíduo e sociedade, resultando numa preponderância do indivíduo sobre a sociedade.

Podemos concluir este capítulo, no que se refere à Dignidade da Pessoa Humana, com as palavras de Jesús Gonzalez PEREZ, segundo o qual a dignidade do homem é um *atributo de todo homem*, e são inerentes a ela os direitos invioláveis e, em sendo assim, não é concebível que alguns destes direitos somente sejam reconhecidos a homens que detenham algumas determinadas condições.⁶³

1.3 – DIREITOS DE PERSONALIDADE

Verificamos que a nossa temática – Família Brasileira Constitucionalizada – deve estar necessariamente ligada ao trato da Dignidade da Pessoa Humana, tanto considerada na sua unidade, como a cada um de seus integrantes, e nesta

⁶¹ REALE, Miguel, op. cit., p. 277.

⁶² REALE, Miguel, op. cit., p. 278.

⁶³ PEREZ, Jesús Gonzalez, op. cit., p. 803.

seqüência não podemos nos afastar das noções de *Direito de Personalidade*, como um direito estritamente ligado aos Direitos Fundamentais e a essa Dignidade.

Desta maneira, após o exame da “Pessoa” e sua proteção, e das noções de Dignidade da Pessoa Humana, parece aconselhável que apresentemos uma visão geral dos *direitos de personalidade*, dada a íntima vinculação que mantém com a *pessoa* e, portanto, com os *direitos fundamentais*.

Consideram a *personalidade* como valor máximo do ordenamento, modelador da *autonomia privada*, os seguintes diplomas legislativos, dentre outros: - a prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana, artigo 1º., incisos I e III da Constituição Federal de 1988, a igualdade substancial (art. 3º., inciso III), a isonomia formal (art.5º.) e a *garantia residual* estipulada pelo art. 5º. parágrafo 2º. da Carta Maior, que assim é expressa:

Art. 5º e incisos I a LXXVII. (Direito e garantias individuais e coletivos).
Parágrafo 2º. “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

San Tiago DANTAS já lecionava em 1942, que a palavra *personalidade*, contém em si, dois significados distintos: a)- *na acepção técnico jurídica*, ela consiste na capacidade de ter direitos e obrigações; b)- *noutra acepção natural*, consiste no conjunto de atributos humanos, não sendo identificável com a capacidade jurídica.⁶⁴

Observa-se, portanto que, além do ponto de vista jurídico – qualidade da pessoa, como titular de direitos e deveres jurídicos – existe um sentido propriamente

⁶⁴ DANTAS, San Tiago, **Programa de Direito Civil**, Rio de Janeiro:Rio (ed.histórica), v. I, p. 192, *apud* TEPEDINO, Gustavo, **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001, p. 27/28.

“vulgar”, vendo a pessoa como um conjunto de características individuais, de valores, de bens, de aspectos de parcelas.⁶⁵

Adotamos o conceito de Personalidade, como aquele que consiste no direito de cada pessoa ao

respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana, bem como da personalidade psíco-físico-sócio-ambiental, com a conseqüente obrigação, por parte dos demais sujeitos, de se absterem de praticar, ou deixar de praticar atos que, ilicitamente ofendam, ou ameacem ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia.⁶⁶

Etimologicamente, como informa Deonísio da Silva, *personalidade*, do latim - *personalitate* - consiste numa palavra formada a partir de “*persona*” ou pessoa, de origem etrusca, de onde procede também o adjetivo “*personalis*”, pessoal. No latim tardio, ao definirem as características que dão a cada indivíduo, os romanos fixaram também a distinção entre pessoa física e pessoa jurídica, creditando também personalidade à empresa.

Historicamente - “*persona*” - designou originalmente não a pessoa, o indivíduo, mas o papel que cumpria no teatro, onde escondia a “*facies*”, atrás da *persona*, a máscara da figura, que representava no palco. É do latim *persona*, igualmente que procede o francês *personae*, que chegou à Gália no século XII.

O primeiro registro de “pessoa” no português, ocorreu no século XIII e o de personalidade no século XIX, acolhida no Grande Dicionário Portuguez ou Thezouro da Língua Portuguesa (cinco volumes) do frei Domingos Vieira, falecido em 1854 e editado entre 1871 e 1874.⁶⁷

⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 28.

⁶⁶ ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e, **Do Nome da Mulher Casada, Direito de Família e Direitos da Personalidade**, São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 68.

⁶⁷ SILVA, Deonísio da, extraído do site “deonisio.com.br”, consulta em 16-06-2006.

Fundamentalmente, existem dois *interesses primordiais*, para os quais convergem todas as instâncias específicas da *personalidade* e que o homem, como “pessoa” manifesta: a)- *como indivíduo*, o homem manifesta um interesse a uma *existência livre* e, b)- *como partícipe do consórcio humano*, o que lhe interessa, resume-se ao livre desenvolvimento da “vida em relações”, nos interessando nesse contexto as relações sociais, onde se insere a Família.⁶⁸

Importante evidenciar que a compatibilização da *liberdade* com as exigências do *bem-comum*, representa a conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.⁶⁹ Tal compatibilização significa facilitar a coexistência harmônica das liberdades individuais, visando-se o bem maior da coletividade.

Quanto à evolução histórico-legislativa e visando a configuração da proteção a essa personalidade, recorreremos ao conjunto de direitos contidos na *previsão constitucional*. Nesse sentido, o conjunto de direitos do artigo 5º., inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem); o artigo 220, combinado com o art. 5º., incisos IV e V (liberdade de manifestação de pensamento), artigo 199, par.4º. (transplante de órgãos) e artigo 5º., incisos XXVII; XVIII (direitos morais do autor).

Constatamos, assim, que em nossa Constituição Federal (art. 5º), os *direitos fundamentais* são em princípio os mesmos direitos da *personalidade*. A distinção ocorre na esfera das relações em que são inseridos, respectivamente, de Direito Público e de Direito Privado, se assim ainda podemos diferenciar. Assim, extraímos

⁶⁸ GIAMPICCOLO, Giorgio, **La tutela giuridica della persona umana e il diritto allá riservatezza**, Riv. Trimestrale di diritto e procedura civile, *apud* Gustavo Tepedino **Temas de Direito Civil**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24/25.

⁶⁹ Papa João XXIII, **in Justitia** 95/55-64, ano XXXVIII, 4º. trim., 1976.

essa estreita ligação ao situarmos os *direitos de personalidade* ligados ao Direito Civil e Familiar, enquanto os *direitos fundamentais* ao Direito Público Constitucional.

Nesses direitos de personalidade inclui-se principalmente o *direito à existência digna* e os seus meios assecuratórios, em consonância com o art. 7º.⁷⁰, inciso IV da Constituição Federal, como, por exemplo, o *salário mínimo* capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família.⁷¹

O Código Civil Brasileiro de 2002, em seus artigos 11 a 21, felizmente trata inovadoramente e de maneira objetiva, a matéria relativa aos *direitos da personalidade*, reunindo a disciplina que se encontrava esparsa e marginal no Código Civil de 1916, merecendo elogios, mesmo que não esgote a matéria, deixando à doutrina e à jurisprudência o preenchimento das lacunas porventura existentes.⁷²

No que se refere aos Direitos de Personalidade inseridos no Direito de Família Brasileiro, nosso código estabelece expressamente, como dever oriundo do casamento, o respeito e consideração mútuos (art. 1.566, inciso V), que tem como objeto os *direitos da personalidade do cônjuge* e, na conformidade do Código Civil de 1916, resulta da interpretação do *dever de mútua assistência* (art. 231, inciso III), reconhecido como um princípio ético.⁷³

⁷⁰ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. (...) IV – salário mínimo, capaz de atender suas necessidades vitais básicas e de sua família (...) com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, vedada a vinculação. (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (...).”

⁷¹ RIGAUX, François, **La Liberté de la vie privée**, in: *Revue Internationale de Droit Comparé*, 3-91, p. 560, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang, **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34.

⁷² BITTAR, Carlos Alberto, **Os Direitos da Personalidade**, 7ª. ed., São Paulo: Forense Universitária, 2006, p. 42.

⁷³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, 2ª. ed., Coimbra: Coimbra, 1998. Tomo IV, p. 454.

Por outro lado, devemos nos referir, ainda, já que o tema em estudo dirige-se às Entidades que formam a Família Brasileira, àquelas “lesões” que tenham no grupo a sua ocasião de realização: no *âmbito familiar* - desde a lesão à capacidade procriadora ou sexual do cônjuge - até a violência sexual praticada contra filho menor; descumprimento de pensão alimentícia ou não reconhecimento voluntário ou criação de dificuldades para reconhecimento de filho, falta de visitação alcançando até os “grandes traumatizados”, como os idosos e as crianças.

Mesmo assim, inúmeras críticas são formuladas à forma de condensação dessa matéria no Código Civil de 2002, como as de Judith MARTINS-COSTA, opinando que nosso Código, poderia ter avançado ainda mais, em matéria de Direitos de Personalidade. Afirma a citada autora que o emprego de uma cláusula geral do Direito de Personalidade (a exemplo do que ocorreu com uma de suas manifestação, direito ao resguardo da vida privada, ou mesmo com tutela dos danos à pessoa), criaria mais diretamente *uma ponte* entre os *princípios*, especialmente o da dignidade da pessoa humana e os *direitos constitucionais sociais*.

Prossegue, afirmando que, mesmo não explicitando o Código essa previsão, é possível chegar por via jurisprudencial, à construção de um Direito Geral de Personalidade, que não se esgota no reconhecimento dos tradicionais atributos, mas com possibilidade de *contínua expansão*.⁷⁴

Quanto ao *objeto*, no que concerne à *individuação* desse objeto peculiar, ou seja, dos direitos de personalidade, existe certa dificuldade na sua delimitação, porém, é tarefa que se impõe, visto que a observação do objeto a ser protegido no âmbito respectivo, como de suma importância. O conteúdo se resumiria na

⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith, e BRANCO, Gerson Luiz Carlos, **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 124/125.

pretensão de *exigir respeito* de tais bens, portanto uma obrigação negativa que incumbe aos outros e à coletividade.

Nessa esteira, há os bens pessoais *juridicamente reconhecidos*, outros *contidos na natureza humana* ou ainda àqueles *inatos às pessoas*.

Considera-se na atualidade a personalidade como *valor*, não como valor em si, mas valor considerado *em relação a algo*, ou seja, que leva em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade), e constituem bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada.⁷⁵

Assim, essa tutela não consiste propriamente nos direitos de personalidade, mas no *valor da pessoa* e sendo a personalidade humana um valor, consagra-se nessa proteção um valor unitário e tendencialmente sem limitações.⁷⁶

Cabe enfocar também, que não havendo “*numerus clausus*” das situações tuteladas, o que se visa proteger é o valor da *Personalidade Humana*, sem limites de qualquer gênero, ressalvadas aquelas postas no interesse de outras pessoas, dotadas de igual dignidade. Nessa conformidade, na *esfera cível*, a proteção à integridade psicofísica da pessoa humana serve de garantia a numerosos *direitos de personalidade*, tendo a Organização Mundial de Saúde – OMS definido estes direitos como “completo bem estar psicofísico e social”, o que subentende o *direito ao mínimo existencial*.⁷⁷

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo, **Temas de Direito Civil**, 2ª. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 27; 37.

⁷⁶ CAMPO, Javier Jimenez, no prólogo à UBILLOS, Juan Maria Bilbao, **La eficácia de los derechos humanos**, p.24, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang, **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados**, op. cit., p. 50.

⁷⁷ RAISER, Ludwig, **O futuro do Direito Privado**, *RPGE*, v.25, *apud* Maria Cláudia CACHAPUZ, **Intimidade e Vida Privada no novo Código Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.100/102.

Cabe, nesse ponto, inserir o ensinamento de Miguel REALE, no sentido de que estamos vivenciando uma época de revisão de critérios éticos e sociais, ocorrendo um fato contraditório, de haver de um lado, cada vez mais maior cuidado na preservação dos valores da *privacidade* ou da *intimidade individual* e de outro a imposição de plena *transparência*, no que se refere a todos os atos que direta ou indiretamente digam respeito aos *interesses coletivos*.⁷⁸ Há, portanto, todo um equilíbrio a ser buscado.

⁷⁸ REALE, Miguel, **Questões de Direito Privado**, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 58.

CAPÍTULO 2 – ENTIDADES FAMILIARES E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988

Ao se afirmar que a Constituição Federal de 1988 compreende toda a ordem fundamental jurídica do país, confirma-se a abrangência da mesma às bases da ordem “não estatal”, onde se situam as *relações sociais*, incluída a *família*, a formação e atividades de *grupos sociais*, liberdade de *arte e ciência*, como alguns exemplos.⁷⁹

É, portanto, a *Unidade* da ordem jurídica o princípio maior, também em matéria de família. Constatamos que a alegada *Unidade Interna* da ordem jurídica depende do “*fazer valer a Constituição*”, que não é uma unidade já concluída – lógico-axiomática ou hierárquica ou sistemática de valores –, mas em constante construção.

De igual importância o reconhecimento da *abertura do sistema jurídico*, produzindo dois efeitos: a)- determina a aplicação teleológica dos valores de forma hierárquica, pela importância e pelo “peso”; b)- determina tanto a incidência, quanto a força normativa dos princípios constitucionais.⁸⁰

Os *princípios* são de grande importância em matéria familiar, visto que, por serem mais abertas aos fatos políticos, as normas constitucionais foram redigidas de modo a atribuir a esse princípios, função decisiva na resolução dos problemas práticos, consagrando implicitamente valores morais, que são mais densos.

⁷⁹ CACHAPUZ, Maria Cláudia, **Intimidade e Vida Privada no novo Código Civil Brasileiro**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.12/13.

⁸⁰ TUTIKIAN, Cristiano, **Sistema e codificação. O Código Civil e as cláusulas gerais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 33.

A Família brasileira, disciplinada pelos artigos 226 a 230 da Constituição Federal do Brasil de 1988, foi alçada à categoria constitucional, pelo *papel* que desempenha na *vida do ser humano e da sociedade*.

Nas entidades familiares constitucionalizadas, a interpretação conforme a Constituição consistirá num primeiro passo como um condicionador, base e fundamento do direito à *proteção à vida na sua integralidade*, consoante dispõe o art. 227 da Constituição Federal de 1988. Assim, instituindo essa proteção, como *dever da família, da sociedade e do Estado*, a norma constitucional condiciona o exercício de todos os demais direitos, à proteção à vida, como pré-requisito para o exercício de todos os demais direitos.⁸¹

Indispensável, portanto, nessa matéria, “haver uma área reservada pelo Estado para a atuação do ser humano que, em virtude de seu próprio estatuto ontológico, necessita de uma esfera de liberdade de ação para a sua auto-realização e seu auto-desenvolvimento”.⁸²

Nessa conformidade, nossa Carta Maior determinou, em seu art. 227, que à vida humana e ao seu desenvolvimento completo (criança, adolescente, adulto, idoso), seja oferecida prioridade absoluta, consubstanciando um *dever* imposto à *família, à sociedade e ao Estado, assegurar o mínimo existencial*, como o direito 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.

⁸¹ SILVA, José Carlos Sousa, **Direito à Vida**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 41/42.

⁸² PEDROSO, Antonio Carlos de Campos, **Normas jurídicas individualizadas**, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7.

Ter uma *vida sadia* é ter uma *vida com dignidade* e uma vida com dignidade reclama a satisfação dos *valores mínimos fundamentais*, descritos no art. 6º. (direitos sociais) da Constituição Federal, que consubstancia um *piso vital mínimo de direitos*.⁸³

Portanto, a exigência da “coerência narrativa” do sistema jurídico, nos transmite que todas as normas contidas numa constituição formal *têm igual dignidade*.

Dentre as alternativas interpretativas dos Direitos Fundamentais voltados ao Direito de Família que serão abordados, cumpre tentar alcançar aquela interpretação que buscará atribuir *a melhor significação* dentre as várias possíveis aos princípios, às normas e aos valores jurídicos inseridos na Carta Maior, imediatamente aplicáveis ao Direito Civil Constitucionalizado.⁸⁴

Nessa busca, a *interpretação conforme a Constituição*, no magistério de Jorge MIRANDA,⁸⁵ não consiste somente em escolher entre os vários sentidos possíveis, normais de qualquer preceito, o que seja o mais aproximado à conformidade da Constituição, mas consiste exatamente em discernir no limite, ou seja, na fronteira da inconstitucionalidade, *um sentido que*, embora não aparente, é o *sentido necessário* e o que se torna *possível*, por virtude de força conformadora da Lei Fundamental e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (ONU). Assim, todos os atos normativos ou fáticos, especialmente os *direitos fundamentais relacionados aos direitos privados*, também devem ser “conformes à Constituição Federal”, ou seja, não contrários à mesma.

⁸³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, op. cit., p. 55, 58.

⁸⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 1992.

⁸⁵ MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, 2ª. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1998, Tomo IV, p. 454.

Em virtude da dialética do sistema, já não se expurga uma norma, num *conflito ou oposição principiológica*, mas nessa atividade interpretativa conformadora, *preserva-se o máximo de valores* que restarem relativizados.⁸⁶ Tal não se dá com as regras que no conflito, serão removidas, como se verá adiante.

Instituindo essa proteção, como *dever da família, da sociedade e do Estado*, a norma constitucional condiciona o exercício de todos os demais direitos, à proteção à vida, como pré-requisito para o exercício de todos os demais direitos.⁸⁷

Prosseguindo no tema Entidades Familiares e Direitos Fundamentais, agora examinado sob outros aspectos, igualmente importantes.

2.1 - O ESTADO BRASILEIRO EXPRESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, COMO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Dissertando a respeito do art. 1º. da Constituição Federal, que dispõe ser a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, Willis Santiago GUERRA FILHO,⁸⁸ relata que esse primeiro artigo de nossa Constituição define precisamente a República Federativa do Brasil como um *Estado Democrático de Direito*.

Ser o nosso país um *Estado de Direito*, significa a existência de um Estado, subordinado à Legalidade, ao Regime Constitucional, e ser *Democrático* caracteriza-

⁸⁶ ARONNE, Ricardo, **Sistema e Codificação, Estudos de Direito Civil-Constitucional**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32.

⁸⁷ SILVA, José Carlos Sousa, **Direito à Vida**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 41/42.

⁸⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 23.

se pela existência de um ente constitucional, baseado em fundamentos democráticos, consoantes incisos I a V, do art. 1º. da Constituição Federal. Ao mesmo tempo, ser um *Estado Federado*, significa ser dotado de personalidade jurídica de direito público interno, personalidade essa autônoma em relação aos Estados-membros.⁸⁹

Não devemos também olvidar que o art. 3º. da Constituição Federal do Brasil, ao enumerar os objetivos dessa República Federativa do Brasil, acena para *uma sociedade livre, justa e solidária*, somente alcançável através da redução das desigualdades regionais e sociais, conforme interpretação combinada desse inciso 3º., com o artigo 170, inciso VII: redução das desigualdades regionais e sociais.

Observa-se, portanto, que só se pode entender Direitos Fundamentais a partir de sua inserção no Regime Democrático, de que trata o presente capítulo e através de uma hermenêutica atualizada, ou seja, própria dos direitos fundamentais, vinculados ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Entretanto, cumpre-se alertar sobre a denominada *ineficácia do ordenamento jurídico brasileiro*, mesmo inserido numa República Federativa de Direito, pela incapacidade do nosso país em administrar imensas dimensões territoriais, assim como executar essa legislação, por meio de políticas públicas que traduzam justiça social,⁹⁰ considerando que somente possuir normas democráticas e de discurso igualitário, nada representam se não convertidas em benefícios reais sobre a realidade populacional.

Um Estado federal em cooperação, é o que preconiza Cármen Lúcia Antunes Rocha,⁹¹ como sendo a melhor fórmula para a recepção de políticas públicas de um Estado social, desde que promovida uma coordenação de um Direito eficaz, com as

⁸⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, op. cit., p. 11/12.

⁹⁰ BITTAR, Eduardo C.B., **O Direito na Pós-Modernidade**. Forense Universitária, 2005, p. 268.

⁹¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, **O Direito à Vida Digna**, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.210.

políticas adotadas, em relação aos interesses e condições de vida da população brasileira.

2.2 - O ESTADO FEDERAL DEMOCRÁTICO-SOCIAL BRASILEIRO: TRANSIÇÃO INACABADA DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

2.2.1 – O Estado Liberal

Para exame dessa fase característica, parte-se da visão da Constituição Federal de 1988, na qual passou a se assentar também o Direito Privado. As *mudanças sociais* que despontaram à frente da legislação, e que vinham se impondo desde a metade do século passado, forçou o legislador infra-constitucional a *identificar* o fundamento axiológico-normativo de cada opção legislativa, com a Constituição Federal, traduzida nos *Princípios da Unidade e da conformidade à Constituição*. Assim, o Direito Privado passa a ser conhecido e interpretado constitucionalmente.

No Estado Liberal, porém, prevaleciam os seguintes postulados fundamentais: da *completude*, que compreendia o ordenamento jurídico fechado, da *neutralidade* das normas com relação ao seu conteúdo, a concepção do *homem abstrato*, completamente desvinculado de sua localização histórico-espacial.⁹²

Nesse contexto, o *dogma da completude* era representado por um sistema fechado, axiomático-dedutivo, em que a atividade do *intérprete* resumia-se a isolar o fato e identificar a norma jurídica a ele aplicável, como uma *atividade lógico-formal*.

⁹² RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **Família sem Casamento: de Relação Existencial de Fato à Realidade Jurídica**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000, p. 68/69.

Em nada portanto se assemelhava à *nova hermenêutica concretizadora*, como examinada anteriormente, com normais formais coincidentes ao conteúdo, incidindo sobre o homem concreto, situado na sua história e no seu espaço.

O *Código de Napoleão de 1804*, como vimos em tópico precedente, tornou-se um paradigma, seguido por todos os Códigos ocidentais, daquela época e dos que lhe seguiram, vez que objetivava consolidar os direitos fundamentais reconhecidos pela *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789, além de adotar a *igualdade* como lema, embora se tratasse da *igualdade formal*, ou seja, diante da lei e, portanto, sem reflexos na igualdade substancial e concreta.⁹³

Desse tempo das certezas do *Estado Liberal na Era Moderna*, e enquanto prevaleciam as crenças na verdade, na ciência, ordem, regra, poder central, norma, código, capital, produção, propriedade e sistema, o quadro sócio-jurídico anunciava *mudanças*, traduzidas nas palavras: desmantelamento, descompasso, desestruturação, desagregação, destrivialização, banalização, abalo, incômodo, choque, contradição, desordem, ilegalidade, contracultura e *ineficácia*, o que resultava na contradição, entre a *ordem formal* (irreal) e a *ordem social* (real).⁹⁴

Nesse sentido, no sentido de ofertar um panorama geral quanto ao Brasil, resumidamente cumpre lembrar que, existiram *três momentos* distintos e relevantes, em relação ao Direito de Família: a)- o *período colonial* de extrema duração e máxima importância para os períodos que vieram a seguir, b)- o *período republicano*, na denominação, mas extremamente conservador com formato liberal-capitalista que tem seu ponto culminante na promulgação do Código Civil em 1917;

⁹³ FINGER, Julio César. **Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização de direito civil**, *apud* SARLET, op. cit., p. 90.

⁹⁴ BITTAR, Eduardo C.B., **O Direito na Pós-Modernidade**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 178.

e c)- *a atualidade, contemporaneidade ou pós-modernidade*, período de revisão das características fundamentais do Direito de Família brasileiro, através da criação e regulação de novas Entidades Familiares, igualdade dos cônjuges e dos filhos e dissolubilidade do matrimônio, entre outros, papel para o qual concorreram a nova Constituição Federal de 1988, a legislação infra-constitucional ou ordinária, especialmente micro-sistemas, paralelos à codificação civil, doutrina e mais especialmente a *jurisprudência*.

É somente nesse último período brasileiro, que se situa o tímido início das mudanças sócio-jurídicas e mais proximamente, a partir de 1960, época da mudança dos costumes sociais, que virão paulatinamente se refletir no sistema jurídico.

Iremos observar dessa forma, na seqüência por nós adotada, que da Família patriarcal oitocentista, produto do Estado Liberal antes descrito, chegamos à atual Família do início do milênio 2.000, fundada no *vínculo afetivo* e de *solidariedade estrutural* entre seus membros, vez que diluído ou mesmo ausente agora, o poder absoluto exercido somente pelo chefe do casal, dividido entre homem e mulher, bem como na igualdade de todos os filhos, (em boa hora, inobstante tardia - mas não perdida), desvinculados da situação específica de seus pais.

2.2.2 – O Estado Social de Direito

Buscando a partir de agora a inserção da família em seu novo “habitat”, verificamos que, embora o art. 1º. da Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu *caput*, apenas se refira a *Estado Democrático de Direito*, é certa a caracterização do Estado Brasileiro também como *Estado Social*, face à constatação

de *Direitos Fundamentais Sociais*, espalhados no texto maior, entre os quais os direitos a prestações sociais (art. 6º. e seguintes da Constituição Federal de 1988)⁹⁵, e o extenso rol dos direitos dos trabalhadores, de importância primordial à manutenção da família inserida em degrau de existência digna e viável.

Constituição de Estado Social significa a busca pela concretização dos direitos sociais básicos - dos quais depende a maioria da nação brasileira -, o que denota um distanciamento do individualismo no Direito e do absolutismo no Poder.

Portanto, o *Estado Democrático e Social de Direito* emerge, com um aprofundamento da fórmula, de um lado, do *Estado de Direito* e, de outro, do *Estado de Bem Estar*. Permeiam-se as questões sociais e de igualdade, de fundamental importância para as relações familiares.⁹⁶

É, portanto, nos Direitos de primeira (direitos individuais), de segunda (sociais e coletivos) e de terceira dimensão (solidariedade, fraternidade), que se insere, de forma mais preponderante a Família, agora distanciada do paradigma patriarcal romano, canônico, germânico, e ainda do espelho paradigmático do Código Civil Napoleônico de 1804, extremamente hierarquizados e com papéis muito bem definidos e de um formalismo preponderante, em prejuízo ao conteúdo das normas jurídicas.⁹⁷

Devemos observar, por outro lado, que em matéria de Direitos Sociais, vigora o princípio de *vedação de retrocesso*. Tal princípio significa que, uma vez concretizado determinado direito social, no plano da legislação infra-constitucional,

⁹⁵ Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, 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.

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 18ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 370/373.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000, p. 87.

proíbe-se o legislador e poder público em geral de voltar atrás (ou retroceder) e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (restrição), afetar o núcleo essencial, legislativamente assegurado.⁹⁸

Envolve essa diretriz a definição do que pode constituir a *garantia do mínimo existencial*, envolvendo bem mais do que a noção estritamente liberal, de mera sobrevivência física, ou mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais. Aliás, a respeito do mínimo existencial, enfatiza Ingo Wolfgang SARLET, que:

rebaixar esses direitos para aquém do seu conteúdo em dignidade humana, não se justifica, nem mesmo mediante a ressalva dos direitos adquiridos, mas ao contrário ao elevá-los, reforçará a garantia que representam esses direitos adquiridos.⁹⁹

Outra consideração diz respeito à *estreita ligação* entre o citado princípio de *proibição de retrocesso social* e o *direito à segurança jurídica*, especialmente a *segurança jurídica e social*, que envolve a proteção dos direitos fundamentais sociais contra um retrocesso, mesmo por reforma legislativa não propriamente retroativa. Constitui, assim, o princípio da vedação de retrocesso, um dos múltiplos mecanismos para a afirmação efetiva de um Direito Constitucional inclusivo, solidário e altruísta.¹⁰⁰

Para encerrarmos a presente abordagem, do Estado Democrático-Social de Direito na Família Brasileira, acreditamos e aguardamos, para além do nosso país,

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, **Proibição de retrocesso, Dignidade da pessoa humana e Direitos sociais: manifestação de um Constitucionalismo dirigente possível**, in BONAVIDES, Paulo. (coord), **Constituição e Democracia, estudos em homenagem ao Prof. J. J. GOMES CANOTILHO**, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 324/325.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 326.

¹⁰⁰ Ibid., p. 335.

numa *mundialização humanista*, de que fala Fábio Konder Comparato, pela *tomada de consciência própria* do momento histórico que atravessamos.¹⁰¹

Transcrevemos por oportuno as palavras de Javier Marías, reportando-se ao atentado ferroviário na Espanha em 2004, à semelhança dos atentados terroristas recentemente ocorridos (2006), na cidade de São Paulo:

“Ter paciência e continuar a embaralhar as cartas. O fator de *percepção do tempo em que vivemos* entre os cidadãos, no que está baseado na razão exclusivamente, é imprescindível para decidir” .

Jornal O ESTADO DE SÃO PAULO, 19-09-2004, cad.A, p.25

Aguardamos essa assunção de *consciência própria*, para percepção de que o homem representa o *agente responsável* da evolução histórica, como *sujeito ativo de seus próprios direitos*, torcendo para não ingressarmos naqueles recuos históricos, próprios da evolução humana, como aquela ilustração de um homem portando uma grande pedra, subindo montanha acima, contando dois passos acima, porém três ou quatro abaixo, quando não despencando para o início da penosa trajetória.¹⁰²

Prosseguimos ainda nesta matéria, versando sobre os direitos fundamentais, nas suas origens, dimensões e concretização, porque o conhecimento da historicidade, da tradição da culturalidade e interpretação, que acompanham esses direitos, que darão condições de entender o redimensionamento dos institutos de direito privado nas últimas décadas.

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder, **Ética, Direito, Moral e Religião**, São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁰² ADEODATO, João Maurício Leitão, RIZZATO NUNES, **Seminário Institucional dos Direitos Fundamentais**, UNIFIEO, julho de 2005.

2.3 – ORIGENS DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

2.3.1 – Histórico dos Direitos Fundamentais

Dentre as antecedentes Declarações de Direitos Humanos Fundamentais, encontramos primeiramente na Inglaterra, a *Carta Magna*, outorgada por *João Sem Terra*, em 15 de junho de 1215. Nela há previsão, dentre outras garantias, do importantíssimo “devido processo legal”, livre acesso à justiça, liberdade de locomoção, e ainda proporcionalidade entre delito e sanção.

Entretanto, não podemos negar as remotas origens dos direitos individuais dos homens encontradas já no terceiro milênio a.C., no antigo Egito e Mesopotâmia, bem como no *Código de Hamurabi*, em 169 a. C., com tradução recente no Brasil. Esta, talvez, tenha sido a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, a igualdade e a supremacia das leis.¹⁰³

Antes do Direito Romano, que com a Lei das Doze Tábuas consagrou os direitos à liberdade, igualdade e proteção aos direitos do cidadão, passamos pela Grécia, com Péricles (democracia direta) e Sófocles (*Antígona*), em 441 a.C., bem como pelo Cristianismo e pela Idade Média, com o reconhecimento da necessidade de limitação ao poder estatal, face aos direitos humanos individuais.

Podemos assinalar como marcos históricos, após a Magna Carta, a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus* de 1679, o *Bill of Rights* de 1689, até alcançarmos os históricos documentos ligados à Revolução dos Estados Unidos, como a

¹⁰³ MORAES, Alexandre de, **Direitos Humanos Fundamentais**, São Paulo: Atlas, 2005, p. 7/8

Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1787, seguida pela sua Constituição de 1789.

A consagração normativa dos Direitos Humanos Fundamentais deu-se com a famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e as posteriores Constituições Francesas de 1791 e de 1793 que, além do controle estatal, trouxeram uma melhor regulamentação dos Direitos Humanos Fundamentais, a começar pelo seu famoso *Preâmbulo*.¹⁰⁴

Ademais, ao utilizar-se da expressão “direitos humanos” entende-se todos os direitos fundamentais, de primeira, segunda e terceira e quarta gerações, sem contar aqueles que estão por aflorar.¹⁰⁵

A partir da Modernidade, temos a visão de Gregório PESCES-BARBA, que tratou dos problemas ligados aos Direitos Fundamentais, a começar pela lingüística, centrando o enfoque posteriormente no conteúdo e na abrangência da evolução histórica desses direitos.¹⁰⁶

Segundo Gregório PESCES-BARBA, o surgimento do conceito especificamente como Direitos Fundamentais, segundo esse autor, se dá na Era Moderna, sendo que os Direitos Fundamentais afloram inicialmente em três âmbitos: a)- o debate sobre a intolerância, c)- o debate sobre os limites do poder, e; d)- a humanização do processo penal.

¹⁰⁴ MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 8/10: Dentre as previsões de direitos humanos fundamentais, encontram-se já no ***Preâmbulo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789***: igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, liberdade de imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direito de petição e direitos políticos.

¹⁰⁵ BITTAR, Eduardo C.B.. **O Direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Universitária Forense, 2005, p.285/287

¹⁰⁶ PESCES-BARBA, Gregório, **Curso de Derechos Fundamentales: teoria general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 47/55.

São essas três formas históricas iniciais dos Direitos Fundamentais que, cristalizadas nas primeiras Declarações de Direito das revoluções liberais, corresponderão às liberdades individuais, aos direitos políticos e de participação e à garantias processuais. Tal se deu em resposta às mudanças sociais, econômicas, políticas e religiosas da transição da Idade Média para a Idade Moderna.

Esses direitos vão surgindo, primeiro, para afirmar a liberdade de fé, depois para questionar os fundamentos do poder absoluto, seja em seu próprio exercício, seja em sua relação com os cidadãos e também, pela humanização do direito penal e processual penal.

Com o triunfo das revoluções liberais na França e nos Estados Unidos e a influência em outros países, os direitos fundamentais foram reconhecidos em textos constitucionais. Teve-se daí a positivação, a generalização e posteriormente, em especial, após a 2^a. Grande Guerra, as internacionalização dos referidos direitos.

Embora a positivação dos direitos asseverasse que estes eram para todos, a realidade desmentia as afirmações. Direitos como o de participação política e do sufrágio não se estendiam para todos, observando-se ainda que outros direitos continuavam proibidos, inobstante pudessem dinamizar a igualdade, como o direito de associação.

Por um lado, o liberalismo conservador de Benjamin CONSTANT (francês), afirmava ser impossível manter a liberdade generalizada a todos, ao passo que, o socialismo autoritário de MARX, ENGELS e LENIN, pretendia edificar a igualdade com o desaparecimento da liberdade das instituições políticas e jurídicas surgidas com as revoluções liberais.¹⁰⁷

¹⁰⁷ PESCES-BARBA, Gregório, op. cit., p. 51/55.

Entretanto, os direitos fundamentais ligados à *liberdade e igualdade* foram sendo compatibilizados, seja na vertente liberal, seja na vertente socialista. Surge então o *sufrágio universal* e o reconhecimento do *direito de associação*, incorporando a classe trabalhadora no sistema parlamentar representativo e dando origem a novos tipos de direitos, que transformaram o Estado de Direito em *Estado Social de Direito*.¹⁰⁸

Em nosso país, passou-se ao reconhecimento dos Direitos Fundamentais, não mais restritos ao indivíduo, mas também à Família, além das denominadas “minorias” com o homem, não mais sendo visto apenas como um homem genérico, e sim em suas especificidades, com suas diversidades de idade, sexo, condições físicas e sociais.¹⁰⁹

São essas formas históricas iniciais dos Direitos Fundamentais que, cristalizadas nas primeiras declarações de direito das revoluções liberais, corresponderão às *liberdades individuais, aos direitos políticos e de participação e à garantias processuais*.

Portanto, diversas *conquistas de direitos humanos* deram-se ao longo da fase histórica denominada por alguns autores como *Moderna*, e por outros *Liberal*, especialmente a partir de século XVIII, apesar dos apontados vestígios desde a Antiguidade.

¹⁰⁸ MIRANDA, Jorge, **Os direitos fundamentais: sua dimensão individual e social**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 1: 198/208.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto, **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992, cit., p. 68.

2.3.2 – Direitos Humanos

No plano internacional, os denominados *Direitos Humanos*, se impuseram desde a experiência das duas Guerras Mundiais, especialmente da segunda, do holocausto e da construção do sistema de direitos por parte das Nações Unidas.

Impõe-se, dentro do nosso tema, assinalar os principais documentos que passaram, a partir de então, a versar sobre os Direitos Humanos, a)- Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948; b)- Convenção Americana dos Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, 1969, de fundamental importância; c)- Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, 1966; d)- Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966; e)- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979.

Com relação à *Família Brasileira* interessa evidenciar que a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* considera a *Família* como núcleo natural e fundamental da sociedade, reconhecendo seu direito à proteção da sociedade e do Estado.

As relações sociais albergam ao lado dos direitos de reunião e associação, os direitos de proteção à família. As relações familiares, nessa visão globalizada da Organização das Nações Unidas, baseiam-se na responsabilidade solidária e igualdade absoluta de direitos e responsabilidades entre o homem e a mulher.

Consagrou-se, portanto, um – digamos – assentamento, da nova visão dos Direitos Humanos, a partir da *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1948, da ONU (Organização das Nações Unidas), que vinha se consolidando desde a Segunda Guerra Mundial.

A esse respeito, a Declaração da Organização das Nações Unidas, ONU, afirma em seu artigo 16, incisos 1, 2 e 3, que “a Família é o elemento natural e fundamental da sociedade, por isso merece a proteção do Estado, sendo de se observar que na atualidade, configuram-se outros tipos de família”.

Prevê-se, ainda, na Declaração Universal de 1948, artigo XXV, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (artigo XXV).¹¹⁰

Em 1966 foi adotado o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, com a expressa previsão de direito à auto-determinação dos Povos, direito à vida, liberdade, ao livre desenvolvimento econômico, social e cultural, proibição de tortura, acesso ao Judiciário, especialmente o direito à dignidade humana, dentre outros.

Citado por Valle Labrada Rubbio, Castán Tobenãs afirma que:

Havemos de aspirar, dentro do Direito de Família, a conseguir o maior equilíbrio possível entre os direitos propriamente individuais, fundamentados na idéia de igualdade e no princípio fundamental do respeito devido à dignidade humana e os direitos da família como grupo social, célula básica da sociedade e do Estado.¹¹¹

Consagra-se igualmente nessa Declaração, ratificada pelo Brasil, o direito dos homens e mulheres de maior idade *contrair matrimônio*. Além disso, a maternidade e a infância englobam direitos a cuidados e assistência especiais.

¹¹⁰ MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 19.

¹¹¹ RUBIO, Valle Labrada, **Introducción a la teoría de los Derechos Humanos: Fundamento. História. Declaração Universal de 10 de diciembre de 1948**. Madrid: Editorial Civitas, p.167/169.

Nesse sentido, contém a Declaração que o direito ao matrimônio está reconhecido no artigo 16 da Declaração Universal. Da mesma forma a Declaração da ONU, no seu artigo 25.2. protege a maternidade e a infância e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, dedica o art. 24 à proteção da infância.

Temos ainda o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, protege a situação da mulher em gestação, com vínculo empregatício, no art. 10.2, e no parágrafo 3 do mesmo artigo regula o vínculo laboral de crianças e adolescentes. Esse texto vincula os Estados a adotar medidas, deixando porém de oferecer concretização às condições mínimas enunciadas.¹¹²

Ressalta Alexandre de MORAES que

algumas previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, reafirmaram o propósito dos Estados Americanos em consolidar no Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais.¹¹³

Ingo W. SARLET, por sua vez, evidencia a Carta dos Direitos Fundamentais da UNIÃO EUROPÉIA assinada em Nice em dezembro de 2000, por prever em seu primeiro artigo que “a dignidade do ser humano é inviolável, devendo ser respeitada e protegida”. Em seu corpo possui igualmente um capítulo dedicado à Dignidade e onde se encontram tutelados os direitos à vida, à integridade do ser humano, à proibição de torturas e tratamentos desumanos ou degradantes e à proibição à escravidão e ao trabalho forçado.¹¹⁴

¹¹² RUBIO, Valle Labrada, op. cit. idem

¹¹³ MORAES, Alexandre de, op. cit., p.21; 285.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, **Constituição Direitos Fundamentais e Direito Privado**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.117.

Fácil perceber que Direito internacional e Direito interno, em sede de Direitos Humanos, se confundem entre si, diferenciando-se somente pelo local da prestação protetora desse ser. Portanto eles caminham juntos e apontam na mesma direção.

Quanto ao nosso país, inobstante as Constituições Brasileiras, preverem desde a Carta de 1824, extenso rol de Direitos Humanos Fundamentais, passando pelas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e finalmente a de 1988, constata o autor Eduardo Carlos B.B. ITTAR, da incapacidade do Estado Brasileiro e de seu ordenamento jurídico, de absorver todas as demandas por direitos humanos e de concretizá-los, considerando que o seu caráter de universalidade não lhe confere eficácia interna.

2.4 - AS QUATRO DIMENSÕES DE DIREITOS HUMANOS E A QUESTÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Os direitos fundamentais da pessoa humana são aqueles pertinentes a todas as pessoas, em todo lugar e a qualquer tempo, sendo que sua violação denotaria grave ofensa à Justiça. Tais direitos classificam-se como Direitos Fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta “gerações”, assim classificados por Norberto Bobbio.

O desdobramento dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, como modernamente denominados, decorre do processo de *ampliação subjetiva e objetiva* desses direitos, a iniciar-se pela passagem dos direitos individuais formais para o estágio de socialização, representado pelo Estado Democrático de Direito.

Estas dimensões consolidam-se, para além da quarta dimensão ora alcançada, sem se sucederem de forma estanque e isolada, porém de forma superposta.

Na lição de Norberto Bobbio, os direitos humanos são historicamente gerados de acordo com as novas necessidades da humanidade, classificando-os da seguinte forma: 1) *direitos econômicos liberais*; 2) *direitos econômicos, sociais e culturais*; 3) *direitos comunitários, ecológicos, de solidariedade*; e 4) o *direito à democracia direta, ou participativa, direito à informação, o direito ao pluralismo*, e ainda *direitos biológicos*, como o da integridade do patrimônio genético.¹¹⁵

As gerações de direitos humanos são igualmente classificadas por Ingo Wolfgang SARLET como dimensões de primeira a quarta dimensões, afirmando este autor, que o relevo destas distinções de época, prende-se não somente à hermenêutica, mas “principalmente porque, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno *Estado Constitucional*”, reconhecedor dos Direitos Fundamentais e da Dignidade da Pessoa Humana.¹¹⁶

Por sua vez, Eduardo C.B. BITTAR denomina essas mesmas gerações de Pré-Modernidade, Modernidade e Pós-Modernidade, porém contendo as mesmas características.¹¹⁷

As diversas classificações existentes, partem do reconhecimento de um processo *cumulativo* e de *complementariedade*, não de alternância, de forma que o subsequente possa anular ou preponderar sobre os que o antecederam, deixando de caracterizar, por isso, uma suposta *cumulatividade*. Ademais, apontam também

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto, **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.1; 27/28.

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 42.

¹¹⁷ BITTAR, Eduardo C.B., op. cit., p.285.

para um caráter de *unidade* e de *indivisibilidade* no contexto do direito constitucional, tanto Interno, quanto Internacional, quando são conhecidos como Direitos Humanos.¹¹⁸

Historicamente, foram sendo formadas gerações de direitos, conviventes entre si, sendo que os primeiros voltavam-se contra a opressão do monarca. Posteriormente, surgidas algumas liberdades clássicas, a opressão do homem pelo próprio homem, não se dava mais somente pelo aparato estatal, mas pelo privado.

Os *Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão*, na expressão mais modernamente utilizada, encontram suas raízes nos séculos XVII e XVIII (Hobbes, Locke, Rousseau e Kant) com o problema da individualidade em face do coletivo, passando pelo jusnaturalismo, contratualismo, racionalismo, iluminismo até o Estado do Bem Estar Social. Os direitos da Primeira Dimensão, voltados ao valor liberdade formal, foram classificados como direitos negativos, com limites constitucionais ante o poder do Estado.

É tempo da identidade da Modernidade, com seu Juspositivismo e a Escola da Exegese e sua hermenêutica literal; a Teoria Pura de Kelsen, o Código de Napoleão, correspondendo enfim, à centralidade do direito e no jurisprudencialismo.

Os *direitos de liberdade* seriam assim, normas de distribuição de competência entre o indivíduo (sociedade) e o Estado, delimitando o âmbito em que o indivíduo e suas estruturas sociais próprias, são competentes para regular condutas e organização de prestações, ante o âmbito da regulação política dominante das condutas organizadas pelo Estado, na forma de ação estatal soberana.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit. p.42, 56/59.

Para alguns, o “*estatuto da liberdade*” seria dirigido ao legislador, negando-lhe competência, e assim, não criaria direitos individuais, salvo como efeito reflexo. Estaria ainda marcado, pelo chamado *traço da liberdade* compreendida como não-impedimento, ou “liberdade geográfica”, significando um *espaço de vida* no qual a interferência de terceiros – particulares ou Estado – apenas ocorre se houver vontade do homem livre e cujos remédios têm caráter corretivo, mesmo quando usados preventivamente.¹¹⁹

Portanto, independentes de regulamentação, o *gozo da liberdade* decorreria da própria Constituição, e não do trabalho do legislador inferior.

Ingressando na denominada *Segunda Geração ou Dimensão*, verificamos que os Direitos Sociais, por outro lado, voltam-se não a uma abstenção do Estado, mas a uma ação, o que lhes dá a característica de positivos. São os direitos econômicos, sociais e culturais, positivados a partir da Constituição de Weimar de 1919.

Essa segunda dimensão cobra atitudes positivas do Estado, verdadeiras “obrigações de fazer”, com a finalidade de promover a igualdade material, aquela que cobra ações e resultados, entre partes ou categorias sociais desiguais, protegendo os hipossuficientes, em relações sociais específicas, como trabalho e consumo. Garantem, em suma, uma prestação estatal a determinados indivíduos.

Nessa conformidade, os Direitos Fundamentais na esfera particular *versus* Estado, *concedem pretensões* a particulares, voltadas a abstenções estatais (pretensões negativas) e a prestações estatais (prestações positivas) e assim *um mesmo direito* gera pretensões de ambos os tipos.

¹¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima, **Direitos objetivos e Direitos sociais**, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126/128.

Esses direitos sociais ainda se reportam à *pessoa individual*, mas agora se apresentam com *maior densidade* envolvendo a “justiça social”, na sua ampla expressão, contendo nessa fase as lutas reivindicatórias de direitos econômicos, sociais e culturais especialmente dos operários contra a classe empregadora.¹²⁰

O problema que se apresenta é o de que o atendimento às pretensões positivas, demanda recursos materiais que são intrinsecamente insuficientes, o que leva *ao conflito* pelo emprego também de recursos escassos, exigindo uma *escolha decisiva* que são, ao final, políticas, porém potencialmente atendíveis, pelo grau de essencialidade da pretensão, frente a cada caso concreto.¹²¹

Na prática, a dificuldade reconhecida por Norberto BOBBIO, da necessidade de uma intervenção ativa do Estado, exige a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva e, assim, a obrigação de executar esse “programa” é apenas moral ou, no máximo, político, surgindo problemas na cobrança de sua *efetividade*.

Por isso mesmo, a característica dos *Direitos Sociais*, segundo Reinaldo de Lima Lopes, é a de uma especialidade consistente em não serem fruíveis, ou exeqüíveis individualmente. Não que não possam ser exigíveis, mas de regra, dependem para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo, por terem o caráter de *generalidade e publicidade*, como por exemplo, os serviços de segurança e justiça, lazer, previdência social, assistência aos desamparados. Desta forma, existe uma “mediação” legislativa e orçamentária, ou reserva do possível, o que leva

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 56/57.

¹²¹ AMARAL, Gustavo, **Direito, Escassez & Escolhas**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 57.

muitos doutrinadores a duvidar da existência de direitos a prestações positivas diretamente da Constituição.¹²²

Nesse assunto existem três grandes correntes: a)- a dos que entendem ser *exigíveis* todos os direitos classificados pela Constituição Federal, como *direitos sociais*; b)- a dos que entendem serem *exigíveis apenas os direitos negativos*, já que os positivos, por demandarem recursos, vigeriam "sob a reserva do possível", a depender de mediação legislativa e; b)- a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao *mínimo existencial* que seria sempre exigível, ficando os demais direitos positivos sob a *reserva do possível*, já que a realização demandaria emprego de meios financeiros supríveis pelo Estado.¹²³

Segundo Gustavo Amaral, a eficácia limitada das prestações positivas enfeixadas nos direitos sociais, estão ligadas ao "*mínimo existencial*". Prosseguindo, depreende-se por sua visão, que

há um direito às *condições mínimas de existência humana digna*, que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. Esse *Mínimo Existencial*, não tem dicção constitucional própria, carecendo de conteúdo específico, abrangendo qualquer direito, ainda que originalmente não fundamental, considerado em sua dimensão essencial e inalienável.¹²⁴

E, ainda, sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da *liberdade*.

A Dignidade Humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual, nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. Assim, as parcelas ligadas ao *Mínimo Existencial*

¹²² AMARAL, Gustavo, op. cit., p. 57.

¹²³ AMARAL, Gustavo, op. cit., p. 91/92.

¹²⁴ AMARAL, Gustavo, op. cit., p. 93/94.

integram o “*status positivus libertatis*” e podem ser diretamente exigidas do Estado.

Para tanto, incumbe ao Poder Judiciário ponderar o “grau de essencialidade” da pretensão, em função do *mínimo existencial* e a *excepcionalidade da situação*, que possa justificar a decisão alocativa tomada pelo Estado e que vem desaguar no Judiciário, em razão do não atendimento da pretensão.¹²⁵

Ingressamos agora nos *Direitos Fundamentais de Terceira Geração* ou *Direitos de Fraternidade ou de Solidariedade* ou ainda *Direitos Ecológicos*, que surgiram em direção à proteção aos grupos humanos, ou ao gênero humano na sua essência, tais como *família, povo, nação*, consubstanciando também as liberdades fundamentais substanciais, em contraponto às liberdades meramente formais da primeira geração, ou finalmente como direitos de titularidade coletiva e especialmente aquelas de titularidade difusa. Citem-se, como exemplos, os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, ou ecológicos, direitos de conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação.

Reconhece-se que os Direitos de Terceira Geração surgidos também após a Segunda Guerra Mundial, ao propagarem a necessidade de se assegurar a Dignidade da Pessoa Humana, pelo implemento das condições gerais e básicas como direitos difusos de *toda a humanidade* e, ainda, suscitar a idéia de solidariedade de todos os indivíduos da raça humana, fazendo com que a evolução dos direitos humanos, ou direitos da humanidade, atingisse seu ápice, a sua

¹²⁵ AMARAL, Gustavo, op.cit., p. 65/67 e 227/228.

plenitude subjetiva e objetiva. Tal se dá por conclamarem os povos em promoverem a integração de toda a humanidade.¹²⁶

Finalmente, os *Direitos Fundamentais de Quarta Geração*, que ainda não foram amplamente reconhecidos, costumando-se enumerar esses direitos somente até a terceira geração. Os que o reconhecem, como Paulo BONAVIDES, assinalam entre eles, o *direito à democracia direta, ou participativa, direito à informação, o direito ao pluralismo*, e ainda *direitos biológicos*, como o da integridade do patrimônio genético.¹²⁷

Estes direitos de quarta geração marcam a mais elevada fase do *Estado Social* e a *globalização* dos direitos fundamentais, o futuro da *cidadania* e enfim a esperada liberdade de todos os povos, o que como não poderia deixar de ocorrer influenciam profundamente a vida da Família brasileira.¹²⁸

Portanto, concluindo esta parte, a partir do conhecimento das gerações de direitos humanos, detemos condições de uma ampla visão dos direitos humanos como fundamentais, porque, além de virem expressos em inúmeras Constituições, voltam-se à diversas perspectivas, em diversos segmentos históricos, como documentos formais garantidores de direitos e liberdades humanas.

Em nosso tempo presente, podemos afirmar que “os direitos humanos traduzem o humanismo íntegro: a humanidade, em toda a sua plenitude, subjetiva e objetiva, individual e social”.¹²⁹

¹²⁶ DIAS, Maria Berenice, **União Homossexual, o Preconceito & a Justiça**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.72.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto, **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.1; 27/28.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 18^a. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 570/572.

¹²⁹ BARROS, Sérgio Resende de, **Direitos humanos, paradoxo da civilização**, Belo Horizonte: Del-Rey, 2003, p.372.

2.5 - DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PRIVADO.

Numa visão geral dos Direitos Fundamentais, como convém ao presente tema acerca da família e considerando as abordagens anteriores, convém assinalarmos que a *nova concretização dos direitos fundamentais constitucionais* no âmbito do Direito Privado, vem de encontro à *moderna feição do Direito de Família*, com ênfase no seu sentido mais essencial, no afeto e nos sentimentos.

Na *velha Hermenêutica*, interpretava-se a lei, que representava tudo, predominando uma interpretação lógica, que nada acrescentava ao conteúdo da norma. Na *nova Hermenêutica*, especialmente a constitucional - concretiza-se o preceito - no sentido de que concretizar, é algo mais do que interpretar, pois é em suma, interpretar com acréscimo, com criatividade.

J. J. Gomes CANOTILHO, citando Konrad HESSE¹³⁰, perscruta o caráter criador da interpretação-concretização, que dá conteúdo à norma interpretada. Essa interpretação, segundo esse autor, deverá ser *diferente das demais normas constitucionais*, como visto anteriormente, porque aplicada aos *direitos fundamentais*, não sendo só explicativa, mas de verdadeiro preenchimento.¹³¹

Em matérias de direitos fundamentais, no caso de ocorrência de confronto entre seus titulares, o intérprete diante da necessidade de uma escolha axiológica, poderá relativizar um direito fundamental, em detrimento do outro, pois é da própria natureza desses direitos especiais, variarem de força e de características, conforme o momento histórico vivenciado.

¹³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**, trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p.61, par. 60.

¹³¹ AMARAL, Gustavo, **Direito, Escolha & Escassez**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 95/98; 121.

Essa sistemática nos leva a entender que as *normas de Direito Civil*, não podem ser concebidas autonomamente em face da superioridade hierárquica das normas de Direito Constitucional, pois é da Constituição que derivam os princípios e valores superiores que preservam a *unidade e a ordenação do sistema jurídico*.

Cabe-nos evidenciar por oportuno, que além dos enunciados anteriores sobre interpretação e aplicação constitucional, algumas diretrizes básicas se impõem, nessa ordem: 1º.)- parte-se dos grandes *princípios de governo*, na intenção do povo que o adotou, dos *direitos fundamentais* e do *princípio da proporcionalidade*, este no sentido de aplicação da Justiça; 2º.)- no exame de qualquer das *partes*, leva-se em consideração o “*todo*”, procurando sempre afastar a ambigüidade; 3º.)- pelo princípio do “*stare decisis*”, uma interpretação judicial firmada em determinado caso, não deve ser abandonada, sem justificativa fundamentada e somente ocorrerá por graves razões; 4º.)- aplica-se *legislação previamente existente no Estado*, mas não entendida de modo a limitar-se ou revogar-se por aquela disposição, especialmente no que se refere a preceitos restritivos de liberdade, ou preceitos que abrem exceções à regras gerais firmadas pela Constituição Federal, vedada ainda a interpretação com efeito retroativo; 5º.)- finalmente, os dispositivos são imperativos e não permissivos, não se podendo ademais, *negar aplicação* a preceitos somente por parecerem injustos ou conduzir a conseqüências nocivas, a discriminações não fundamentadas ou mera inconveniência.¹³²

Mas, visando alcançar um sentido mais aproximado de concretização constitucional, faz-se ainda necessária à distinção entre regras e princípios, o que leva à interpretação conforme a Constituição.

¹³² DESSIMONI, Alessandro, **Direito Constitucional, Reforma do Judiciário**, 4ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 67/68.

Primeiramente quanto às *regras*, a característica própria das mesmas, é poder ser sempre aplicada de modo completo, sem reservas ou exceções, as quais para valerem, precisam ser expressamente declaradas. Nas regras, a proposição normativa estabelece um recorte mais ou menos preciso da realidade social, de modo direto ou indireto. Ao mesmo tempo, porém, a regra pode ser vazada em termos de fórmula geral, com a expressa determinação de casos de exceção, (algo que jamais ocorre nos princípios).¹³³

Quanto ao *princípio*, o que mais importa evidenciar, consiste em perquirir que *peso* ele tem, ou quão *importante* ele é. Traduz-se em que, a primeira diferença entre regras e princípios, traz consigo a problemática da *dimensão de peso* ou importância. Assim, na resolução de um conflito, deve-se levar em conta, a força relativa de cada um.¹³⁴

Do contraste entre a *abertura indefinida* dos princípios e a *aplicabilidade delimitada* das regras, decorre a capacidade dos princípios de possibilitar continuamente novas regras, que concretizam seu núcleo normativo. Ademais, a função das regras consiste em precisar e concretizar o mandamento contido nos princípios.

Os princípios constitucionais hierarquizados pelo seu valor, situam-se simultaneamente no ápice e na base do sistema jurídico, pois possuem superioridade normativa material, ao mesmo tempo em que constituem o cerne fundamental da Constituição e do próprio sistema jurídico.¹³⁵

¹³³ TUTIKIAN, Cristiano, **Sistema e codificação.O Código Civil e as cláusulas gerais**, in ARONNE, Ricardo, (org.), **Estudos de Direito Civil-Constitucional**, v.1, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald, **Levando os direitos a sério**, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42/43.

¹³⁵ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 288.

A força normativa dos princípios constitucionais conduz à correlação entre Estado e Sociedade e, para tanto, a atividade interpretativa deve resguardar o *princípio constitucional da igualdade*, evitando, pois, as interpretações, contradições valorativas, as normas contrárias ao sistema e aos preceitos individualmente considerados.

Entretanto, o legislador poderá revogar uma regra determinada, substituindo-a por outra, mas não está dentro de sua competência, revogar um princípio fundamental. Tal se dá porque a vigência dos princípios escapa pela sua própria natureza, às determinações da vontade pública.

Decorre do reconhecimento da força normativa dos princípios, a interpretação conforme a Constituição, porque a opção por esse sentido “conforme” ou “compatibilizador” com a nossa Constituição, subentende a conformação finalística, valorativa.¹³⁶

É especialmente no campo dos Direitos Humanos que essa verdade transparece, pois muito antes de serem admitidos e proclamados pelos detentores do poder político, muitas regras de Direitos Humanos, decorrentes dos grandes princípios éticos, tiveram vigência como mandamentos obrigatórios na consciência coletiva dos povos.

Por essa hermenêutica concretizante da Constituição, os *direitos fundamentais* são erigidos à categoria de *princípios*, compondo o ápice do ordenamento jurídico.

Assim, o direito ordinário converte-se em Direito Constitucional concretizado e, em conseqüência, o Direito Civil não pode ser considerado *ramo autônomo* em

¹³⁶ TUTIKIAN, Cristiano, **Sistema e Codificação. O Código Civil e as cláusulas gerais**, in ARONNE Ricardo (org.coletânea). **Estudos de Direito Civil-Constitucional**, v. 1, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 36.

face do Direito Constitucional, visto não poder afastar-se dos princípios e normas constitucionais que regulam o Direito Privado.¹³⁷ Disto resulta uma certa *relação de tensão* entre o grau hierárquico mais elevado da Constituição, por um lado e a autonomia do Direito Privado de outro.

A *nova hermenêutica* admite intervenção nas relações de Direito Privado, desde que impostos *limites justificados*, porque para a configuração do Estado Democrático de Direito, torna-se imprescindível o comprometimento constitucional do poder estatal com a realização dos direitos fundamentais.

Num exemplo prático podemos indicar o Código de Defesa do Consumidor e o próprio Código Civil de 2002, ao retratar a defesa do contratante vulnerável, visa à proteção e eficácia dos direitos fundamentais.¹³⁸

Disserta Fábio Konder COMPARATO, que é a *consciência social* e não imposições estatais, a fonte matriz dos princípios mais elementares da vida humana, como os *princípios éticos*, expressos, sobretudo, na *verdade, na justiça e no amor*.¹³⁹

Nessa conformidade não haverá espaço para a arbitrariedade do intérprete, na conformação aberta do nosso sistema jurídico, porque na sua própria elasticidade está a sua resistência: o Direito abre para sistematizar e sistematiza para abrir, ou seja, na imbricação sistema/abertura, a ordem jurídica prende e libera o intérprete, usando por vezes a discricionariedade geral, no “abre” e a discricionariedade vinculativa, no “fecha”.

¹³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 141.

¹³⁸ TUTIKIAN, Cristiano, in ARONNE Ricardo, op. cit., p. 53/53.

¹³⁹ COMPARATO, Fábio Konder, **Ética, Direito, moral e religião no mundo moderno**, São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 09/513.

A complexidade da dinâmica social impõe ao intérprete, na busca da efetiva justiça material, colher na Constituição os elementos que possibilitem a efetivação da igualdade material.¹⁴⁰

O mais importante a assinalar é que devemos portanto reconhecer, que para além do texto normativo, há um significado a ser revelado por meio do *processo de interpretação-concretização* das normas de direitos fundamentais e ainda que o *papel do intérprete* na conformação do conteúdo dessa norma tão especial é de fundamental importância, pois terá como base a tutela da Dignidade da Pessoa Humana.

Por fim, a melhor hermenêutica do Direito Privado exige a compreensão dos elementos sistemáticos, que interligados pelo elo da principiologia constitucional, preservam a *unidade axiológica* do sistema promovendo a alteração de leitura das regras codificadas.¹⁴¹

¹⁴⁰ TUTIKIAN, Cristiano, in ARONNE Ricardo (org.), op. cit., p. 37.

¹⁴¹ ARONNE, Ricardo, **Propriedade e domínio. Reexame sistemático das noções nucleares de Direitos Reais**. Rio e Janeiro: Renovar, 1999, p. 77.

CAPÍTULO 3 – CLÁUSULAS GERAIS E ENTIDADES FAMILIARES

3.1 - INTRODUÇÃO: ESTRUTURA E SISTEMA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A ordenação do *Sistema de Direito Civil brasileiro* introduzido pelo Código Civil de 1916 e repetido no Código Civil de 2002 com importantes alterações, seguiu o sistema germânico de F. K. Von SAVIGNY.

Esta ordenação contém uma Parte Geral, contendo elementos comuns às outras partes, estas contendo modalidades diversas de Relações Jurídicas; estas, porém, destituídas de qualquer regulamentação.

Recebemos, portanto, o *Sistema de Direito Privado* já dividido em Direitos Reais, de Obrigações, de Família e das Sucessões, provido de princípios, *normas* e *terminologias* próprias, como adiante veremos.¹⁴²

Os aspectos criticáveis voltam-se à forma de *Institutos Jurídico*, bem como as múltiplas formas de *relações jurídicas* e assim, de certa forma, desmerecendo o elemento principal - que é o *sujeito* - ou mais especialmente, a *pessoa*, como enfatizado no capítulo primeiro desta dissertação.

A classificação por *Institutos* é largamente criticada, porque efetua dita organização de forma estanque, sem comunicação com os demais institutos e com as relações jurídicas que lhe são integrantes. Como exemplo, em nosso campo de estudo, podemos citar o casamento, a filiação e o parentesco, que são vistos *como*

¹⁴² NERY, Rosa Maria de Andrade, **Noções Preliminares de Direito Civil**, São Paulo: RT 2002, p. 125.

fenômenos distintos e não relacionados entre si e portanto estudados separadamente.

Para entendermos o “*sistema*” no Código Civil de 2002, partimos de Norberto BOBBIO, que conceitua “*sistema*” como uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem, de forma que os entes que a constituem não estejam somente em *relacionamento com o todo*, mas também num sistema de *coerência entre si*.¹⁴³

Cabe, portanto, ao jurista, organizar ou colocar em ordem aquilo que está em desordem, na compreensão de que Direito é uma realidade estudada pela *Ciência do Direito*.

A diretriz se encontra no art. 5º. da Lei de Introdução ao Código Civil, ao consagrar o critério do *Fim social e do Bem comum*, para adaptação do sistema às novas exigências sociais e aos valores positivos, especialmente, na interpretação e na integração da lacuna ontológica ou axiológica.¹⁴⁴

Finalmente, quanto a esta parte, cumpre-se ressaltar que o aspecto a ser elogiado refere-se nessa sistemática, à divisão do Livro de Direito de Família em: a)- *Direito Pessoal* da família e; b)- *Direito Patrimonial* de família.¹⁴⁵

¹⁴³ BOBBIO, Norberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 7ª. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1996, p. 71.

OLIVEIRA, José Sebastião de, **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**, São Paulo: RT, 2002, p. 337.

¹⁴⁴ DINIZ, Maria Helena, **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 164.

¹⁴⁵ SILVA, Clóvis do Couto e, **Direito Patrimonial de Família no projeto de Código Civil e no Direito Português**, São Paulo: RT, 520/79, p. 15.

3.1.1 - A Importância da Linguagem no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 é mais amplo do que os anteriores, em parte porque sua linguagem é outra e nela se contém as Cláusulas Gerais.

Para uma visão comparativa entre o Código de 2002 e o de 1916, quanto ao uso da linguagem, observamos que os Códigos totais construídos ao modelo oitocentista, são marcados notadamente por sua linguagem, a mais “precisa” possível.

Conforme magistério de Judith MARTINS-COSTA,

esses Códigos oitocentistas expressam um *sistema fechado* justamente porque, empregam a *técnica da casuística*, centrada em modelos cerrados, com perfeita definição do fato previsto e de suas conseqüências.

E, prossegue:

sua *linguagem* dificilmente permite comunicação com a realidade que está em seu entorno, notadamente com os chamados “elementos metajurídicos”, tais como valores éticos, dados econômicos, científicos, tecnológicos, de ordem social. O Código Civil de 1916 exemplo típico disto, onde para a regulação dos novos problemas, faz-se necessária a constante intervenção legislativa.¹⁴⁶

A novidade a ser evidenciada em relação ao Código Civil de 2002, além das estruturas e sistemas, refere-se à adoção de diversos *pressupostos metodológicos*, atuando por intermédio de duas soluções técnicas, que subentende um sistema aberto: a)- *emprego da jurisprudência*, com maior elasticidade, através de *cláusulas gerais*; b)- *novas tarefas delegadas ao legislador* .

¹⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith, e BRANCO, Gerson Luiz Carlos, **Diretrizes Teóricas do novo Código Civil brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

Ingo Wolfgang SARLET leciona que a conexão entre a estrutura e a linguagem utilizada possibilita uma incessante comunicação e complementaridade intertextual entre o Código Civil e os Direitos Fundamentais, através do uso das *cláusulas gerais*, consideradas como pontos de erupção do sistema.¹⁴⁷

Ressalve-se, porém, que o sistema jurídico não deve ser visualizado como “aberto”, somente pelas cláusulas gerais, mas porque ele possui *estrutura dialética, dialógica e plural*, onde o próprio Direito é o instrumento mais efetivo na busca da justiça material.

A previsão das cláusulas gerais serve à inserção de modelos valorativos, éticos e metajurídicos nos limites do sistema positivado da codificação.¹⁴⁸ É algo que ao ser posto, jamais se esgotando em si mesmo.

Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, ou ainda pontes e avenidas, representados pelas cláusulas gerais, que o ligam a outros campos normativos inclusive extra-jurídicos, que o vinculam dialeticamente aos princípios e regras constitucionais.¹⁴⁹

Finalmente, temos a observar, que em relação ao *Direito Pessoal de Família*, que contém parte de nosso estudo, estariam regradas de forma particular as *obrigações de conduta*, como as de comportamento, lealdade, fidelidade, solidariedade entre membros da família.

Assim, a maior parte da linguagem das normas contidas no Direito de Família, é de *textura aberta*, porque ali reside o afeto, a solidariedade, a fraternidade, enfim, o amor, que necessita um campo de vasta expressão.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados**, Porto Alegre, Livraria dos Advogados.

¹⁴⁸ TUTIKIAN, Cristiano, **Sistema e Codificação, O Código Civil e as Cláusulas Gerais**, ARONNE, Ricardo (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 26.

¹⁴⁹ TUTIKIAN, Cristiano, *idem*, p. 26.

3.2 – SIGNIFICADOS DAS CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO PRIVADO

Cumprir retornar nossa atenção no âmbito do Direito Privado, ao fato de que seus elementos tradicionais: *sujeitos, bens e atos* voltam-se agora a uma plêiade de novas categorias, denominadas: *valores, princípios, cláusulas gerais e padrões*, daí a necessidade da inserção dessa figura, cláusula geral.¹⁵⁰

A *organização e estrutura* desta dissertação justificam a inclusão das *Cláusulas Gerais*, no reconhecimento de que elas representam o *ponto*, onde as razões de Direito Privado e a Constituição Federal Brasileira de 1988, se encontram mais intimamente conectadas,¹⁵¹ importando essa vinculação na nova concepção de Direito Civil-Constitucionalizado.

Como aparecem transitando entre a generalidade, a vagueza e os valores as – *cláusulas gerais* - afirmam o objetivo de dotar o sistema de normas, com características de *mobilidade*, que propiciem *abertura* ao ordenamento jurídico, evitando-se a tensão entre *preceitos normativos rígidos* e *valores em mutação*.¹⁵²

As cláusulas gerais abrem-se à possibilidade de correção de rumos.¹⁵³ O juiz inclinado a esse novo papel criador - atuará pelo princípio da *eticidade*, seguidos pelos princípios da *socialidade e operabilidade* - pilares do Código Civil de 2002,

¹⁵⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade Nery, **Noções Preliminares de Direito Civil**, São Paulo: RT, 2002, p.110/111; 114.

¹⁵¹ CACHAPUZ, Maria Cláudia, **Intimidade e Vida Privada no novo Código Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.28.

¹⁵² JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6/10.

¹⁵³ CACHAPUZ, Maria Cláudia, op. cit., p. 217.

como assinalado por Miguel REALE,¹⁵⁴ e ainda pelo dever positivo *de lealdade e boa-fé*.¹⁵⁵

Elas podem servir tanto para *adaptação*, como para um *desenvolvimento comum* e é precisamente nisto que está a grande contribuição: *juízes* podem ser entendidos como pequenos Tribunais Constitucionais materiais.¹⁵⁶

Na seqüência podemos adotar o conceito de Judith MARTINS-COSTA, para quem

as Cláusulas Gerais constituem o meio legislativo hábil, para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de *princípios valorativos*, expressos, ou ainda inexpressos legislativamente, de: “standarts”, máximas de conduta, arquetícos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas.¹⁵⁷

Vistas sob outro ângulo, no magistério de Eduardo SILVA,¹⁵⁸ essas cláusulas são dirigidas ao juiz, de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência), para que, à vista dos casos concretos, crie, complete ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos, cuja *concretização* pode estar *fora do sistema*: estes elementos contudo, *fundamentarão a decisão*. Portanto, reiterados no tempo, os fundamentos da decisão, será viabilizada a re-sistematização desses elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.

Como previsão concreta de necessidade de aplicação das cláusulas gerais, cite-se o artigo 21 do Código Civil Brasileiro, que dispõe textualmente:

¹⁵⁴ REALE, Miguel. **Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: RT, 2003, p. 12/13.

¹⁵⁵ PAUL, Ana Carolina Lobo Cluck, **O Princípio da Eticidade na Nova Ordem Civil Brasileira**, in Rosa Maria de Andrade Nery (coord): **Função do Direito Privado**. Coleção Perspectivas de Direito Privado nº. 1, São Paulo: RT, 2006, p. 487.

¹⁵⁶ HECK, Luís Afonso, **Apresentação à Intimidade e Vida Privada no novo Código Civil Brasileiro**, Maria Cláudia CACHAPUZ, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 19/21.

¹⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. 1ª.ed., São Paulo: RT, 2000, p. 286.

¹⁵⁸ SILVA, Eduardo, **A Boa-Fé no Direito Privado**, in MARTINS-COSTA, Judith (org.), 1ª. São Paulo: RT, 2000, p. 266.

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

E, ainda, o art. 187 do Código Civil de 2002:

Também comete ato ilícito, o titular de um direito que, ao exercê-lo, *excede* manifestamente, os *limites* impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

Sua leitura significa tornar possível que o *particular e exclusivo* - e, portanto, pertencente a uma *esfera privada* – se imponha frente a uma determinada situação concreta como regra geral. Tal condição só se apresenta viável na medida em que *se abre o universal ao alheio*, para poder compreendê-lo e complementá-lo.¹⁵⁹

Temos, portanto, que são justamente as *Cláusulas Gerais* que permitirão o adequado emprego dos *valores*, no exame dos *comportamentos e relacionamentos* sociais, nos quais se inserem a Família e seus integrantes. Estas, enfim, atuarão como uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico, um vasto domínio de casos.

3.3 - CLÁUSULAS GERAIS E ENTIDADES FAMILIARES DO ART. 226, PARÁGRAFOS 3º. e 4º. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988.

A presença das *Cláusulas Gerais* no Código Civil de 2002, agora entrelaçado com o elemento *ético*, levará sem dúvida a novos posicionamentos da Jurisprudência, quando da aplicação e concretização das normas civis, especialmente as familiares.

¹⁵⁹ CACHAPUZ, Maria Cláudia, op. cit., p. 217.

Em torno desse debate profícuo, passaremos a incluir o art. 226 e parágrafos 3º e 4º. da Constituição Federal de 1988, que trata das Entidades Familiares, como uma *Cláusula Geral*, apta a incluir novas formas familiares, com o desenvolvimento de uma determinada sociedade, na qual essas Entidades se encontram localizadas.

Devemos sempre que necessário, além da diretriz dos valores essenciais da eticidade, socialidade e operabilidade, lançar mão de cláusulas gerais, seguindo magistério de Miguel REALE, como ocorre nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção, por parte do titular do direito - *ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica.*¹⁶⁰

Esse expediente no nosso atual sistema jurídico, com a gradativa ocupação de espaços pelas leis especiais centradas na Constituição, conduz a uma leitura interdisciplinar do Direito, onde cabem matérias e técnicas complementares.

Assim, dispõe o citado art. 226 da Constituição Federal:

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

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 a sua conversão em casamento.

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

Entendemos na seqüência, que o art. 226 da Constituição Federal de 1988, em seu “caput” e parágrafos 3º. e 4º., consubstanciam uma *cláusula geral de inclusão*, de que fala Paulo Luiz Netto LÔBO¹⁶¹, como veremos abaixo, não podendo serem excluídas quaisquer entidades que preencherem os requisitos de afetividade,

¹⁶⁰ REALE, Miguel, **Visão geral do novo Código Civil**, São Paulo: Revista de Direito Privado, v. 9, 2002.

¹⁶¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**, coord.: Rodrigo Pereira da Cunha, Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

estabilidade e ostensividade, dentre outros. Isto se extrai do art. 5º. em seu parágrafo 2º., que dispõe:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte.

Além de se impor uma interpretação extensiva, também há de se reconhecer a existência de uma *lacuna*, no citado art. 226 da Constituição Federal de 1988, por omitir-se em relação a todas as formas de uniões ou parcerias humanas.

Encontramos esse fundamento de inclusão de novas formas, no reconhecimento de um núcleo no atual sistema jurídico, que é o respeito à Dignidade da Pessoa Humana, que se sustenta nos princípios da liberdade e da igualdade.

Ingo Wolfgang SARLET leciona que:

Uma dimensão dúplice da *dignidade*, manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da *autonomia da pessoa humana*, vinculada à idéia de *auto-determinação*, no que diz com as **decisões essenciais à respeito da própria existência**, bem como da **necessidade de sua proteção (assistência)**, por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de auto-determinação.¹⁶² (grifos nosso)

Valendo-se da expressão utilizada pelo consagrado civilista Gustavo TEPEDINO,¹⁶³ com a inserção de uma nova tábua de valores no ordenamento jurídico, por intermédio da Constituição Federal de 1988, tornou-se imprescindível, a fim de atender a tais inovações, a *reformulação do conceito de família*, isto para evitar a ocorrência de conflitos dentro do sistema.

¹⁶² SARLET, *Dimensões...*, op. cit., p.46 e Maria Berenice Dias, op. cit., p. 53.

¹⁶³ TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro:Renovar, 2001, p. 350/351.

Da mesma forma, Paulo Luiz Netto LÔBO discursando no Instituto Brasileiro do Direito de Família em 2002, advoga que as identidades familiares constitucionalizadas, vão além do “*numerus clausus*” contidos expressamente no texto constitucional, considerando que o Direito de Personalidade inclui a identidade pessoal, a integridade física e psíquica, que todo ser humano possui.

Tratando-se, portanto, de *enumeração meramente exemplificativa*, no exemplo citado, não se permite excluir qualquer entidade que contenha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Isto ocorre justamente porque, valores e normas sociais são modificados, reconstruídos e alterados em conformidade com as transformações da própria sociedade.

O mencionado autor¹⁶⁴ afirma, ainda, no mesmo texto:

A norma de inclusão do art. 226, apenas poderia excepcionar, se houvesse outra *norma de exclusão* explícita de tutela dessas uniões. A ausência de lei que as regulamente, não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226, são auto-aplicáveis, não dependendo de regulamentação.

Um ou dois pais formando uma família, uma ou duas mães, não importa, porque a sexualidade faz parte da condição humana e não há previsão legal, negando ou autorizando.

Por outro lado, importa assinalar que o art. 226 (e parágrafos) da Constituição Federal de 1988, ao ser regulamentado, através das Leis nº. 8.971/94 e 9.278/96, *foi alterado em sua redação originária*, por uma troca na seqüência de vocábulos, igualmente reproduzida pelo Código Civil de 2002, da seguinte forma:

¹⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto, **Entidades Familiares Constitucionalizadas**, coord.: Rodrigo Pereira da Cunha, **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.89 e 105.

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. (grifos nossos)

Esta construção vem de encontro à nossa tese de que a Entidade Familiar de conceito aberto é gênero do qual a união estável é uma de suas espécies. E devido a **esta espécie** de Entidade Familiar, é que deve prevalecer a expressão **entre o homem e a mulher**.

A Lei 9.278 alterou esta seqüência originária constitucional no que foi seguida pelo Código Civil de 2002, nos seguintes termos:

É reconhecida **como entidade familiar**, a convivência duradoura, pública e contínua **entre um homem e uma mulher**, estabelecido com o objetivo de constituição de família.

Portanto, com tal modificação foi deslocada a exigência de heterossexualidade *da união estável*, para a *entidade familiar* em geral.

São justamente as *cláusulas gerais* que permitirão, como ilustramos, neste caso específico de má redação infraconstitucional, omissão ou lacuna legislativa, o adequado emprego dos valores fundamentais articuladores, como, por exemplo, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Proteção da Família, que deverão atuar sobre todas as formas de uniões familiares.

Persiste, entretanto, uma mentalidade clássica, porque tendo sido o legislador constituinte de 1988 inovador e construtivista, à frente do legislador ordinário - a sociedade brasileira, na sua grande maioria, continua extremamente conservadora e apegada a valores exclusivistas, sem abertura para mudanças.

Porém, como afirma Jesús Gonzalez PEREZ, todos os homens são iguais na sua dignidade e não somente alguns, que detenham determinadas condições.¹⁶⁵

Acresce-se ainda a esse quadro, a implantação de uma Constituição-Cidadã-progressista, numa Nação “em desenvolvimento” em território imenso, carente de justiça social, enfrentando desafios econômicos, institucionais, políticos e orçamentários em meio a tantos outros e, por esta razão, responsável pelo enorme distanciamento entre ricos e pobres na sempre falada, mas nunca resolvida, desigualdade social.

Resulta, portanto, uma legislação ordinária afastada da realidade e é, justamente nesse cenário, que deverá atuar o Juiz Criador, que dará novos posicionamentos à Jurisprudência, por ocasião da aplicação/concretização das normas civis e familiares.

¹⁶⁵ PEREZ, Jesús Gonzalez, **La dignidad de la persona**, Madrid: Civitas, 1986, p. 803.

PARTE II

CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO DAS ENTIDADES E RELAÇÕES

FAMILIARES

1.1 - INTRODUÇÃO: CONCEITOS DE FAMÍLIA

O conceito de *Família*, segundo alguns autores, deriva do latim “*Famulus*” significando escravo, doméstico, ou ainda num sentido etimológico significativo, como o conjunto de escravos.”¹⁶⁶

Outros autores indicam sua etimologia, como derivada do sânscrito, na palavra *dhāman* (casa), transformada em *famān*, família, sempre exprimindo a idéia de coletividade, unidade e estabilidade¹⁶⁷, mais tarde, parentesco, filiação. Daí a importância da casa comum ou casa conjugal, como abordado no próximo tópico.

Francesco CARNELUTTI, afirma que a família é e sempre foi a célula microscópica do Estado, que em sua dependência de estabilidade depende do Direito, sendo que uma força misteriosa mantém seus membros unidos; é o amor. ¹⁶⁸

Por outro lado, cônjuge deriva de “jugum”, espécie de carga que prendia cavalos à carruagem, que derivou no verbo “congiungere”, união de duas pessoas sob o mesmo jugo ou carga.¹⁶⁹

¹⁶⁶ GONTIJO, Segismundo. **A família em mutação**, Internet: Buscalegis. Consulta 02-10-05.

¹⁶⁷ SÁ PEREIRA. **Direito da Família**, *apud* Áurea Pimentel Pereira. **Alimentos no Direito de Família**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 116.

¹⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco *apud* NERY, Rosa Maria de Andrade, **Noções Preliminares de Direito Civil**. São Paulo: RT, 2002, p.21.

¹⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 37.

Família, em *sentido amplo*, compreende as pessoas unidas pelo casamento mais as relações de parentesco, ou “gens” romano, adotado pelo nosso Código Civil, em matéria de impedimentos matrimoniais. Em sentido restrito, apenas o “domus”, ou seja, a família com os cônjuges e filhos.¹⁷⁰

Esse *sentido político* de formação – de forma ampla – e a sua *natureza patriarcal* surgiram, segundo historiadores, na família grega.¹⁷¹ Na *Grécia antiga*, a família consistia num grupo social, político-religioso-econômico, com sede na casa do ancestral mais velho, chefe de família, investido de poderes absolutos e sacerdotais, o qual mantinha a unidade física e religiosa doméstica.¹⁷²

Na *família romana*, o pai tinha o poder de vida e de morte sobre seus filhos, podendo aceitar ou recusar a filiação. Enquanto o pai vivia, o filho não era considerado cidadão, nem podia praticar nenhum ato da vida civil sem a outorga paterna. Tal situação perdurou até final do século XVIII, quando o Estado assumiu uma participação ativa na formação familiar.¹⁷³

Como se nota, a família surgiu como um *fato natural*, nascido do impulso biológico que originalmente uniu o homem à mulher, com o objetivo de satisfação sexual e em decorrência, de perpetuação da espécie. Ocorre que desses interesses particulares evoluiu para um direito misto, onde se confundem interesses públicos, sociais e privados e onde estes últimos se vêem muitas vezes sacrificados ou

¹⁷⁰ RUGGIERO e MAROI. *Instituzioni di Diritto Privato*, v.1, 7ª. ed., 1948, p. 219, par. 48, *apud* Eduardo Espínola, **Direito de Família**. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p.11.

¹⁷¹ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no Direito de Família e de Companheiros**, 2ª. ed., São Paulo: Renovar, p.116-117.

¹⁷² COULANGES, Numa Demis Fustel de, **Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**, São Paulo: Hemus, 1975, p. 80.

¹⁷³ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de Família no novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 16-17.

subordinados aos interesses públicos, em razão da alegada necessidade de conservação dos valores e tradições fundamentais da sociedade.¹⁷⁴

Pode-se ainda delinear a família, segundo Rodrigo da Cunha PEREIRA,¹⁷⁵ como uma exigência natural e até mesmo espiritual do homem.

No Código Civil Brasileiro de 2002, o *Direito de Família*, tratado no Livro IV, artigos 1.511 a 1.783, consiste no complexo de normas que regulam o casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, e ainda na doutrina moderna, nas relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal e dissolução desta - as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.

Nelson Nery e Rosa Maria B. de Andrade Nery, acrescentam que este ramo cuida ainda, de estabelecer base de segurança jurídica para resguardo das *relações de afeto*, entre pessoas não unidas, pelos vínculos do casamento, cuidando das relações de filiação e parentesco.¹⁷⁶

Enfim, o Direito de Família está, na feliz expressão de Maria Berenice DIAS,¹⁷⁷ “umbilicalmente ligado aos Direitos Humanos, que têm por base o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, versão axiológica da natureza humana.”

De qualquer forma, “Família” na atualidade, não detém apenas o significado restrito de pai, mãe e filhos, aqueles formalmente casados e descritos como

¹⁷⁴ COULANGES, Numa Demis Fustel de, **Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**, São Paulo: Hemus, 1975, p.33/34.

¹⁷⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil**. São Paulo: RT, 2002, p. 21.

¹⁷⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família. Uma abordagem psicanalítica**, 3ª. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 68.

¹⁷⁶ NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria B. de Andrade, **Código Civil comentado**. 3ª.ed., São Paulo: RT, 2005, p. 733/734.

¹⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 2ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 58.

formadores da família legítima, mas contém uma ampliação de significado para - de quem unido por laços de parentesco e/ou de afeto, vive ou não sob o mesmo teto.

Pode-se, então, afirmar finalmente quanto aos conceitos de Família, dentro da evolução jurídico-histórica, que o que deve predeterminar a visão e a ordenação jurídica dessa Família, são os interesses concretos das pessoas em busca da realização pessoal, na situação de família, enfocada pela Dignidade da Pessoa Humana.

1.2 - A VINCULAÇÃO DA IDÉIA DE FAMÍLIA AO TERMO CASA OU MORADA

O sentido da expressão “construir casa” tinha na Antiguidade a mesma significação de “construir família”. Tanto a *casa hebraica*, quanto à *casa grega*, (*oikos*), como no sânscrito *dhâman*, ou *famãn*, continham a idéia da *casa-família*, abrangendo então além da família-nuclear, a terra e as habitações, depósitos e túmulos nela construídos.¹⁷⁸

Na expressão romana “domus”, ou na expressão grega “oikos” permanece a idéia de casa, como reduto da vida e da intimidade do homem e como espaço que irá gerar futuramente o lugar do Direito civil, do Direito privado.

Reconhece-se que o *domicílio* tem um *sentido metafísico*, por compreender o local onde a pessoa vive e que passa a integrar o próprio sentido de sua *personalidade*.

¹⁷⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade, **Lições Preliminares de Direito Civil**, São Paulo: Melhoramentos, 2202, p.101/103.

Esse espaço privado definido, consiste no lugar em que a ação jurídica da pessoa se exerce de modo contínuo e permanente. Representa o seu limite de tempo e de espaço e além do seu sentido imaterial, o sentido material abriga ampliada conotação jurídica.

Domicílio, morada, moradia comum, moradia habitual, domicílio político, residência, são diversos os termos encontrados na Carta Maior e legislação ordinária. O Título III - Do Domicílio, do Código Civil de 2002, traz em seu artigo 70 que “o domicílio da pessoa, é o lugar onde ela estabelece a sua residência, com ânimo definitivo”. Esse artigo deve ser conjugado com os subseqüentes artigos 71 e 73, inclusive porque prevê pluralidade de domicílios ou mesmo, uma pessoa sem domicílio.

Domicílio seria a residência acrescida da qualificação legal e *domicílio político*, o lugar onde o cidadão exerce seus direitos de cidadania.¹⁷⁹

Também nos interessa o *conceito ampliado de casa e família*, que vai indicar o outro espaço necessário dos negócios da “pólis”, da cidade, realçando interesses além da *pessoa*. Surge a *noção social e moral da família* que privilegia o direito à vida e engloba temas relativos aos *sujeitos, aos atos e aos objetos*.¹⁸⁰

Pondera Maria Cláudia CACHAPUZ, que o espaço reservado à família, ou espaço privado, na Antiguidade, foi visto como simples associação comunitária dos indivíduos em razão das necessidades de convívio, de forma a garantir a própria subsistência individual. Tratava-se, pois, de atividade concreta de *sobrevivência* em

¹⁷⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil, Parte Geral**, 6ª. São Paulo: Atlas, 2006, p. 206/208.

¹⁸⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade, **Noções Preliminares de Direito Civil**, São Paulo: Melhoramentos, 2002, p. 158/161.

pequenas comunidades, vez que a força de união dos indivíduos em *núcleos familiares* decorria da própria vida, no alimentar-se e no manter-se vivo.¹⁸¹

Não se tratava ainda de uma defesa das coisas íntimas da pessoa, tal como ocorre hoje, mas de uma simples superação das necessidades pessoais, mesmo porque predominava nessa esfera, uma idéia de completa submissão, invertida somente quanto ao enfrentamento das forças da natureza e na obtenção de alimentação. Era em suma, uma vida servil, o espaço privado.

Na atualidade, o sistema de Direito Civil reconhece ser o domicílio entendido como *atributo da pessoa*, chegando a alcançar um *sentido metafísico*, como já exposto.

O Direito à moradia expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, conserva esse alegado espírito metafísico de domicílio, com um dos aspectos mais relevantes da privacidade e da intimidade da pessoa, como um espaço próprio individual. Em conseqüência, o alargamento do conceito de moradia, foi erigido sob forma de proteção da Família, aos artigos 183, caput; (aquisição de imóvel urbano); 191, caput; (rural), e mais especialmente o art. 6º. da Constituição Federal Brasileira, (direitos sociais).¹⁸²

Reza o art. 183 da Constituição Federal de 1988:

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

¹⁸¹ CACHAPUZ, Maria Cláudia, **Intimidade e Vida Privada no novo Código Civil Brasileiro**, Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006, p. 56/57.

¹⁸² MONTEIRO, Washington de Barros, atualizado por Ana C. de B. Monteiro França Pinto. **Curso de Direito Civil, Parte Geral**, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 163/166.

Denota-se desta forma, que domicílio destina-se à moradia, à proteção da família, como um espaço inviolável, servindo aos interesses da *Família*, como núcleo fundamental de segurança, razão, portanto, da inserção do direito de moradia no capítulo dos direitos sociais.

1.3 - A FAMÍLIA COLONIAL BRASILEIRA

Prosseguindo no capítulo da evolução das Entidades Familiares, passamos a enfocar a época Brasil-Colônia, período iniciado por volta de 1532, início da colonização, e que se encerra somente em 1815, quando é declarado Reino-Unido. Nesse longo período da história brasileira, com reflexos profundos que se prolongaram até o Código de 2002, ou seja, até final do Código de 1916, houve de início, planejamento de ocupação demográfica por parte de agentes representativos da Coroa Portuguesa, junto com a Igreja, esta a serviço do Estado para o esforço de colonização, concorrendo todas as mulheres indiscriminadamente.

O objetivo de início era o de valorizar o casamento, com as inerentes funções da maternidade, visando converter as populações femininas a um modelo que fosse útil ao projeto civilizador e colonizador, ou seja, *constituição de famílias legais*.

Embora Estado e Igreja tenham participado juntos da colonização, assumiram modos diversos em relação à formação da família. Assim, importava para a Coroa Portuguesa, reprodução dos valores e costumes europeus, enquanto as ordens religiosas procuravam impedir a existência de famílias espúrias, mas com expressa tolerância para as uniões ilícitas, conforme a camada social envolvida.

Este panorama não se restringiu à região nordeste e ao período colonial, mas avançou as fronteiras de séculos perdurando no Brasil, até o advento do Código Civil Brasileiro de 1916. Na região sul essas características ligaram-se à cafeicultura, florescendo nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro especialmente em Bananal (SP) e Vassouras (RJ), bem como no Estado de Minas Gerais.¹⁸³

Podemos relatar sobre essa época colonial da família brasileira, como sendo, onde a relação entre sexos foi sempre uma relação constante de toda a humanidade, não só do Brasil, mas sempre com reservas em relação ao concubinato e ao adultério, procurando resguardar o amor de homens e mulheres no interior dos lares.¹⁸⁴

Instaura-se, portanto, desde então, a íntima relação entre casamento e domicílio, este último na acepção de uma casa, consistindo no núcleo de todas as pessoas que ali residiam, independente dos laços sanguíneos, de solidariedade ou de trabalho, como examinaremos no capítulo seguinte. Aqui aparece nitidamente a *família patriarcal*: o chefe – varão, mulher, filhos, sogros, enteados, agregados.¹⁸⁵

Nem sempre os resultados corresponderam às expectativas, na apreciação de Gilberto FREYRE, pois a política de incentivo encontrou dois grandes pontos de resistência: vadiagem dos homens e a dificuldade de casamentos. Assim, o recolhimento dos homens nos povoados garantiria uma população estável e destinada ao casamento. Não funcionou essa prática, especialmente com relação às camadas mais pobres, resultando no amancebamento generalizado.

¹⁸³ SOARES, Orlando, **Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 115/118.

¹⁸⁴ TEIXEIRA, Paulo Eduardo. **O outro lado da família brasileira: Mulheres Chefes de Família**. Campinas: Unicamp: 2004, p. 48.

¹⁸⁵ TEIXEIRA, Paulo Eduardo, op. cit., p. 78.

Na formação da família, visão retratada por Gilberto FREYRE, observa-se de início, uma sociedade constituída com pequeno número de mulheres brancas, mas larga e profundamente mesclada de sangue indígena. O português ao mesclar-se com a raça indígena e negra, produziu uma população mestiça, ainda mais adaptável ao clima tropical.

É a *família* e não o indivíduo considerado isoladamente, nem tampouco o Estado, nem nenhuma Companhia de Comércio, o grande *fator de colonização* do Brasil. Não houve “europeização”, mas sim um processo de equilíbrio de antagonismos – de economia e de cultura europeia, indígena e africana.¹⁸⁶

Por outro lado, Nireu CAVALCANTI, em pesquisa centrada na arquidiocese do Rio de Janeiro, a respeito do casamento no Brasil-Colônia, afirma que os casamentos entre negros e mestiços era tão raro, quanto casamentos entre negros e brancos, porque manter a linhagem pura era uma forma de resistência.¹⁸⁷

O quadro apresentado pela família colonial brasileira reproduz, em boa parte, a sociedade brasileira desse longo período: uma sociedade desigual, tendo um *modelo de família* que espelha a desigualdade reinante e assim sendo *as Relações Familiares*, que nos interessa de perto, não destoa desses traços fixados, tendo como pano de fundo, o contexto da expansão comercial e colonial europeia da época moderna.¹⁸⁸ No Brasil já se encontram, nessa época, as figuras do cobrador

¹⁸⁶ FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. São Paulo: Global, 49^a. ed., 2004, p. 34, 73, 177, 190.

¹⁸⁷ CAVALCANTI, Nireu, **Noites Tropicais**. Reportagem de Ronaldo FRANÇA, para a Revista Veja, de 16/10/2002, p. 82/84.

¹⁸⁸ FACHIN, Rosana Amara Girardi, **Em busca da Família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 19, citando a autora, reportagem da **Revista VEJA**, de 21-04-99, que retrata o Brasil como, cioso da solenidade (bacharelismo), da formalidade (matrimônio pela igreja católica) e temente da autoridade judicial (importância do papel exercido pelo Judiciário), desde o Brasil-Colônia, p.20.

de tributos e de rendas, o militar, o padre e o juiz, tendo no topo o Ouvidor-Geral, seguido dos corregedores.

Na parte legisladora, porém, prosseguem as Ordenações do Reino, desde o descobrimento, especialmente ao início da colonização agrária, por volta de 1532, até final do século XIX.

Dado o choque das duas culturas, uma adiantada, portuguesa, e duas outras atrasadas, negra e indígena, resultou num contato dissolvente e certa degradação moral, bloqueada em parte pela ação missionária, salvando-se apenas formas ou acessórios de cultura.

No princípio do século XVII a população brasileira era por volta de cinquenta mil pessoas e cerca de cem mil escravos trazidos da África, constituindo então a maior de todas as colônias portuguesas. Para se ter uma idéia do desenvolvimento, no século XVIII, a população alcançará por volta de quatro milhões de habitantes, espalhados pelas costas do Brasil.

Ao lado da grande legislação esparsa, três grandes compilações: as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Na primeira Ordenação, ainda em Portugal, tentando coordenar os princípios jurídicos do Reino, observa-se a tentativa de conciliação entre os velhos e tradicionais costumes e as normas e princípios já colhidos do Direito Romano. As Ordenações de D. Manuel tiveram sua primeira impressão em 1521, poucos meses antes da morte desse Monarca.¹⁸⁹

Na parte que interessa ao nosso estudo, extrai-se que, dos cinco livros de legislação geral das Ordenações, situava-se o Direito Civil no Livro IV, sendo o direito privado mantido em seus contornos de origens romano-canônico, enriquecido

¹⁸⁹ AZEVEDO, Luiz Carlos de, **Estudo Histórico sobre a Condição Jurídica da Mulher no Direito Luso-Brasileiro, desde os anos mil, até o terceiro milênio**. São Paulo: Centro Universitário FIEO, 2001, p. 92.

por contribuições doutrinárias dos praxistas e doutrinadores e pela jurisprudência. Adotou-se, como em Portugal, os cânones do Concílio de Trento (1563), especialmente quanto ao hoje denominado Direito de Família, sendo adotado então, o casamento “a metade”.¹⁹⁰

Desde então se repete a condição submissa da esposa frente ao consorte, vez que tais Ordenações, como vimos atrás, alcançou o final do século XIX.

Nas palavras de Paulo Eduardo TEIXEIRA, o povoamento do território brasileiro, antes mesmo de se estabelecer sobre uma base econômica sólida, precisou da participação da família, que despontou como elemento essencial aos propósitos de defesa permanente do território.

Foi, portanto, a unidade colonizadora, mais do que a raça, cultura ou religião que implantou a *organização familiar no Brasil*. A Casa Grande - especialmente na região nordeste do Brasil - completada pela senzala, representa todo um sistema econômico, social e político de produção, de trabalho, de transporte, de religião, de vida sexual e de família.¹⁹¹

No regime econômico colonial, a *titularidade privada* se mantém no núcleo da estruturação do poder, do soberano aos latifundiários de modelo feudal.

Nessa conformação, fácil explicar porque a noção fundamental de Família, por um lado, decorre da idéia de subordinação (escravos e parentes), e de outro, pelo poder de mando, que, surgindo na Antiguidade, atravessa a história até a contemporaneidade, sem perder totalmente as suas características fundamentais.

¹⁹⁰ AZEVEDO, Luiz Carlos de, **Estudo Histórico sobre a Condição Jurídica da Mulher no Direito Luso-Brasileiro, desde os anos mil, até o terceiro milênio**. São Paulo: Centro Universitário FIEO, 2001, p. 92.

¹⁹⁰ TEIXEIRA, Paulo Eduardo, op. cit., p. 92.

¹⁹¹ TEIXEIRA, Paulo Eduardo, op. cit., p. 92.

Por fim, graves são as conseqüências até hoje sentidas: um Estado Brasileiro cartorial, arquitetado pelo reino das solenidades e celebrações, ritos e processos, empreguismo público, exclusão social e uma seleta classe econômica-política dominante, daí originando o afastamento entre o ordenamento jurídico e a maioria da população.¹⁹²

1.4 - EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA FAMÍLIA BRASILEIRA

Anteriormente à Constituição Federal do Brasil de 1988, podemos assinalar com relação à Família, as principais referências e inovações que foram editadas nas Constituições Federais e legislação infra-constitucional:

Em 1603, o casamento civil foi incluído formalmente nas Ordenações Filipinas, editadas por Felipe II da Espanha e Felipe I de Portugal, que vigoraram no Brasil até 1916, com o advento do Código Civil;

O Decreto 1823 introduziu o “casamento civil” no Brasil, que já era obrigatório para o casamento em Portugal desde 1564, seguindo as normas do Concílio de Trento.¹⁹³

A Constituição de 1824 (Imperial), foi a primeira a adotar os direitos e garantias individuais, além do devido processo legal. Já expressava que o casamento seria civil e gratuito, referindo-se ainda ao direito à vida e à proteção dos bens jurídicos, como a casa e a correspondência. Entretanto, só cuidava “Da Família Imperial e sua Dotação”.

¹⁹² FACHIN, Rosana Amara Girardi, op. cit., p. 29; 34.

¹⁹³ AZEVEDO, Luiz Carlos de, **Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no Direito Luso-Brasileiro, desde os anos mil até o terceiro milênio**. São Paulo: Centro Universitário FIEO, 2001, p.565/568.

A Lei nº. 1.144 de 1861 retirou o monopólio da Igreja Católica quanto à celebração dos matrimônios válidos;

A Constituição de 1891, Republicana, nada acrescentou de novo no que se refere à Família, embora continuasse a expressar o direito à vida, direito de igualdade de todos perante a lei, inviolabilidade da casa e sigilo de correspondência.

O Decreto nº. 181 de 24 de janeiro de 1890, portanto anterior a essa Constituição, regulamentou o casamento civil no país, proibindo-o aos menores de 14 anos.

A Constituição de 1934 tratou em título apartado, “Da Família, da Educação e da Cultura” e em seu artigo 144 expressava que “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”.¹⁹⁴ Inovou ao prever o direito à subsistência, ao lado dos direitos à liberdade, segurança individual e à propriedade.

A Constituição de 1937, documento esse outorgado, expressava a garantia da integridade física mesmo dos presos (art.122,13), mas continha, ao mesmo tempo, medidas altamente cerceativas da liberdade e da vida política. A proteção da família, constituída pelo casamento indissolúvel, foi repetida agora no artigo 124. Paradoxalmente, como enfatiza Cármen Lúcia Antunes Rocha,¹⁹⁵ foi a primeira Constituição que ao cuidar da “família” a expressar o dever de proteção específica da infância e da juventude mais carente, como se lê:

art. 127: - “...O abandono intelectual, moral ou físico da *infância e da juventude*, importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos *pais miseráveis* assiste o

¹⁹⁴ GLANZ, Semy. **A Família Mutante**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 133.

¹⁹⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 59/61.

direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência para a subsistência e educação de sua prole”.

A importância das normas inseridas na Constituição de 1937, mesmo que autoritária, refletem em termos, o estágio das idéias constitucionais predominantes, com o constitucionalismo social, em plena efervescência no final do século XX. A partir daí, o constitucionalismo passa a integrar as Cartas Brasileiras, com a retomada do processo político democrático e as idéias de justiça social e de existência digna.¹⁹⁶

A Constituição de 1946, no que se interessa à *família*, proibiu a diferença de salários entre os sexos. Além disso, em seu art.163 repete as duas Constituições anteriores no sentido de que “a família... terá direito à proteção especial do Estado”. Acompanhando o espírito que iria aflorar na Carta Maior, o Dec. Lei n. 3.200/41, já proibia a qualificação do filho nas certidões de nascimento. Da mesma forma, o Dec.Lei no. 4.737 de 24 de setembro de 1942 havia equiparado os filhos de desquitados aos puramente naturais.

A Lei nº. 883, de 21 de outubro de 1949, autorizou o reconhecimento do filho havido fora do casamento e ao filho para que se lhe declare a filiação, após a dissolução da sociedade conjugal.

Em 1955, o Decreto nº. 123 traz a Ratificação da Convenção Internacional dos Direitos Políticos da Mulher, na Organização das Nações Unidas. – ONU.

A importante Lei nº. 4.1212/62, Estatuto da Mulher Casada, revogou parcialmente a representação da mulher pelo marido, demonstrando um marco divisório, no papel que a mulher passaria a desempenhar a partir dali.

¹⁹⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., p. 63.

A Constituição de 1967 bem como a Emenda nº. 1 de 1969, embora contendo redação diversa, prosseguiu ignorando a família sem casamento, continuando a não admitir o divórcio.

Na legislação ordinária temos, em 1973, a adoção do *patronímico* de companheiro (art. 57, § 2.º, 3.º e 4.º, da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

A Lei do Divórcio em 1977, considerada um marco histórico, introduziu pela Emenda Constitucional nº. 09/77, a dissolução do vínculo conjugal, após três anos de separação, retirando-se da redação a palavra “indissolúvel”, que acompanhava o casamento.¹⁹⁷

Na seqüência cronológica, importa evidenciar a Lei nº. 7.250/84, dispendo sobre reconhecimento de filhos ilegítimos, porém condicionando-o à separação de cônjuge anterior, por mais de 05 (cinco) anos.

Temos a permissão à companheira de visitar o *preso*, bem como autorização de saída ao preso em caso de morte ou doença grave da companheira (artigos 41 inciso X, e 120, inciso I, ambos da lei 7.210, de 11 de julho de 1984).

Da mesma forma, a qualificação da companheira como *dependente do militar*, desde que viva em sua companhia há mais de cinco anos (art. 50, § 3.º, i, Lei 6.880/80; art. 50, § 4.º, IX, Lei 7.289/84 e art. 51 § 3.º, i, Lei 7.479/86).

Também a qualificação da companheira mantida há mais de cinco anos como *dependente do segurado urbano*, com vida em comum e vivendo em dependência econômica (artigos. 10, inc. I, §§ 5.º e 6.º, 11, caput, §§ 4.º e 5.º, da CLPS, aprovada pelo decreto 89.312, de 23 de janeiro de 1984).

¹⁹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo**, São Paulo: RT, 2000, p.131/132

Finalmente, a Constituição Federal do Brasil de 1988, já contando com a prévia Lei do Divórcio, que rompeu com a indissolubilidade do casamento e trazendo para esse, a modificação do regime obrigatório de comunhão universal dos bens, para o regime parcial de bens.

Posteriormente à Constituição Federal de 1988, evidenciamos em 1990, a *adoção* do filho de concubino, adoção por ambos os concubinos, qualificação completa do requerente e de seu companheiro (artigos 41, § .1º, 42, § 2.º e 165, inc.I, todos da lei 8.069, 13 de julho de 1990).

Direito à *continuidade da locação* ao companheiro por morte do outro ou por dissolução da sociedade concubinária, e *pedido de retomada* para uso do companheiro (artigos 11, I, inc. I, 12, caput, e 47, inc. III, todos da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991).

Qualificação da companheira ou do companheiro como sendo *dependente do segurado*, que mantém união estável com este (art.16, inc I e § 3.º, da lei 8.213, de 24 de julho de 1991).

Inclusão do (a) companheiro(a) como dependente na declaração de *imposto de renda* (art. 83, § 1.º, alínea a, do decreto 1.041/94;

E, finalmente, *Equiparação da companheira à esposa* em diversos textos legislativos (arts. 58 e 72, da Lei 8.625/93; arts. 203, 263 e 293, da Lei complementar 75/93, arts. 47, III,48,51, § 1.º, 92, III, 93, 96, § 1.º. 131, III e 132, da Lei complementar 80/94; arts. 36,III, 81, II, 83, 84,97, III b, 99, parágrafo único, 117, XI, 149, § 2.º, 196, 197, I, 217, I, c e 241, todos da Lei 8.112/90; art. 12, da Lei 8.868/94).¹⁹⁸

¹⁹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, **O Companheirismo**, 2ª. ed., São Paulo: RT, 2001, p. 131.

Como outro grande marco da legislação contemporânea, ingressamos no Código Civil de 2002, bem como nas leis regulamentadoras da família, especialmente no que concerne ao art. 226, e seus parágrafos, além dos subseqüentes artigos 227 a 230 da Constituição Federal de 1988, no capítulo da Família, que será examinada detidamente adiante.

1.5 - O DIREITO ROMANO E A INFLUÊNCIA DA ESTRUTURA PATRIARCAL

A família brasileira sofreu influências das famílias romanas, canônica e germânica, que passando a Portugal, foi adotado no Brasil através das Ordenações Filipinas, como examinamos no capítulo sobre a Família brasileira colonial.

A sociedade patriarcal romana se estruturou sob o mito da superioridade masculina, o “pater famílias”, detentor da “potestas”, sendo exercido somente pelo ascendente comum, do sexo masculino e mais velho dos integrantes do grupo, sociedade essa, “cujos contornos gerais” prevaleceu até o Código Civil de 2002.

O casamento romano poderia ser realizado por duas formas: com “manus”, (pelo *farreum*, *coemptio* ou simplesmente pelo *usus*, conforme a classe, ou casta ocupada), quando a mulher saía da família sanguínea e ingressava na família marital, e o casamento sem “manus”, quando a mulher mesmo casada, continuava sob a autoridade paterna. O primeiro coexistiu com o casamento livre e com o “sine manus”.

Em Roma, sob a influência dos hábitos babilônicos, os romanos adotaram quatro formas de uniões: a)- o casamento normal, decorrente do *jus civile*, ou *justa nuptiae* b)- o casamento decorrente do *jus gentium*, ou *sine connubio*, entre os

peregrinos, c)- a união de fato entre escravos, o *conturbenium*, e finalmente d)- o *concubinatus* a união livre.¹⁹⁹

Esse matrimônio romano não foi devidamente regulamentado, aproximando-se da natureza possessória, como situação de fato, que deveria conjugar os elementos subjetivo e objetivo, ou seja, a *affectio maritalis* e a *deductio in domum maritii*, consistindo na transferência da mulher para a casa do marido.

Desse modo, a marca da família através do casamento, continha precipuamente o elemento “publicidade”, que como vimos, exteriorizava-se, à vista dos parentes, dos amigos, da sociedade, como verdadeiro “fato social”, ou simples relação social, ou mesmo “posse”, de conhecimento público e com a durabilidade convivencial dos esposos, animada pela recíproca afeição de serem marido e mulher, não chegando ainda a constituir um ato ou mesmo relação jurídica. Conjugava-se a convivência duradoura, de ordem material, com a intenção dos cônjuges, de ordem imaterial ou espiritual, que incluía a assistência material, enquanto perdurasse a união, fortemente impregnada de sentimento religioso e voltada aos cultos.²⁰⁰

O direito romano reconhecia a *dissolubilidade do casamento*, pela vontade dos cônjuges, independentemente da atuação de um órgão judiciário estatal. Essa espécie clássica de divórcio, se perfazia por meio de três formas: *a morte, a incapacidade superveniente e o divórcio*. Dentre os impedimentos supervenientes, pela quebra da continuidade da convivência, curioso anotar a hipótese da perda da liberdade de um dos cônjuges, por prisão efetuada por inimigo, ou situação de

¹⁹⁹ DIAS, Adahyl Lourenço Dias, **A concubina e o direito brasileiro**, 3^a. ed., São Paulo: Saraiva, 1984, p.13.

²⁰⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça de, **Estatuto da família de fato**, 2^a. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 39/40.

cativeiro, como causa de separação, não se restabelecendo após o retorno do cônjuge.

Observamos, desta forma, que o Direito de Família sempre acompanhou a família no evoluir dos tempos, renovando-se com a mesma velocidade²⁰¹ e nessa conformidade, coadunando-se com o espírito da época, não se reconhecia no Direito Romano o concubinato como instituto jurídico, que nesse período distinguiu-se do matrimônio somente pelo elemento psicológico, ou *affectio maritalis*.²⁰²

Entretanto como visto, “de fato”, a família já era plural em suas formas diversificadas e neste aspecto transportou-se ao nosso país, retroagindo no nosso entender, para família intrinsecamente ligada ao casamento pelo Direito Canônico, como adiante será exposto.

1.6 – DIREITO ROMANO-GERMÂNICO

Por volta do ano 800 de nossa Era, consolida-se o Sacro Império *Romano-Germânico*, com o que restou da civilização romana, a partir da coroação de Carlos Magno (Rei dos francos).

Por volta de 476, quando Odoacro, chefe dos hérulos (germanos) invade a Itália, destruindo todas as construções, monumentos e palácios romanos, além do Senado Romano, desaparece o *Império Romano do Ocidente*, que havia se originado em 395 d.C., por ordem do Imperador Teodósio. Este efetuou uma divisão a favor de seus dois filhos, consistindo no *Império Romano do Ocidente* (com

²⁰¹ SEREJO, Lourival, **Direito Constitucional da Família**, 2^a. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 24.

²⁰² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, **Direito de Família brasileiro**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 17/18.

influência do Direito Canônico) e capital em Roma, e *do Oriente*, com capital em Constantinopla (ou Bizâncio, atual Istambul, na Turquia).

Vieram como invasores, além dos hérulos, os *visigodos* que tomaram a Península Ibérica e a África, dos quais se originou o Breviário de Alarico, e principalmente a *Lex Romana Visigotorum*, de Alarico II, como resultado da fusão dos direitos romano e bárbaro.²⁰³

Desde essa época mais remota, os conquistadores regiam-se por leis peculiares, ou ainda de acordo com os seus usos e costumes até que por volta de 652, substitui-se aquele conjunto de legislações, pelo denominado *Fuero Juzgo* ou *Fórum Judicium*, que foi a primeira codificação aparecida nas nações européias, após a divisão do Império Romano. Estranhamente essa legislação convive com a legislação da Igreja Católica Apostólica Romana, que preparava seu caminho para tornar-se sucessora do antigo Império Romano do Ocidente, através do Direito Canônico.²⁰⁴

A importância para o Direito de Família, desse conhecimento histórico-jurídico, se justifica para o entendimento desta fase não linear da história, com os avanços, recuos menores ou grandes retrocessos, até a retomada do desenvolvimento legislativo, mesclado com os novos elementos trazidos pelas demais civilizações.

Por outro lado, essas são também as origens remotas do Direito hispano-luso medievo, que posteriormente transportou-se para o Brasil e a América Latina, resultando por fim, no nosso Direito de Família.²⁰⁵

²⁰³ SOARES, Orlando, **Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15/16.

²⁰⁴ SOARES, Orlando, *op. cit.*, p. 15/17.

²⁰⁵ SOARES, Orlando, *op. cit.*, p. 18.

1.7 – O DIREITO CANÔNICO E A INFLUÊNCIA DO CRISTINIANISMO

O Direito Canônico exerceu grande influência na história do Direito de Família, especialmente no matrimônio. Segundo San Tiago Dantas, nele existia mais que um acordo de vontades, e com a sua indissolubilidade, a Igreja pretendia que o homem que se casasse, viesse a alcançar a graça necessária para auxiliar e afastar a concupiscência, conservando-se dentro do amor.²⁰⁶

O Direito de Família Brasileiro denota a influência do Cristianismo, pelo Direito Canônico ou mesmo pelo Direito Protestante, em vigência por ocasião do descobrimento do Brasil. Assim é que chegaram até nós, a disciplina da nulidade do matrimônio, a forma solene de celebração de casamento, os impedimentos matrimoniais e o instituto da separação de corpos, dentre outros.²⁰⁷

A partir do Cristianismo no século IV, com o Imperador Constantino, a Igreja Católica, passa a concorrer paralelamente com o Estado, com legislação própria dirigida especialmente à família e ao matrimônio, através do estabelecimento de normas, a que se denominou de *cânones*, originando o denominado Direito Canônico.

Até então não existia qualquer proibição à existência de *famílias fora do casamento*, apesar deste ser considerado *um sacramento*, o que levava à idéia de sua indissolubilidade. Igualmente eram considerados sacramentos o batismo e a comunhão, para o homem se conservar dentro da fé cristã.

²⁰⁶ DANTAS, San Tiago, **Direito de Família e Sucessões**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 28.

²⁰⁷ GOMES, Orlando (atualizado por Humberto Theodoro Júnior), **Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, 40/41.

Em decorrência, importava somente o elemento subjetivo ou “consensus”, no *momento inicial* do casamento, (sendo pouca considerada a sua continuidade), além do elemento objetivo consistente na cópula do casal. Portanto, uma das principais diferenças com o Direito Romano cingiu-se ao elemento subjetivo que exigia a “*affectio maritalis*” contínua no transcorrer da união e no canônico só no momento inicial.

O elemento objetivo, também transformou-se, pois, para o canonista, era a conjugação carnal que consumava a união entre o homem e a mulher, sendo considerada a transferência da mulher de uma família para a outra como elemento secundário.

Desta forma, a unidade e a coesão da família romana, que tinha seu fundamento somente na autoridade marital, passa a contar com um casamento dotado de sacralidade, que modifica o caráter absoluto do pater-família, que de chefe político, sacerdotal e de juiz, passa a responder também por obrigações morais e jurídicas.²⁰⁸

Fustel de COULANGES²⁰⁹ opina que os primeiros grupos familiares receberam a sua organização familiar, com suas regras próprias, através de profunda influência da *religião* e poderia ter se constituído, de forma completamente diversa, se os sentimentos naturais dos homens tivessem sido os seus únicos causadores. A família antiga era mais *associação religiosa* do que de natureza, visto que o laço que unia os seus membros era mais forte do que o próprio nascimento, sentimento ou força física.

²⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**, vol. V, 16^a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, atualizado por Tânia da Silva Pereira, p. 24/25.

²⁰⁹ COULANGES, Numa Denis Fustel de, **A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**, São Paulo: Hemus, 1975, p. 33/34.

Na Idade Média, o casamento religioso é o único conhecido entre os séculos X e XV e, com as invasões bárbaras, houve substancial mudança, considerando que nos agrupamentos germânicos primitivos a celebração deste, era feita perante a reunião de homens livres para posteriormente ocorrer perante juízes e, finalmente, na presença de somente um juiz, na condição de representante da comunidade.

Com a difusão do Cristianismo no mundo ocidental, e ainda pela influência da filosofia platônica durante a Idade Média, a idéia era a de que a ordem divina era perfeita moral e imutável, segundo o pensamento de São Tomás de Aquino. Novos paradigmas surgem impostos pela Igreja, como a coexistência de dois mundos: o real (*lex humana*) como cópia imperfeita de outro superior: o metafísico (*lex naturalis*).

Foi com o Imperador CONSTANTINO, no século IV, que a concepção cristã da família passou a predominar no Direito Romano, quando as preocupações de ordem moral predominavam, sob inspiração da caridade. Estas preocupações sobreviveram à codificação de Flavius Petrus Sabbatius JUSTINIANO, por longo período, até o início de seu declínio por volta do século VI.²¹⁰ Nessa época, o matrimônio passa a consistir num ato de repercussão econômica e política exigindo-se além do consentimento dos nubentes, o assentimento das famílias a que ambos pertenciam. Realiza-se assim em público e na presença do sacerdote.

Como consequência da *indissolubilidade do casamento*, desde essa época e com as reforma protestante e o movimento cultural renascentista houve o

²¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de Direito Civil**, vol. V, 16ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.27.

desenvolvimento dos *impedimentos matrimoniais*, abrangendo causas baseadas em incapacidade, vício de consentimento, ou numa relação anterior.²¹¹

Com o transcurso histórico passa-se à negação da *natureza sacramental e eclesiástica* do casamento, com aceitação de somente o casamento civil procedida pelo Estado.²¹² Advém a época de conflitos declarados entre os Tribunais civis e os religiosos, em relação aos aspectos patrimoniais e efeitos pessoais.

Cita Arnold Wald que “o aspecto individualista e consensual que a Igreja reconhecia no matrimônio não satisfazia uma sociedade que via no casamento um ato social que, muitas vezes, detinha apenas e tão somente relevância política.”²¹³

Dessa forma, desde o Concílio de Trento, a Igreja reafirmava solenemente o caráter sacramental do casamento, como forma de reagir à Reforma Protestante, dispondo que a competência da Igreja Católica abrangia desde a celebração até a nulidade. Pouco a pouco, porém, a competência das autoridades eclesiásticas foi sendo absorvida pelas autoridades civis, inclusive como Tribunal, ao qual as partes poderiam recorrer.

Institui-se finalmente na 1767, na França, o casamento civil, ao lado do religioso, apaziguando de certa forma, as minorias não católicas. Passa-se posteriormente ao casamento legalista que irá se voltar aos valores patrimoniais.

A Idade Moderna foi marcada por um período de gradativa laicização do Estado. A forte ligação entre o Estado e a Igreja enfraquecia o poder Estatal e obrigava, tanto a política quanto o direito a se submeterem aos dogmas religiosos. Paralelamente, sucediam-se as grandes revoluções científicas.

²¹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, **O companheirismo: uma espécie de família**, 2ª ed., São Paulo: RT, 1988, p. 29.

²¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, **Direito de Família Brasileiro**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 18/19.

²¹³ WALD, Arnold, **O novo Direito de Família**, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13/15.

O casamento religioso, legado do Direito Canônico, acompanhou como instituição divina, a evolução da humanidade, desde a queda do Império Romano, até a Reforma Luterana, perdurando desta forma por quase doze séculos, o que nos leva a deduzir que, de todos os Institutos jurídicos, foi o que mais durou, no tempo e no espaço.²¹⁴

Na atualidade, o Estado laico respeita e coloca em relevo a Família, delas se ocupando dentre outras, a Encíclica Papal *Casta Conubii*, de 1930 de Pio XI, a *Carta Encíclica de João Paulo II*, bem como a *Encíclica Sollicitudo Rei Socialis* de 1987, de profundo conteúdo social.

1.8 – O DIREITO PRIVADO NO CÓDIGO NAPOLEÔNICO

O Código Civil Francês de 1804, conhecido por sua pretensão de universalidade e até imutabilidade, transmitiu ao Direito de Família Brasileiro as suas principais características que somado às influências clássicas, nos legou a estrutura familiar legal, de índole hierarquizada, patriarcal, centralizadora na pessoa do seu chefe, sendo adotada pelo Código Civil Brasileiro de 1916, que excluía de legitimidade qualquer outra espécie de união.

Após a Revolução Francesa de 1789, com esse Código, inicia-se a Ciência Jurídica Moderna, adotando-se pela primeira vez um único Código Privado, dotado de unidade sistemática e rigor científico, tanto no aspecto técnico, como no formal.

Em relação à família, Napoleão Bonaparte, codificador do Direito Civil na França, reservou conotação hierarquizada, centralizando o parâmetro patriarcal e

²¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira, *Direito Civil aplicado, v.5, Direito de Família*, São Paulo: RT, 2005, p. 28/29.

marginalizando todas as outras formas familiares, como o concubinato, figura que simplesmente ignorou.²¹⁵

Podemos, enfim, enumerar a partir do Código Civil de Napoleão, de 1804, paradigma da época, as seguintes diretrizes que persistiram até a Constituição Federal do Brasil de 1988: a)- consideração da família fundada no casamento, como a única legítima; b)-em conseqüência reflexos nos filhos, considerados fora do casamento como ilegítimos; c)-indissolubilidade do casamento; d)- imoralidade do concubinato; e)- direção de família hierarquizada e de feição patrimonialista; e f;-prevalência da paz familiar, a qualquer custo, mesmo em detrimento à seus integrantes.²¹⁶

Para aferirmos o que representou o Código Napoleônico, basta observar que o Código Civil Brasileiro que vigorou até 1916, filiado ao Sistema de Direito Romano-Germânico, ou Sistema de Direito Continental Europeu, do grupo francês, por intermédio de Portugal, a exemplo de inúmeros outros códigos, reproduziu todos os valores contidos no Código Francês de 1804, inclusive com pretensões de completude, centralidade e imutabilidade, além de reproduzir sua sistemática, o que provavelmente fez com que, ao lado dos microssistemas, desse lugar a um novo codex, somente com o Código Civil de 2002.

²¹⁵ GARCIA, Edinês Maria Sormani, **Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**, Leme-SP: Editora de Direito, 2004, p. 75/77.

²¹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, **Direito de Família Brasileiro**, cit., p. 19/20.

CAPÍTULO 2 - ENTIDADES FAMILIARES DA ATUALIDADE

2.1 - PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

A proteção legal que na atualidade, é dispensada à família, é fundada em critério *funcional e finalístico*, pois a tutela objetiva primordialmente privilegiar o *indivíduo, a pessoa*, por onde iniciamos nossa dissertação.

É a *pessoa humana*, antes denominada “homem” no Código Civil pátrio, o desenvolvimento de sua *personalidade*, o elemento finalístico da proteção estatal, devendo ser abandonadas todas as posições doutrinárias relativas à manutenção de contornos familiares, contendo objetivos políticos, ideológicos ou religiosos.²¹⁷

Essa tutela privilegiada, no entanto, fica condicionada ao atendimento dessa mesma função instrumentalizada e ainda depende da concreta verificação da existência do seguinte pressuposto finalístico: merecerá *tutela jurídica*, e especial *proteção do Estado*, a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.²¹⁸

A família continua a ser a *base da sociedade*, contendo, porém, uma profunda mutação em sua estrutura, visto que a medida que a sociedade se transforma, substitui velhos costumes por novos, refletindo no modelo familiar. Prossegue da

²¹⁷ TEPEDINO, Gustavo, **Temas de Direito Civil**, 2ª. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001, p. 328.

²¹⁸ LEITE, Glauber Salomão, **O problema da regulação da união estável**, in NERY, Rosa Maria de Andrade, (coord.), **Função do Direito Privado no atual momento histórico**, São Paulo: RT, 2006, p.39/41.

mesma forma, a competência do Estado na devida proteção desse fato social, de origem alheia ao âmbito jurídico.

A proteção agora se desdobra em: a)- proteção do *vínculo conjugal* e b)- proteção das *relações* entre os cônjuges bem como entre pais e filhos.

No capítulo dedicado à Família, na Constituição Federal do Brasil de 1988, verifica-se que o centro dessa tutela constitucional se desloca do casamento, para as *relações familiares* dele decorrentes.

É justamente no sentido de proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, que a nossa Carta Maior de 1988, indo além dos direitos e garantias constitucionais já reconhecidos, consagrou no artigo 1º., inciso III, dentre os princípios fundamentais da República - a Dignidade da Pessoa Humana - visando impedir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, fazendo com que a família passasse a ser valorada de maneira instrumental, de forma a constituir um núcleo intermediário de desenvolvimento de seus integrantes.²¹⁹

Também merece o devido apontamento, as inúmeras *alterações*, que foram se incorporando pouco a pouco, em nosso país, no tema da Família, mais especificamente, na matéria circunscrita às uniões extramatrimoniais e dos filhos resultantes dessas uniões, e para os quais concorreram pioneiramente, os reconhecimentos Previdenciários, Securitários e Fiscais.

Foi a Previdência Social, bem como num sentido mais amplo, legislação previdenciária, securitária e fiscal infraconstitucional, aqui incluídos os seguros obrigatório e de vida - precursores no reconhecimento das demais entidades

²¹⁹ TEPEDINO, Gustavo, **Temas de Direito Civil**, op. cit., p.352.

familiares, como legalmente aptas ao recebimento de tais benefícios. Nesse sentido, em sentido inovador, cabe assinalar, como uma das principais Súmulas da época de transformação de valores vigentes, a de nº. 35 do Supremo Tribunal Federal, reproduzida na RTJ-SP 68/41, passando a reconhecer, nos casos de Acidente de Trabalho ou de transporte ao trabalho, o direito da concubina a ser indenizada pela morte do amásio²²⁰, além da conhecida Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 35: “Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”.

Súmula 380: “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”.

Consoante magistério de Antonio F. Cesarino Júnior²²¹, na corrente da evolução legislativa e jurisprudencial, surgiram os institutos do *auxílio-maternidade* e *auxílio-natalidade*, o primeiro previsto desde 1930, porém restrito para a população economicamente ativa. Essa mesma restrição se dirigia ao auxílio-natalidade, direito esse confirmado e ampliado pela então Lei Orgânica da Previdência Social – Lei no. 3.807 de 26 de agosto de 1960.

Por outro lado, Eduardo de Oliveira LEITE, transcrevendo Jean CARBONNIER,²²² enumera *seis rumos*, responsáveis pelas incessantes transformações da Família Ocidental: a)- *estatização ou publicização* da Família; b)- *retração* do grupo familiar; c)- *proletarização* (não plutocrática: dominada pelo dinheiro); d)- *desencarnação* do elemento biológico que se transfere para o afeto; e)- *dessacralização*, afastamento do sagrado e do solene em direção à autonomia

²²⁰ OLIVEIRA, Euclides de, **União Estável, do Concubinato ao Casamento, antes e depois do novo Código Civil**, 6^a. ed., São Paulo: Método, 2003, p.240/242.

²²¹ CESARINO JÚNIOR, Antonio F., **Direito Social Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 1970, p. 324.

²²² CARBONNIER, JEAN, **Flexible Droit**, apud LEITE, Eduardo de Oliveira, **Direito Civil aplicado, v.5, Direito de Família**, cit., p. 33/34.

individual e a valorização do público; e, finalmente; f)- *democratização*, transformação da família em sociedade igualitária.

No Brasil, como dissertamos acima, podemos apontar como *principais alterações*, o reconhecimento de outras formas de conjugabilidade ao lado da família legítima, a igualdade de cônjuges e de filhos e a dissolubilidade do vínculo matrimonial, ou divórcio.

No Direito Privado brasileiro circunscreve-se à vinda de boas novidades, o artigo 1.511, que iniciando o título da família, referindo-se ao casamento estabelece a *comunhão de vida plena*, princípio ético maior, com base na *igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*.

Da mesma forma, no artigo 1.565, considera que, pelo casamento, o homem e a mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Quanto aos direitos decorrentes do *convívio em parcerias entre homossexuais*, o legislador de modo geral, vem ignorando a jurisprudência, a qual incorpora aos poucos as transformações contidas na realidade social.

No entanto, com relação às principais críticas, mesmo com todas as alterações assinaladas, a *preocupação patrimonial* continua a ser a tônica do Direito de Família Brasileiro, às vezes com a árdua *manutenção* das uniões e com a ruptura dos relacionamentos, delegando a outras áreas do conhecimento (Psicologia, Sociologia, Psiquiatria), todo e qualquer efeito relacionado com o *afeto dos envolvidos*.²²³ A intercessão com outras disciplinas, tende a enriquecer a matéria.

²²³ TEPEDINO, Gustavo, **Temas de Direito Civil**, cit., p. 349/350.

Inobstante às inúmeras críticas a ele dirigidas, pode-se afirmar que o Código Civil de 2002, especialmente na parte do Direito de Família, que maior número de transformações sofreu, cumpriu seu objetivo de *sistematizar* algumas das transformações político-sociais contidas no Código Civil de 1916.

O Código, por exemplo, foi feliz ao incorporar os preceitos constitucionais da *igualdade*. Todavia, a título de críticas, foi *omisso* em relação a outros temas urgentes, como a guarda compartilhada, posse do estado de filho, proteção do Estado às outras formas de entidades, como a homoafetiva, lacunosa quanto à reprodução artificial, bem como negligente ao reeditar algumas percepções calcadas em uma moralidade discriminatória, como a presunção de paternidade e a culpa.

Com a mudança nas Relações Familiares, aquela família composta por pai, mãe e filhos, deixou de ser um padrão comum, podendo ser visualizadas outras formas portadoras de igual dignidade. Hoje, vemos mulheres ou homens criando sozinhos seus filhos, muitas vezes por opção própria. Casais jovens preferem morar juntos antes de se decidirem por uma união civil. As uniões de homossexuais também têm sido muito freqüentes, desencadeando grande polêmica em todo o mundo, e como não poderia deixar de ocorrer, também no Brasil.

Muitas lacunas legais ainda permanecem²²⁴, mas ainda assim, o caminho lógico percorrido pelo Direito de Família é o de andar em consonância com a Família Contemporânea, devendo-se para tanto, abandonar a forma tipicamente vinculada aos bens e ao patrimônio dos envolvidos, constatando-se com Giselda M. F. Novaes HIRONAKA, que a família também encerra elementos como amor, ódio e dor.²²⁵

²²⁴ Como por exemplo, a omissão verificada nos casos referentes ao exercício da paternidade e/ou maternidade vinculados à união homossexual.

²²⁵ HIRONAKA, **Família e casamento em evolução**, Revista do Advogado, nº.62, mar.2001, p.16/23.

Como consequência de todas as transformações ocorridas, impõe-se visualizar a família através de uma *nova tábua de valores*, de que fala Gustavo TEPEDINO, tábua essa representada pela Constituição Federal de 1988, como a dignidade da pessoa humana situada no ápice do ordenamento jurídico.²²⁶

Desta forma, embora ainda não alcançado todos os objetivos que se aguarda da aplicação da Carta Maior e do Código Civil de 2002, devemos saudar a atual preocupação com as questões jurídico-sociais trazidas pela atual Constituição e Código Civil pátrios.

2.2 - A FAMÍLIA BRASILEIRA CONSTITUÍDA PELO CASAMENTO CIVIL E PELO CASAMENTO RELIGIOSO COM EFEITOS CIVIS.

O casamento costuma ser definido, numa das muitas conceituações existentes, como o vínculo jurídico, entre o homem e a mulher, que se unem material e espiritualmente para constituírem uma família.²²⁷

Como vimos no desenvolver desta dissertação, a família contemporânea solidarista, ao ser portadora de novo perfil, consagra internamente a igualdade entre seus membros e quebra a hegemonia do homem como “cabeça-do-casal”.

O modelo atual privilegia a *pessoa*, o *indivíduo*, a unidade emocional estabelecida entre os familiares, enfim, o “ser”, em detrimento do “ter”, o que conduz ao conceito de personificação do direito de família, de família plural e sociológica.

²²⁶ TEPEDINO, Gustavo, **Temas de Direito Civil**, cit., p. 350.

²²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira, **Direito Civil Aplicado, v.5, Direito de Família**, São Paulo: RT, 2005,p. 47

A família é antes de tudo um *ato da natureza*, podendo se constituir de variadas formas, porém, o quadro anterior que se apresentava, exibia o único e mais tradicional dos modelos, o *da família matrimonial*, traduzindo a estrutura familiar dominada pelo chefe-varão que exercia o seu poder totalitário, sob a desculpa da manutenção da respeitabilidade a aceitabilidade social. É essa moldura dentro da qual o casamento reinava, “aparentemente”, único e absoluto, que ora abordamos.

Quanto ao vocábulo “casamento”, que pode designar tanto o *ato jurídico solene* que estabelece a família (antes acrescida com o adjetivo “legítima”), como a *relação* por ele criada. A questão central cinge-se aos *efeitos jurídicos* que decorrem do *ato jurídico casamento* a que se ligam a uma nova qualidade jurídica, ou “status” e novo estado civil de casados, e por conseguinte à segurança das relações sociais (externas). Assim, quando se trata da “ratio”, não podem ser estendidas para outras formas de conjugabilidade.²²⁸

Nessa perspectiva, diversos são os *efeitos jurídicos do casamento*, como ato formal, que decorrem imediatamente do ato nupcial, e que podem ser sistematizados em *efeitos sociais, pessoais e patrimoniais*, quais sejam: a)- o estabelecimento do vínculo de afinidade, b)- a emancipação do cônjuge menor de idade, c)- o conferimento de título sucessório, d)- a disciplina das relações patrimoniais dos cônjuges (regimes matrimoniais), e, finalmente; e)- a imediata submissão dos cônjuges a deveres específicos, como a fidelidade e mútua assistência.

Diversamente ao ato constituidor da família, leciona Gustavo TEPEDINO, incidem as normas relativas à *relação familiar*, não mais ao ato em si. Estas normas estendem-se às demais entidades familiares. Como exemplo, podemos citar, dentre

²²⁸ TEPEDINO, Gustavo, **Temas de Direito Civil**, 2ª. ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001, p. 342.

tantos outros, o prosseguimento do contrato locatício, bem como a aplicação da legislação previdenciária e infortunistica.²²⁹

Prosseguindo, podemos visualizar que através das múltiplas definições ofertadas pela doutrina sobre o casamento, podemos extrair seus *fins*, ligados aos deveres expressos no art. 1.566 do Código Civil, que podem ser resumidas em: *é um ato complexo, que depende de livre manifestação, privativo de um representante do Estado, que é o Juiz de Casamento.*²³⁰ Dispõe expressamente esse artigo:

São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV- sustento, guarda e educação dos filhos; V- respeito e consideração mútuos.

Observa-se, nesse diapasão, o *caráter sacramental* imprimido desde o início a essa instituição herdada do Cristianismo, e que prosseguiu até o Código Civil 1916, no sentido de que a sua dissolução representaria além da ruína da união, a degradação da ordem moral da sociedade.²³¹

Como ressalta Giselda M. F. Novaes HIRONAKA, “o casamento exerceu na estrutura familiar o papel formador fundamental, mas exerceu também, o papel máximo de ser sua *própria segurança*, garantindo assim a sua eternização.” Pelo menos é que pretendiam os seus idealizadores, e aqueles a quem favorecia a sua manutenção “ad perpetuum”.²³²

Mas esse casamento não se coadunava com o paradigma atual de família e João Baptista VILLELA, citando a socióloga André MICHEL, propagou a expressão

²²⁹ TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 340/342.

²³⁰ SCALQUETTE, Ana Cláudia S., **Família e Sucessões**, São Paulo: Fischer & Associados, 2005, p.19/21.

²³¹ PORTO, Sérgio Gilberto e outro (org.) **Tendências Constitucionais no Direito de Família**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 118/119.

²³² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes de Novaes, **Família e casamento em evolução**, São Paulo: Revista do Advogado, da Associação dos Advogados de São Paulo, nº. 62, mar. 2001.

“família eudemonista” (não no sentido do prazer erótico, mas no sentido de felicidade), como paradigma da família atual, ou seja, aquela na qual, cada um busca, na própria família, ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem estar.²³³

Por aí se denota a profunda transformação de valores, *mas ao mesmo tempo*, uma constante imortalização na idéia de *família*, seja porque mudam os costumes, os homens, a história, seja porque permanece no fundo, como uma tradição perene, aquela necessidade de um *ponto de referência central* para o indivíduo - exatamente o lugar onde se realiza o seu projeto de ser feliz, através da recíproca troca de afeto sincero. Família e casamento, família e moradia já convergiam, mas agora família se reporta aos sentimentos e ao amor, desvinculada dos demais elementos. O individualismo cede lugar ao personalismo ético, como valor político-social fundante e legitimador.

Nos limites dessas definições, iremos reproduzir um quadro geral dessa instituição *Casamento*, cuja constituição é prévia à formação do Estado, partindo da Bíblia:

O homem e a mulher deixarão pai e mãe. E, se unindo, serão dois em uma só carne (Gênesis, 2:24).

Crescei e multiplicai-vos (1:28): Enchei a Terra e submetei-a.

Comerás o pão mediante o suor de teu rosto.²³⁴

Observando suas *origens*, constata-se a natureza atrativa e gregária do *ser humano*, ou “*vis attractiva*”, transcendendo às pessoas que o compõem. O Estado

²³³ VILLELA, João Baptista, **A nova Família: problemas e perspectivas**, in BARRETO, Vicente (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

²³⁴ PAPA PIO XII, na **mensagem radiofônica do Natal de 1942**, apud AZEVEDO, Antonio Junqueira de, **Estudos e pareceres de Direito Privado**, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19.

tem por missão reconhecê-la e protegê-la, não podendo intervir, muito menos se substituir à família.

A *evolução* dos grupos familiares, se dá em sociedade, com o corpo social, através de regras consuetudinárias de convivência, respeito, solidariedade, ajuda mútua, unidade protetora.

Assim, como instituição natural, a família caminha para a sociedade, em razão do ser humano não viver isolado e pelo fundamento antropológico da atração e descendência. Desenvolvem-se os poderes político e jurídico, em tensão, mas enquanto a família é um fato natural, surge dessa tensão criadora o *Estado*, como um ente artificial, formado com o caráter de instituição que concerne à sua *natureza jurídica*.

Oportuno evidenciar que a doutrina atual dominante encara o casamento como instituto de natureza híbrida, situando-se entre a configuração de um contrato, mais uma instituição (mas não sagrada).²³⁵

Mesmo com a posterior possibilidade de dissolubilidade, face à Lei do Divórcio - Lei nº. 6.515 de 26 de dezembro de 1977, os valores religiosos e a sociedade conservadora, com tendência marcadamente moralista, continuaram a exercer notável influência sobre o Direito de Família, o que explica o caráter acanhado em parte atribuído ao Código Civil de 2002.

No papel de guardião de uma dessas instituições, o casamento, segundo Sílvio RODRIGUES,²³⁶ o *Estado* adota atitude repressiva ou preventiva, através de *impedimentos* para o mesmo, que desrespeitados ocasionam sua nulidade, decretável a qualquer tempo. Também há previsão de *causas suspensivas*,

²³⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 50.

²³⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, volume de **Direito de Família**, cit., p.19.

dispondo a lei sobre aqueles que não devem casar. *Não podem e não devem* ocasionam diversas conseqüências, desde a primeira mais grave, à segunda que leva à penas previstas em lei, como por exemplo a obrigatoriedade do regime de separação de bens.

Portanto, idealizado o Estado hoje, para ser o *guardião e defensor* das liberdades individuais e o *garante* do desenvolvimento integral do homem e da mulher nas famílias e na sociedade, não se permite a esse ente, interferir nas atividades privatistas das sociedades conjugais, ou extrapolar abusivamente de sua função social, que é *reconhecer e proteger* os direitos dos núcleos familiares.²³⁷

Entretanto compete ao Estado, sobretudo no campo dos Direitos Fundamentais constitucionais, zelar pela vida, na defesa do homem em sua origem, em sua evolução e em seu declínio, vedando ativamente a violação daqueles valores, superiores a todos os demais, que resguardam o direito à vida humana com dignidade.

No entanto, passados vários anos da promulgação da Constituição da República de 1988, as disparidades ainda constam da legislação ordinária, sem as alterações necessárias, criando perplexidades e a necessidade de interpretações constantes sobre a auto-aplicabilidade de princípios constitucionais inseridos em matéria de família.²³⁸

²³⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de, **O Casamento**, in Franciulli Netto, Domingos e outros (Coord.). **O Novo Código Civil, Homenagem ao Prof. Miguel Reale**, 2^{a.}, São Paulo: LTr, 2005, p.1140 e 1155

²³⁸ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos, **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 64 a 70.

2.2.1 – Panorama Legislativo sobre o casamento

Interpreta-se pela *perspectiva ética*, o artigo 1.511 do Código Civil, que inicia as disposições relativas ao casamento, ao dispor que: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Parte do pensamento doutrinário (Arendt, Lafer, Cachapuz, Martins-Costa) coloca essa comunhão de vida, dominada pelo *princípio da exclusividade*, ou seja, para a tutela da dignidade humana exige-se, além da luz da esfera pública - a proteção das sombras – que permitem a transparência dos sentimentos da vida íntima. A família, assim, se situa na esfera mais íntima da vida e esse princípio da exclusividade mantém na *decisão da família*, a sua intimidade, o seu modo de ser particular. Ademais, incide em tudo quanto não envolva direitos de terceiros.²³⁹

Temos assentado ainda que a *Constituição* existe para, além de ser espelho de uma nação, *dar segurança ao ser humano, dentro da família*, devendo ampará-la e defendê-la, em coordenação com outras codificações e das instituições do Estado.²⁴⁰

Impõe-se evidenciar - esse casamento brasileiro - como um dos principais temas do Direito de Família, por refletir: a)- *efeitos pessoais* (fidelidade dos cônjuges, vida em comum, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos); b)- *efeitos sociais* com a criação de família,

²³⁹ LAFER, Celso, **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p.267/268.

²⁴⁰ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de, *idem*, op. cit. , p. 1171.

laços de parentesco, alteração do estado pessoal e c)- *efeitos patrimoniais* (regime de bens).²⁴¹

Nesse mesmo sentido de concessão de *segurança, defesa e amparo*, o Código Civil de 2002, por sua vez, se refere à *capacidade para o casamento*, impondo-se atentar para a recente Lei nº. 11.106, de 28 de março de 2005, *revogando* os incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal.

Tal revogação refletiu-se no Código Civil, ao impedir a aplicação do *inciso VII* que permitia o casamento de *menores de dezesseis anos* para evitar a imposição de pena criminal. Em conseqüência, parte do art. 1.520 do Código Civil, deixou de conter fundamentação diretamente ligada ao ordenamento penal e, em suma, não exista permissão para casamento de menores de dezesseis anos, excetuando-se a permissão no caso de *gravidez de menor*.

Outro problema relacionado ao casamento, a ser enfrentado na aplicação do Código Civil de 2002, refere-se à possibilidade ou não de casamento entre *tios e sobrinhos*. A legislação anterior (Dec.lei n. 3.200/47) o permitia com certas exigências, porém, a atual previsão legal *não permite o casamento entre colaterais*, até o terceiro grau, inclusive, inobstante a doutrina tender para a permissão.

Um dos mais importantes temas refere-se à consagração da *igualdade recíproca* entre os parceiros de uma união, quer seja formal ou não, indispensável para a preservação da *dignidade da pessoa humana*.

Embora nossas Constituições sempre tenham reconhecido o princípio de que *a lei deve ser igual para todos* (a Constituição de 1824, art. 179, XIII, estabelecia que "a lei será igual para todos, quer proteja e quer castigue..."; a Constituição de 1891,

²⁴¹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, volume de Direito da Família**, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 19.

art. 72, § 2º, também dispôs que "todos são iguais perante a lei ..."; a Constituição de 1934, art. 113, §1º, estatuiu que "não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de sexo ..."; as Constituições de 1937 e 1946, arts. 122, §1º e 141, §1º, respectivamente, dispuseram que "todos são iguais perante a lei ..."; a Constituição de 1967, art. 150, §1º, ditou que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo...", princípio que foi confirmado pela Emenda nº 01, de 1969, art. 153, §1º), a legislação ordinária, por longos anos, estabeleceu regras marcadas *pela desigualdade entre os cônjuges*.²⁴²

A lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, marco na história da família e denominada "Estatuto da Mulher Casada", iniciou o movimento legislativo de *equiparação entre o homem e a mulher no casamento*, aliviando as desigualdades, sem, no entanto, tê-las suprimido completamente.

Assim é que nos anos sessenta, *ao marido* continuou a caber a chefia da sociedade conjugal, embora devesse exercê-la com a colaboração da mulher (art. 233, caput, do Código Civil de 1916), e, conseqüentemente, permaneceram na legislação ordinária os poderes do marido na representação da família, na administração de bens, na fixação do domicílio conjugal e seu dever de manter a família, (art. 233, incisos I a IV, do Código Civil de 1916).

A *mulher* adquiriu também a titularidade do então pátrio poder, hoje poder familiar, que antes era exclusivamente do marido, mas seu exercício continuou a caber ao pai, sendo a mãe apenas colaboradora neste mister (art. 380, caput e parágrafo único, do Código Civil de 1916).

²⁴²FACHIN, Luiz Edson, **Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 15.

Inobstante a limitação desta dissertação, nos imponha o exame do casamento na sua essência, sem possibilidade de ingressarmos no estudo das diversas formas de separação ou ruptura do mesmo, impõe-se evidenciar a necessidade de afastamento da *imposição de culpa*, no desfazimento do casamento.

Um dos aspectos criticáveis apontados por Gustavo TEPEDINO, refere-se o prolongamento na edição de normas que buscam privilegiar injustificadamente o casamento contra a *insatisfação* de uma das partes, que busca a separação, mas sem a punição, que continua a perdurar sob a forma da imposição da pecha de “culpado” pela ruptura do casamento.

São três as razões que, opinamos, devem ser evidenciadas, para o afastamento do *pressuposto da culpa*: a)- *primeiro*, porque na prática fica difícil *apontar um só responsável* pelo término da relação, visto que a conduta de um dos parceiros poderá ser apenas o reflexo da conduta do outro; b)- *segundo*, porque não há motivação que justifique a atribuição de culpa à somente uma das partes, quanto de se trata de uma união, com direitos e deveres iguais e recíprocos de ambas às partes, podendo ser tomada como comportamento individual, uma resposta às provocações da outra parte e, finalmente; c)- *terceiro*, porque as conseqüências irão se refletir nos filhos, que na atual legislação teve sua situação pessoal, completamente desvinculada da situação específica de seus pais.

Trata-se, como afirma a jurisprudência recente, de adotar somente o *princípio da simples da ruptura*, como causa para a separação litigiosa.

O que vale, neste localizado campo da vida humana, consiste no princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana, que visa resguardar o respeito de determinados valores de cada indivíduo, que não podem estar subjugados senão pela vontade livre de si mesmo.²⁴³

Observa-se, a mudança de configuração do anterior *caráter sacramental*, imprimido desde o início a essa instituição herdada do Cristianismo, e que prosseguiu até o Código Civil de 1916.²⁴⁴ Nada há mais que impeça a vontade pessoal e livre do casal em efetivar a separação, sem carregar a pecha de “culpado”.

Em decorrência, se o casamento não traz mais a satisfação pessoal e afetiva, não pode um dos cônjuges ser forçado a permanecer no vínculo, por intenção que não é a sua”.²⁴⁵ Nessa conformidade, liberdade de casar, de não casar, e de se separar se inserem naquela *esfera da intimidade*, vedada a estranhos penetrar.

2.3 – FAMÍLIA CONSTITUÍDA PELA UNIÃO ESTÁVEL

A Constituição Federal Brasileira de 1988 reconheceu a “*união estável*” – como espécie de família, inserida no gênero Entidades Familiares e, desta forma, merecedora de *proteção estatal*, conforme previsão contida no art. 226, parágrafo 3º. do texto maior: “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”.

²⁴³ PELUSO, Antonio Cezar, **Direitos Humanos, visões contemporâneas. Os Direitos humanos da família, criança e adolescente**, São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2001, parte 4

²⁴⁴ PORTO, Sérgio Gilberto e outro (org.) **Tendências Constitucionais no Direito de Família, estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.120/126.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 118/119.

²⁴⁵ STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte, **Família Constitucional, separação litigiosa e culpa**, in PORTO, Sérgio Gilberto e outro, op. cit., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.120/126.

Num breve retorno à evolução jurídica, observamos que no período constitucional anterior a 1988, essa espécie de Entidade Familiar, configurava um “microssistema” ainda não inserido no sistema constitucional²⁴⁶ e, por esta razão, submetido à interpretações variadas e colidentes, por vezes reprodutoras de posturas de cunho ideológico, que satisfaziam as classes a quem interessava a permanência da configuração familiar vigente. Era tempo do valor “segurança jurídica” ou da “certeza” nas relações jurídicas e de “tipos legais definidos”.

Contemporaneamente, a diretriz é não mais ter certeza de titularidade de bens, mas sim a de proteger, através das normas de Direito de Família, cada um dos seus membros da família, visando o desenvolvimento das personalidades individuais que a integram.

Nessa conformidade, no desenvolvimento natural da sociedade, a realidade fática foi se impondo e o *afeto* aflorou institucionalmente, podendo ser constatado, pela doutrina e jurisprudência, que o meio social, a cultura do tempo vivido, impeliram primeiro os *Tribunais* e depois o *Constituinte* a incorporar modificações substantivas nas relações familiares, no que foi seguido por *Legislação Regulamentadora* (Leis no. 8.971/94 e 9.278/96), e finalmente o *Código Civil* de 2002, este de modelo aberto, não definitivo, sempre recepcionando novas alterações ou permanentes atualizações.

A antiga denominação empregada “concubinato”, anterior, portanto, à Constituição Federal de 1988, admite um *sentido amplo*, reconhecendo, por essa denominação *toda e qualquer união* entre homem e mulher, fora do casamento, e

²⁴⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira, **Direito Civil aplicado, v.5, Direito de Família**, São Paulo: RT, 2005, p. 416.

outro *sentido restrito*, em que somente a convivência “more uxório”, ou seja, de homem e mulher como se marido e mulher fossem, caracteriza o concubinato.²⁴⁷

Evidencie-se ainda, que o “concubinato”, antes denominado “impuro”, não se confunde com a união estável - que era o concubinato puro - pela existência dos *impedimentos legais* previstos no artigo 1.521 do Código Civil de 2002, a nós interessando, dentre outros impedimentos, o previsto no inciso VI, que dispõe:

Artigo 1.521: Não podem casar:

Inciso VI: as pessoas casadas

Entretanto reconhece a interpretação doutrinária e jurisprudencial, que esse *impedimento* ao casamento admite temperamento, vez que *pessoa casada* pode manter união estável, desde que separada de fato ou judicialmente do cônjuge anterior, como se lê na Ap.1998.001.16433, ,j.23.09.1999, 3ª. C.Crim.TJRJ:

Sociedade de fato. Reconhecimento. Dissolução. Esforço comum na formação do patrimônio. Partilha de bens. Art.855 do CPP: “Cautelar seguida de ação ordinária... União Estável precedida de casamento. Formação do patrimônio comum por ambas as partes. Contribuição demonstrada. Pleito(s) acolhido(s). Sentença correta. Recurso improvido”.²⁴⁸
– parênteses nosso.

Dissertando sobre o denominado “companheirismo”, Guilherme Calmon NOGUEIRA DA GAMA ensina que a norma contida no artigo 226 e parágrafo 3º., da Constituição Federal de 1988, desdobra-se em três aspectos: a)- *regra da proteção constitucional-legal* b)- *conversão* da união estável em casamento; c)- *relação de direito material* (patrimonial).²⁴⁹

Histórica e estruturalmente podemos enumerar *quatro períodos* pelos quais passou a disciplina da matéria, quais sejam: a)- período de 1916 a 1988; b)- período

²⁴⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 417.

²⁴⁸ SOARES, Orlando, **Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 576.

²⁴⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, **O Companheirismo**, São Paulo: RT, 2000, p.72.

de 1988 a 1994; c)- período de 1994 a 2002 e, finalmente, d)- período de 2002 até nossos dias.²⁵⁰

Na *primeira fase*, do Código Civil de 1916 à Constituição Federal de 1988, doutrina e jurisprudência começam a reconhecer alguns efeitos à união extra-matrimonial, pertencendo à esse período, a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe:

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.

O reconhecimento dos dois grandes efeitos, quais sejam, *remuneração pelos serviços prestados pela concubina*, ou o *direito à partilha*, fundamentaram-se no princípio de vedação ao enriquecimento ilícito, sendo o segundo efeito decorrente do primeiro: não havendo bens a serem partilhados, paga-se pelos serviços prestados durante a convivência, visando o não enriquecimento do beneficiado pelos trabalhos prestados pela companheira, durante e convivência comum.

A *segunda fase*, da Constituição Federal de 1988 à Lei no. 8.971/94, ou Lei do Concubinato, constitui o período de implantação da união estável constitucionalmente reconhecida e de início de sua regulamentação através dessa legislação infra-constitucional.

Ilustra a matéria a apelação civil TJ-DF nº. 34.025, Ac.78286, 5ª.T. Cível, tendo como Relator Desembargador Walter Xavier:

UNIÃO ESTÁVEL - Civil.Sociedade de fato e concubinato.Concurso para a formação de patrimônio.Atividade laboral regular.Irrelevância.Comunhão dos aquestos. 1. A concubina, integrante de uma união estável, não pode ser equiparada a mera serviçal do companheiro. Quem age e se comporta como dono e sócio, em igualdade de participação, não merece ser

²⁵⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 420.

remunerado como se fora empregado. 2. Os serviços prestados pela concubina, enquanto mãe e mulher, são imponderáveis e, por isso, impedem a atribuição de expressão monetária. Tal circunstância no entanto, não implica dizer da existência de seu desvalor, sob pena de premiar-se o concubino com o enriquecimento sem causa lícita. 3. Afigura-se ilegal e injusto distinguir-se ou avaliar-se, com grau menor, a colaboração emprestada por um dos concubinos para a formação do patrimônio haurido, exclusivamente, durante a vida em comum. Comparece juridicamente irrelevante o exercício ou não de atividade laboral remunerada e regular por um dos integrantes da união estável, importando apenas o resultado atingido pelo casal, do ponto de vista econômico-financeiro. 4. A diferença entre o casamento e a sociedade concubinária estável, quanto a sua existência e o regime de bens adotado, resume-se em ter aquele prova pré-constituída, enquanto esta não desfruta de tal requisito. Assim, cabe analogia entre o casamento sob o regime de separação total de bens – onde há comunhão dos aqüestos – e o concubinato estável. Desta forma, torna-se impertinente indagar-se quanto à contribuição de cada um dos companheiros, devendo o patrimônio amealhado no interregno ser dividido em duas partes iguais. *Inteligência do artigo 226, parágrafo 3º*. Da Constituição Federal. Apelação do Réu improvida. Unânime. Apelação da Autora provida. Maioria. (DJU III de 30.08.95, p.12.155).²⁵¹

A *terceira fase*, de 1994 a 2002, corresponde especificamente à legislação ordinária, ou seja, infra-constitucional e além da Lei nº. 8.971/94, surge a Lei nº. 9.278/96, com idêntica missão regulamentadora, constando ainda o Projeto de Lei no. 1.686/96, denominado como “Estatuto da União Estável”, os quais serviram de paradigma à matéria inserida no Código Civil de 2002, examinada adiante.

Finalmente, a *quarta fase*, do Código Civil Brasileiro de 2002 até hoje, corresponde à condensação legislativa pátria sobre a matéria nessa codificação contendo as disciplinas das relações pessoais, patrimoniais, definição do instituto, da figura da conversão e da diferenciação entre união estável e concubinato.

Relativas a essa *quarta fase* (2002 até hoje), as críticas ao novo Código Civil, referem-se em geral, a não absorção das modificações essenciais ofertadas pelo

²⁵¹ SOARES, Orlando, **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 572; 578/580.

legislador constituinte no Direito de Família, visto ter ele mantido a figura do sujeito de direito (proprietário), deixando de conceber a “Pessoa”, de que tratamos no capítulo primeiro, deste trabalho, e, em conseqüência, deixando de assimilar o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, sendo um bom exemplo de lacuna, a ausência de referência ao idoso, especialmente de sua proteção.²⁵²

Da forma como apresentado, após a Constituição Federal de 1988, a efetiva *regulamentação civil* da entidade familiar “união estável” deu-se com as Leis no. 8.971/94 e 9.278/96, passando a coexistir simultaneamente dois diplomas legais.

Inicialmente, a Lei nº. 8.971/94 procurou regular o direito a Alimentos e à Sucessão e com o advento do segundo diploma regulamentador, aperfeiçoou-se o entendimento prevalente de que somente há necessidade da União Estável caracterizar-se como convivência: *duradoura, pública, contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família – sem estipulação de qualquer prazo*. Esse objetivo de família *não subentende* entretanto a necessidade de existência de prole ou convivência debaixo do mesmo teto, consoante jurisprudência dominante.²⁵³

Nessa conformidade dispõe a Súmula 382: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

O mesmo entendimento encontra-se no acórdão TJRS 592.094.171 da 7ª. Câmara. Rel. Des. Alceu Binato de Moraes, j. 04.11.1992:

Concubinato. Sociedade de fato. Partilha de bens. Não se exige morada comum à tipificação do concubinato, bastando relacionamento material e afetivo prolongado, notório e em caráter de fidelidade recíproca. Requisitos comprovados. Partilha de todos os bens adquiridos durante o período de

²⁵² NEVARES, Ana Luiza Maia, **Entidades Familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada**, in Ramos, Carmen Lúcia Silveira (org.) **Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 301.

²⁵³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. **Família não fundada no Casamento**. RT 77/51.

vigência do concubinato, com direito à meação da autora. CF/ 88, art. 226, par.3º. (RJ 188/96 in *Juris Síntese* – 101536).

Quanto à segunda Lei editada sobre a matéria, lecionando no Curso de Graduação sobre Direito de Família, junto à UNIFIEO, entende o Professor Hamilton Elliot AKEL, que a Lei no. 9.278/96 não é incompatível, muito menos regulou inteiramente a matéria – união estável - já tratada no dispositivo anterior, ou seja, Lei nº. 8.971/94.

Em consequência, não houve nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil, Lei nº. 4.657/42, revogação tácita, nem expressa, face à inexistência de qualquer incompatibilidade, ou nova regulamentação integral da matéria, muito menos as matérias reguladas são diversas, deixando de haver, portanto, *colidência*.

Evidencia-se a este respeito, que esta segunda lei editada – 9.278/96 – possui como *Ementa*, regulamentar o parágrafo 3º. do art. 226 da Constituição Federal de 1988, visto que a Carta Maior deixou de apontar outros requisitos, além da necessidade desta entidade denominada União Estável conter *estabilidade e ostensabilidade ou notoriedade*, após o transcurso de certo prazo para a proteção estatal.²⁵⁴

Eduardo de Oliveira LEITE oferece algumas *críticas*, primeiramente quanto à Lei no. 8.971/94: a)- prova de *prazo mínimo* de cinco anos, ou de ocorrência de prole; b)- *alimentos* aos conviventes, como se casados fossem, e com invocação da Lei no. 5.478/68, com *direitos e deveres* igualados aos cônjuges; c)- configuração de convivente viúva-meeira, sem exclusão de quaisquer bens, e, finalmente; d)-

²⁵⁴ AKEL, Hamilton Elliot, (prof.) anotações de aula de **Direito de Família**, UNIFIEO, 2º. sem. 2005.

alteração da ordem de vocação hereditária, com a *companheira* sobreposta ao lado do cônjuge-sobrevivente, separado de fato.²⁵⁵

No que diz com a Lei nº. 9.278/96, as críticas concentram-se à incapacidade de *conceituação* da união estável, criação de *regime de bens*, semelhante à comunhão de aqüestos ou comunhão parcial e finalmente, ampliação de vantagens à convivente, com a previsão do direito real de habitação.

2.3.1 – Sobre a regulamentação das uniões não-matrimoniais

Trata-se de matéria ainda controversa, dada a complexidade que envolve a matéria, além dos posicionamentos doutrinários que se resumem em *duas correntes*.

Num primeiro sentido - de ser correta a regulamentação da união estável, porém, respeitando às peculiaridades próprias dessa entidade familiar, observamos a tese de que o Estado não pode tolerar que a suposta liberdade do mais forte, seja utilizada para prejudicar o mais fraco. Não podemos admitir, nesse caso, que todas as questões relativas às uniões informais, sejam decididas pelos próprios conviventes, sob alegação de respeito à liberdade.

Nessa matéria tão especial que é o Direito de família, não se discute que a família oriunda da união estável viva num clima de maior liberdade, do que a família decorrente do casamento. Entretanto, como leciona Álvaro Villaça Azevedo, essa liberdade não pode ser excessiva, a ponto de escravizar o mais fraco. Ela deve estar

²⁵⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira, **Direito Civil aplicado, v.5, Direito de Família**, São Paulo: RT, 2005, p. 416.

condicionada à responsabilidade, para que um convivente não lese o outro, daí resultando a necessidade da regulamentação.²⁵⁶

Ainda pelo posicionamento favorável à regulamentação, Eduardo Cambi critica a tendência de *desregulamentação* do direito de família (denominado de *Estado mínimo*, que consiste na menor interferência possível do Estado na esfera privada, gerando um maior liberdade ao indivíduo e em conseqüência maior responsabilidade no campo afetivo), afirmando, que deve haver uma *ponderação* entre os interesses familiares privados e os interesses familiares sociais, com o intuito de evitar injustiças.²⁵⁷

Num segundo sentido – de não aceitação da regulamentação dessa matéria, preservando a decisão dos envolvidos –, existe o entendimento de cerceamento de liberdade daquelas pessoas que optaram por uma união distinta do casamento, traduzindo a intenção de não se submeterem à ingerência estatal, mas de se auto-regulamentarem da maneira que melhor lhes aprouver, inclusive através de compromissos particulares firmados entre si.²⁵⁸

Carmen Lucia Silveira RAMOS considera contraditória essa pretensa normatização, porque se fundamentaria em normas familiares e, em conseqüência, se imporá uma normatização, da qual justamente se afastaram os conviventes ao não optarem pelo casamento e de não se sujeitarem ao controle estatal.²⁵⁹

Cabe assinalar nosso posicionamento favorável à regulamentação das relações não matrimoniais, especialmente da União Estável, considerando que a

²⁵⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça, **Estatuto da família de fato**, 2ª. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 239.

²⁵⁷ CAMBI Eduardo, **Premissas teóricas das uniões extra-matrimoniais** *apud* NERY, Rosa Maria de Andrade Nery (coord), **Função do Direito Privado no atual momento histórico**, São Paulo: RT 2006, p.48/49.

²⁵⁸ LEITE, Glauber Salomão, *apud* NERY Rosa Maria de Andrade (coord.), *op. cit.*, p. 48.

²⁵⁹ RAMOS, Carmen Lucia Silveira, **Família sem casamento: de relação existencial de fato à realidade jurídica**. Rio de Janeiro: 2000, p. 120.

Família Brasileira, inserida num país em desenvolvimento, necessita da proteção do Estado, especialmente aquelas não matrimonializadas, que se situam na faixa mais desfavorecida economicamente.

Impõe-se ressaltar, porém, que as ações dos conviventes, no âmbito da família de fato, não podem ser desmedidas sem qualquer tipo de limitação.

Assim, quem deseja formar uma família deve suportar a responsabilidade que esse ato acarreta, sob pena de, em nome da autonomia da vontade, tolerarem-se verdadeiros abusos à dignidade humana, em ambiente tão caro à sociedade, que é o ambiente familiar.²⁶⁰

Portanto, pensamos que o Estado *deve intervir* nessas relações pessoais e patrimoniais, estabelecendo um conjunto de direitos e deveres, sem confundir-se com os limites e à disciplina rígida do casamento.

2.3.2 – Quanto à equiparação entre casamento e união estável

Em razão da inserção da figura da *conversão* da união estável em casamento, parte da doutrina e jurisprudência tende a reforçar a importância do casamento, nominando-o muitas vezes de *primeira classe* (Miguel Reale) ou *primeiro estágio*, a que as uniões estáveis devem sempre almejar. Assim, malgrado o estado atual da sociedade em que vivemos, a questão da equiparação da união estável ao casamento, continua a configurar *ponto controverso*.

Porém, como disserta Gustavo TEPEDINO, cada Entidade Familiar é uma formação social que se diferencia da outra. Se assim não fosse, deixaria de haver razão para mencioná-la expressamente em separado. A concepção que preconiza

²⁶⁰ LEITE, Glauber Salomão, *in* NERY Rosa Maria de Andrade (coord.), op. cit., p. 50.

uma hierarquia axiológica entre as entidades familiares, inclusive o casamento, é inconstitucional, devendo prevalecer na matéria o fundamento maior que é o da Dignidade da Pessoa Humana.²⁶¹

Devemos nos orientar nesse campo pela *analogia*, devendo ser aplicados aos conviventes sob a união estável, os princípios que dizem respeito aos *efeitos jurídicos do casamento*, previstos nos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil de 2002.²⁶² Relembremos nesta matéria, as anteriores distinções sobre o “ato jurídico” ou “ratio” do casamento e os seus efeitos, aptas à perfeita compreensão do instituto.

É justamente nesse sentido de relação, que o art. 1.725 do Código Civil dispõe que:

“Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às *relações patrimoniais*, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens” (1.658 a 1.666).

Com afirma Carlos Alberto Menezes DIREITO,

o que se deve buscar, em suma, é o abrigo da proteção jurídica da vida em comum. Não se pretende robustecer a união ilegítima, mas sim criar condições jurídicas para proteger a constituição da família, independente de sua origem no ato civil de casamento.²⁶³

Admitir a superioridade do casamento, significa proteger prioritariamente, algumas pessoas em detrimento de outras, em afronta ao princípio da dignidade humana, simplesmente porque aquelas optaram por constituir família, a partir da celebração de um ato formal, enquanto outras, especialmente grande parte da população brasileira, consideram o ato despiciendo por inúmeros motivos, inclusive o financeiro.

²⁶¹ TEPEDINO, Gustavo, **Temas de Direito Civil**, op. cit., p. 326

²⁶² SOARES, Orlando, **Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense 2002, p. 567

²⁶³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes, **III Encontro Estadual de Curadores de Família**, Rio de Janeiro, São Paulo: RT nº. 667, maio/91, p.17/23, *apud* FACHIN, Luiz Edson, **Direito de Família, elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 92.

Como posição digna de atenção e eventual acatamento, aquela esposada por Zeno VELOSO, seguido por Luiz Edson FACHIN, os quais opinam existirem três degraus a separar as Entidades Familiares: o *casamento civil*, instaurando a família matrimonializada; a *união estável*, como a véspera do acesso ao casamento, e finalmente a *união livre*, distante da formalidade e da possibilidade de ser conduzido ao casamento. Porém, ambos admitem que “se o significado do casamento é determinado pela lei, é na ausência da imposição legal que pode localizar-se o sentido da vida em comum”. Assim, segundo os citados autores, não faz qualquer sentido, a distinção a partir da eficácia, seja, porque definido “a priori” (casamento civil), ou definido juridicamente quando começa a se desfazer (uniões extra-matrimoniais).²⁶⁴

Importa evidenciar que duas grandes correntes se formaram em torno da eventual equiparação entre a *união informal* e o *instituto do casamento*. A corrente menor, pela equiparação, afirma que a Constituição Federal estendeu os direitos assegurados aos casados, aos que viviam unidos estavelmente e, portanto, onde não houver palavras, não será lícito deduzi-las.²⁶⁵ A corrente maior advoga a não equiparação, pela existência, dentre outros aspectos, da previsão de *conversão* da união para casamento.

Gustavo Tepedino se posiciona quanto à desnecessidade de diferenciações, vez que a Constituição reconheceu a união estável como verdadeira família, merecedora da proteção estatal. A questão, segundo o citado autor, resume-se em

²⁶⁴ VELOSO, Zeno, *União Estável*, Belém: CEJUP, 1997 apud FACHIN, Luiz Edson, **Direito de Família. Críticas à luz do novo Código Civil Brasileiro**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.94/95.

²⁶⁵ OLIVEIRA, Basílio, **Direito Alimentar e Sucessório entre Companheiros**, Rio de Janeiro: Destaque, 1995, p.16.

identificar a “ratio” da norma, aplicando a partir daí os mandamentos legais previstos para cada um deles.²⁶⁶

Seguindo esse entendimento com o qual mais nos identificamos, não vamos nos alongar na discussão em torno daquilo que se denomina - falsa questão - vez que tenta se cotejar elementos heterogêneos, quais sejam: o *ato jurídico solene* que estabelece a família legítima, como a *relação familiar* por ele criada.

De fato, cabe lembrar por oportuno, que como o casamento pode designar, tanto o *ato jurídico solene*, como a *relação familiar*, impõe-se distinguir a família - do ato que a constituiu. Essa relação tanto pode ser formal (casamento), como informal (união estável); entretanto mesmo que as diferenças entre as formas sejam visíveis, a conseqüência comum consiste na *formação da família*.

Julgamos nessa seqüência, que a Constituição Federal estendeu o conceito de família, privilegiando o *conteúdo*, em detrimento da *forma*, desvinculando-a da figura do casamento e assim todas as normas de direito de família, que apresentem como substrato a solidariedade recíproca entre os partícipes da entidade familiar devem ser igualmente aplicadas no âmbito do matrimônio e da união de fato.

Há, entretanto, um cuidado a ser tomado: não se deve estender à união estável, norma que apresente como fundamento, o casamento como ato jurídico, porque nesse caso, a “ratio” não é a proteção da família, mas sua formalidade. Figuras heterogêneas merecem proteção heterogênea.²⁶⁷

Portanto, tendo a Constituição Federal silenciado - e no mesmo diapasão, o Código Civil de 2002 -, não poderíamos *promover a igualdade entre duas realidades tão distintas* e, ao que parece, nem foi essa a intenção do constituinte, talvez já

²⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 326.

²⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo, idem, p. 338.

reconhecendo de antemão os *efeitos diversos* de cada entidade, restando assente somente que nossa Constituição reconheceu a união estável como verdadeira família.²⁶⁸

Outro ponto que se evidencia, ou seja, a “olhos vistos” na sociedade atual, consiste em considerar que mesmo não sendo da tradição das Constituições conceituar institutos, (não tendo da mesma forma a Carta Brasileira definido precisamente *no que consiste a convivência estável*), chegamos a constatar a perplexidade de namorados ou conviventes, não saberem em que estado de conjugabilidade vivem - através da conduta que adotam - sendo que os efeitos jurídicos daí decorrentes, pairam à incerteza de sua perfeita caracterização, dependendo portanto da *prova pós constituída*. Isto ocorre porque o legislador simplesmente contemplou a modalidade tanto na Constituição Federal, e especialmente no Código Civil de 2002, mas o fez de modo extremamente sucinto, deixando várias questões relevantes sem previsão expressa.

Nessa esteira, o *contrato escrito* entre os companheiros torna-se imprescindível, visando determinar o que for de interesse quanto ao patrimônio formado durante a convivência. Se nada estipularem, a convivência presumirá o regime de condomínio civil, na condição de sócios, a partir do momento em que se iniciou.

O papel do Direito Civil brasileiro, ou Direito Privado pátrio, consiste em - tendo ainda na prática vivencial o espírito de um código de racionalidade conceitualista e patrimonialista - assegurar a promoção da *dignidade*, especialmente daqueles integrantes da sociedade brasileira, inclusive os membros da família atual

²⁶⁸ LEITE, Glauber Salomão, **O problema da regulamentação da união estável**, in NERY, Rosa Maria de Andrade, **Função do Direito Privado no atual momento histórico**, São Paulo: RT, 2006, p.45/46.

que, ou não se inserem nos modelos, ou cujo atendimento das necessidades existenciais pode contrariar o modelo.

Assim é que o conceito atual de *hipossuficiência jurídica*, daqueles que mais necessitam da garantia de acesso e defesa de seus direitos, porque sempre alvos da exclusão social, abarca a noção de exclusão em geral: da excluída mulher, do idoso, da criança, do deficiente, do negro, do judeu, ou outras minorias desassistidas.²⁶⁹

Nessa esteira, impõe-se examinar as possibilidades concretas que o Direito Civil e o Direito de Família oferecem no sentido de proteger o sujeito de necessidades em suas relações concretas, independente da existência de modelos jurídicos.²⁷⁰

Em suma, uma eventual equiparação de direitos não se daria somente em virtude de “uma cláusula maior de favorecimento”, mas em razão do Princípio da Igualdade, cânone do sistema constitucional, cuja aplicação garante a atuação do princípio fundador do ordenamento jurídico brasileiro: a Dignidade da Pessoa Humana, prevista no art. 1º., inciso III da Constituição Federal do Brasil.²⁷¹

2.4 – FAMÍLIAS MONOPARENTAIS

Uma etapa importante do referido processo evolutivo ao qual a família vem se submetendo foi representada pelas inovações trazidas pela Constituição Federal de

²⁶⁹ DIAS, Maria Berenice, **União Homossexual, o Preconceito & a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 73.

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, cit., p.102/104.

²⁷¹ NEVARES, Ana Luiza Maia, **Entidades Familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada**, in RAMOS, Carmen Lucia Silveira (org.), **Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 315.

1988, que conferiu *status* de família à União Estável e aos *núcleos Monoparentais*, ou Unilineares.

Assim a denominação – Família Monoparental – prioriza a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar, sendo na maioria, da presença da mãe.

Portanto, referida Entidade Familiar Monoparental, abrange viúvos, separados de fato e judicialmente, divorciados, solteiros com filiação natural (pais biológicos solteiros), filiação adotiva por inseminação artificial (terceiros) ou fecundação homóloga (entre os próprios pais), após separados.

Busca-se a aplicação à todas as Entidades Familiares, de normas que tenham por *fundamento ético* a proteção da família, genericamente considerada, seguindo-se as orientações doutrinárias, de separar as normas dedicadas aos casamento, como ato formal, específicas e exclusivas desse instituto, das normas gerais da família “oriunda” do casamento.

A orientação geral nesse sentido, tratando-se, por exemplo, de *mera disciplina* das relações familiares, a plena incidência se dará às famílias não matrimonializadas enquanto outras continuam específicas do casamento.

Por outro lado, devemos extrair o sentido, bem como interpretar de forma combinada - a expressão “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, contida no art. 226, caput, com *prosseguimento* nos parágrafos 3º. e 4º da Constituição Federal de 1988, que afirma:

Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável... 3º - como entidade familiar - *culminando* para o estudo de nosso tópico, na expressão contida no parágrafo 4º.: “Entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Dada à combinação do “caput” do alegado art. 226, com seus parágrafos 3º. e 4º., temos o reconhecimento constitucional dessa nova Entidade Familiar, bem como a garantia de sua proteção estatal.

Saliente-se a respeito das *famílias não matrimonializadas* em geral, que a *afetividade*, consubstanciada principalmente na *estabilidade* (relacionamentos duradouros, o que exclui os envolvimento ocasionais) e na *ostensibilidade* (apresentação pública como unidade familiar), passa a servir de lastro para a conceituação da *família contemporânea*, passando ao largo as demais exigências de passado recente, como prazo mínimo de separação, de união anterior de cinco anos, coabitação sob o mesmo teto, ou exigência de formalização de divórcio.

Essa elasticidade na compreensão dos novos institutos, nos leva a entender o citado art. 226 e seus parágrafos, como conceitos abertos, ou *cláusulas gerais*, de que tratamos anteriormente, no sentido de se prever o surgimento de novas formas de família, na seqüência do estágio da civilização e no desenvolvimento histórico e cultural de cada país.

Historicamente, a monoparentalidade, como fenômeno social e jurídico, surgiu mais ostensivamente nos últimos trinta anos, devido às novas conformações da família, com a instituição do divórcio, o aumento de separações em geral, ou a aceitação social de mães solteiras, que arcam sozinhas com sua prole, devido à sua profissionalização e por último o advento das inseminações artificiais. Tal fenômeno ocorreu, quase simultaneamente em toda a Europa e Estados Unidos e mesmo nos países do Terceiro Mundo, em desenvolvimento, ou periféricos. Ocorre que “de fato”, a monoparentalidade sempre existiu na sociedade, especialmente nas classes mais desfavorecidas economicamente.²⁷²

²⁷² PALMA, Rúbia, **Famílias Monoparentais**, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 31/34.

Questão que tem gerado grande controvérsia na doutrina, prende-se ao alegado - *direito de ter pai e mãe* - ou seja, de conhecê-los, bem como à sua origem genética como um todo. Somos de opinião favorável ao amplo acesso a esses dados. O interesse social de assegurar a declaração judicial de paternidade, não pode ceder ao interesse individual de um pretense pai, de esconder a *verdade biológica*, aspecto no qual cede a prevalência do afeto.

Portanto, no capítulo da Constituição Federal dedicado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, o qual abarca os artigos 226 ao 230, verifica-se que a tutela jurídica, antes dedicada apenas ao casamento, passa a considerar, sob o título de *Entidades Familiares*, tanto as relações familiares decorrentes do casamento, quanto outras modalidades, quais sejam, a união estável (art. 226, § 3º) e as famílias monoparentais (art. 226, § 4º).

Referindo-se à supramencionada norma fundamental, Gustavo Tepedino assim se manifesta:

A Constituição Federal, centro reunificador do direito privado, disperso na esteira da proliferação da legislação especial, cada vez mais numerosa, e da perda de centralidade do Código Civil, parece consagrar, em definitivo, uma nova tábua de valores.²⁷³

Valendo-se da expressão utilizada pelo consagrado civilista, com a inserção de uma nova tábua de valores no ordenamento jurídico, por intermédio da Constituição Federal de 1988, tornou-se imprescindível, a fim de atender a tais inovações, a *reformulação do conceito de família*, isto para evitar a ocorrência de conflitos dentro do sistema.

O referido conjunto de valores, que hoje prevalece por imposição constitucional, tem por base de sustentação, principalmente, a *valorização da*

²⁷³ TEPEDINO, 2001, **Temas de Direito Civil**, op. cit., p. 350.

peessoa humana, implicando, desta forma, na garantia da igualdade entre homens e mulheres.

Cabe ao Estado brasileiro, a assunção efetiva de medidas protetivas, com medidas de caráter imperativo, visando regular os diversos ítems lacunosos, e da mesma forma promover uma maior conscientização quanto à existência dessas Famílias Monoparentais, constituídas na sua grande maioria, em nosso país, por Mulheres Chefes-de-Família, fragilizadas por dupla jornada de trabalho, porque constituídas por aquela faixa inferior, tanto econômica como cultural-educacional, que impede o amplo acesso aos direitos constitucionalmente assegurados.

2.5 – UNIÃO HOMOAFETIVA

A união homossexual é tema dos mais aflitivos e tormentosos da atualidade, devido à sua condição “*sui generis*”, ainda não reconhecida no texto constitucional.

Glauber Moreno TALAVERA disserta que:

(...) num primeiro momento, muitos ainda tentam tratar desse instituto, como ocorria anteriormente com o concubinato. Na esteira do Direito das Obrigações, sem atentar para os seus naturais desdobramentos e patente perfil paradigmático de entidade familiar não fundada no matrimônio.²⁷⁴

Taísa Ribeiro FERNANDES, igualmente, leciona que a omissão constitucional não quer dizer e nem pode significar que os casais homossexuais estejam proscritos do ordenamento jurídico e assim excluídos da proteção estatal. O importante e essencial, segundo essa autora, é que os mesmos – masculinos ou femininos - não

²⁷⁴ TALAVERA, Glauber Moreno, **União Civil entre pessoas do mesmo sexo**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 34.

recebam um tratamento preconceituoso, discriminatório, excludente e recebam os mesmos benefícios reservados aos outros tipos de uniões.²⁷⁵

Mas, Álvaro Villaça AZEVEDO, dissertando sobre a diversidade de sexos como elemento essencial ao matrimônio, opina que:

(...) o casamento embora sem qualquer expressa determinação, de que se realize *entre homem e mulher*, de acordo com suas rigorosas exigências, não pode prescindir de tal circunstância, indispensáveis à sua própria existência. Todo o sistema regulador do casamento civil acolhe a diversidade de sexos, como seu pressuposto essencial.²⁷⁶

No meio termo, entre defender e atacar, Rainer CZAKOWSKI lembra que:

uma forte carga negativa, de ordem moral e mesmo religiosa envolve o tema das uniões sexuais” e na sua avaliação “à medida que estas uniões passam a gerar efeitos jurídicos relevantes, é mais razoável que se faça uma *abordagem jurídica e técnica* da questão, e não um análise moral, porque esta última, além de ser excessivamente subjetiva, concluirá pela negativa de qualquer efeito útil.²⁷⁷

Mesmo em outros aspectos, muitas vezes se levantam contra o reconhecimento do direito aos homossexuais, *de ter filhos*, como um direito fundamental, amparado constitucionalmente ou *direito de procriação* dos homossexuais, dado o avanço das técnicas científicas de inseminação artificial, ou de fecundação assistida. Entretanto, este é ainda um tema muito recente no Direito Brasileiro e somente com a sedimentação da matéria na doutrina e na jurisprudência, ou seja, no exame dos casos concretos individuais, é que poderemos situar melhor o entendimento a esse respeito.

²⁷⁵ FERNANDES, Taísa Ribeiro, **Uniões Homossexuais efeitos jurídicos**, São Paulo: Método, 2004.

²⁷⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça, **Estatuto da Família de Fato**, 2ª. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 472.

²⁷⁷ CZAKOWSKI, Rainer, **Reflexos Jurídicos das uniões homossexuais**, in **Jurisprudência brasileira**, Curitiba: Juruá, 1995, v.176, p. 107.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, prevê que todos os homens nascem livres e iguais em direitos (art.1º.).

A Constituição Federal Brasileira de 1988 inicia o capítulo dos Direitos Individuais, com os seguintes dizeres: art. 5º.: - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A título de proibição de distinções, o art. 3º., inciso IV, dispõe que entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

José Afonso da SILVA esclarece que uma das espécies do gênero “discriminação sexual” consiste na discriminação por *orientação* sexual. A parte final do artigo 3º., inciso IV, da Constituição Federal de 1988, demonstra que a enumeração constitucional *convive com a abertura para qualquer forma diversa de discriminação*.²⁷⁸

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Inciso IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No âmbito da sexualidade, o princípio da igualdade mereceu especial proteção, mediante a proibição de discriminação sexual infundada, especificamente no inciso I do artigo 5º., inciso I, ao assegurar a *igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres*: “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Também os incisos XXX e XXXI do art. 7º. proíbem *diferença* de salários, exercício de funções e de *critérios* de admissão por motivo de sexo, idade, cor,

²⁷⁸ SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 10ª. ed., São Paulo: Malheiros, p. 218.

estado civil ou deficiência. Nessa conformidade, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres, fazendo expressas proibições de *discriminações com base no sexo*, consoante artigos 3º., inciso IV e 7º., inciso XXX, o legislador constitucional de 1988, deu um passo fundamental na superação da referida desigualdade.²⁷⁹

Ainda no âmbito da legislação infraconstitucional, além da aplicação das cláusulas gerais já mencionadas anteriormente, impõe-se a aplicação do artigo 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil, c.c. artigo 126 do Código de Processo Civil, ou seja, diante da lacuna da lei ou da falta de normatização, socorrer-se da *aplicação analógica, dos costumes e dos princípios gerais do direito*. O fato de não haver regra legal, não significa inexistência do direito à tutela jurídica, nem impede que se extraiam efeitos das situações fáticas.

Importa ressaltar que o próprio Código Civil não fala que o casamento somente pode ser reconhecido entre sexos diferentes e a Declaração Universal dos Direitos Humanos não faz qualquer restrição, consoante art. XVI:

“Os homens e as mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio”.

A respeito de omissão na previsão de união homoafetiva, como entidade familiar, existe igualmente em andamento projeto de lei retificativo ou modificativo, buscando corrigir essa omissão – Projeto no. 6.960/2002 de iniciativa do então Deputado Ricardo Fiúza, recentemente falecido, acrescentando o art. 1.727-A, no Código Civil, com a seguinte redação:

²⁷⁹ FIGUEIRAS, Fernanda Louro, **Aspectos constitucionais da união de pessoas do mesmo sexo**, in: Porto, Sérgio Gilberto (org.) **Tendências Constitucionais no Direito de Família**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 106/107.

As disposições contidas nos artigos anteriores (1.723 a 1.727, que regulamentam a união estável), aplicam-se no que couber, às uniões fáticas de pessoas capazes, que vivam em economia comum, de forma pública e notória, desde que não, contrariem as normas de ordem pública e os bons costumes.

Ademais, tramita até hoje, proposta de Emenda à Constituição – PEC no. 139/95, de autoria da então Deputada Federal Marta Suplicy, alterando os artigos 3º e 7º da Constituição Federal de 1988, visando proibir a discriminação por motivo de orientação sexual.

O Projeto que tomou número de lei 1.151/95, em tramitação no Congresso Nacional, desvincula a orientação sexual de qualquer elemento de cunho discriminatório, reconhecendo os seguintes direitos: à herança, à sucessão, aos benefícios previdenciários, ao seguro-saúde, à declaração em conjunto do imposto de renda, à nacionalidade dos casados com brasileiros, à renda conjunta, dentre tantos outros.

Na citada proposta o termo união civil foi alterado para *parceria civil registrada*, para não ser confundida com casamento. Visa o projeto, dentre outros direitos: a)- conceder amparo às pessoas que firmam o contrato de parceria, que poderá ser registrado perante cartório de registro civil das pessoas naturais; b)- somente podem contratar pessoas solteiras, viúvas, ou divorciadas, e; c)- vedam alteração do estado civil, durante sua vigência ou casamento e, com isso, criam novo impedimento matrimonial, além daqueles contidos no art. 183 do Código Civil.

Semy Glanz anota que o Estado do Rio Grande do Sul, através do Provimento 6/4, de 17 de fevereiro de 2004, admitiu o registro constitutivo de união de pessoas do mesmo sexo.²⁸⁰

²⁸⁰ GLANZ, Semy, **Família Mutante**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.4.

No mínimo estas uniões configuram “*sociedade de fato*” se houver aquisição de bens pelo esforço comum, pois celebram *contrato de sociedade* as pessoas que se obrigam mutuamente a combinar seus esforços pessoais ou recursos materiais, para a obtenção de fins comum. Existem direitos à proteção jurídica, a exemplo da conferida às demais entidades, face à avançada legislação infraconstitucional, que dispõe de variadas propostas de amparo, como legislações estaduais e municipais.

Álvaro Villaça de AZEVEDO recomenda que, enquanto não for reconhecida como apta à constituição de família, os parceiros devem acautelar-se com a realização de contratos escritos, que esclareçam, dentre outros, sobre o patrimônio móvel e imóvel, parentes sucessíveis, possíveis filhos de outras uniões e demais informações esclarecedoras de vontade e intenções dirigidas ao futuro, além de informar o que já possuíam anteriormente ao início da referida união.

Ricardo Pereira LIMA, assevera que o tema da união homossexual só pode aflorar através de um *contrato de união civil*, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais direitos regulados, porque não se põe no âmbito do Direito de Família, mas inseridos no Direito das Obrigações.²⁸¹

Em uma sociedade ainda dominada pelo preconceito, em relação à orientação sexual, parece-nos muito difícil que o legislador ordinário, considerado mais retrógrado em relação ao constituinte, venha conferir proteção jurídica a relacionamentos que ainda são considerados por muitos, como anomalias e aberrações, doença ou distúrbio de personalidade.²⁸²

Importa por ora consignar, que existem atualmente ao lado do casamento formal e solene, outras entidades familiares de conceito aberto, cada uma gerando

²⁸¹ LIMA, Ricardo Pereira, **Breve estudo sobre as Entidades Familiares**, In: **A nova Família: problemas e perspectivas**, Vicente Barreto (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 45/46.

²⁸² DAL COL, Helder Martinez, **A Família à luz do Concubinato e da União Estável**, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.78.

seus efeitos particulares. No magistério de Maria Berenice DIAS, não se trata, como poderia parecer à primeira vista, de querer equiparar outras formas de uniões, ao casamento formal, mas sim de reconhecer a *liberdade pessoal* de cada ser humano, de exercer o seu direito fundamental de escolher a melhor forma de conduzir a sua própria vida.²⁸³

Assim, se não há legislação expressa, a resposta pode ser encontrada não só na analogia, costumes e princípios gerais de direito, mas, especialmente, nos Direitos e Garantias Fundamentais, fundamentos do Estado Democrático de Direito, visando assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, que se apóia nos princípios da igualdade e da liberdade.²⁸⁴

Ademais, Família, como ensina Rodrigo da Cunha PEREIRA, é uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros, ocupa um lugar, desempenha uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente.²⁸⁵ Então, se é função desenvolvida dentro de uma família, não há restrições de espécies.²⁸⁶

Portanto, resta-nos evidenciar que, diante do silêncio do constituinte e da omissão do legislador, além da aplicação das cláusulas gerais já mencionadas anteriormente, impõe-se a aplicação do artigo 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil, c.c. artigo 126 do Código de Processo Civil, ou seja, diante da lacuna da lei

²⁸³ DIAS, Maria Berenice, **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

²⁸⁴ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 24.

²⁸⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **Direito de Família. Uma abordagem psicanalítica**, cit., p. 133.

²⁸⁶ Julgado recente, referente à sexta turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, pela primeira vez, junto a um Tribunal Superior, que um homossexual tem direito à pensão previdenciária pela morte do companheiro, embora na segunda instância já proliferassem igual entendimento. Os ministros do STJ classificaram como discriminatório o argumento de não haver previsão legal para tais tipos de casos. O vencedor da ação alegou que viveu dezoito anos com o companheiro e que a união era semelhante às relações heterossexuais, como nos casamentos, “dividindo despesas, pactuando alegrias e tristezas”. Sua defesa se baseou na CF 88, que assegura liberdade e igualdade.

ou da falta de normatização, socorrer-se da aplicação analógica, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Por último, na conformidade do item 3.3 desta dissertação – As Cláusulas gerais e as Entidades Familiares, recordamos que o art. 226, § 3º e 4º, regulamentados pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, ao ser alterado na sua redação originária deslocou a exigência de heterossexualidade específica da União Estável para as entidades familiares, em geral.

Cabe-nos aguardar a vinda de novos tempos, aqueles em que a sociedade brasileira estará apta a recepcionar as novas mudanças, porque a família consiste apenas e tão somente naquele lugar especial de SER FELIZ.

CAPÍTULO 3 - A TÉCNICA DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS DE FAMÍLIA

3.1 - PANORAMA GERAL

A ênfase que demos na apresentação do presente trabalho, na *utilização da técnica da mediação*, será agora desenvolvida, visando demonstrar de modo preponderante as vantagens, na adoção de *meios alternativos* como forma de solução dos conflitos oriundos do Direito de Família.

Como afirma Sônia Barroso Brandão SOARES, advogada e mediadora:

(...) deve-se modificar a cultura do monopólio estatal sobre a solução dos conflitos e administração da Justiça, ampliando o leque de participação da sociedade na busca da pacificação social. O processo judicial não deve ser mais a *primeira fonte* de busca de solução para o direito lesionado, mas sim a *última*, superadas todas as demais formas de composição consensual.²⁸⁷

O brasileiro detém uma tradição cultural de transferir para o Judiciário, a responsabilidade de referendar ou julgar seus atos sociais. Assim, cada um busca no Judiciário, não a resolução do problema, mas sim, uma definição de culpa, tentando transferir o resgate da competência e da auto-estima no desempenho social. O aparato judicial, executado pelos Assistentes Judiciais e Psicólogos que atuam como peritos, buscam tão só um diagnóstico da situação vivenciada e não o tratamento das relações familiares.

²⁸⁷ SOARES, Sônia Brandão, **A mediação como técnica de solução de conflitos**, in: Mello, Cleyson de Moraes Mello *et al.*, São Paulo:Freitas Bastos Editora, 2003, **Aspectos polêmicos de direito de família**, 2003, p.211-235.

Anote-se que existem empecilhos funcionais que não recomendam a atuação destacada do Judiciário. Todo modo de funcionar da Judicatura, como a iniciativa por provocação, o impulso oficial, a linearidade do procedimento e as regras de preclusão não constituem procedimentos apropriados para lidar com a dinâmica e os afetos envolvendo o âmbito das decisões familiares.²⁸⁸

Muitos litigantes estão se valendo de um *Laudo Preliminar*, amparados pelo artigo 427, da Lei nº. 8.455 de 24/08/92, que assim dispõe:

O Juiz poderá dispensar a prova pericial quando as partes, na inicial ou na contestação, apresentarem sobre as questões de fato, *pareceres técnicos*, ou documentos elucidativos que considerar suficientes.

Porém, inobstante a análise interdisciplinar se valer além da usual perícia, de um laudo preliminar, os recursos postos à disposição da Justiça, continuam inseridos na lógica do conflito, diversa da Mediação que representa uma instância extra-oficial, não julgadora, que trabalha além da lógica dual: culpado/inocente, ou certo/errado.²⁸⁹

Historicamente, superada a forma de auto-tutela, ou autodefesa, pelo esforço físico, exceto naquelas hipóteses expressamente previstas no nosso ordenamento jurídico nacional, e passando por suas espécies, como transação, conciliação e negociação coletiva, alcançamos a hetero-composição que abrange a *arbitragem* (artigos 840 a 850 do Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil com a nova Lei nº. 9.307/96) e a *mediação* no direito de família, que é nosso tema.

²⁸⁸ SOARES, Sônia Brandão, op. cit., p. 206.

²⁸⁹ PINTO, Ana Célia Roland Guedes, **O Conflito familiar na Justiça. Mediação e o Exercício dos papéis**, Revista do Advogado de São Paulo, no. 62, mar. 2001, p. 64/70.

3.2 - CONCEITOS

Podemos agora definir *Mediação*, no sentido de intercessão, intervenção, tanto filosoficamente como juridicamente. Como anotado no Dicionário de Filosofia Nicolla Abbagnano, *filosoficamente* significa mediação; é uma função que relaciona dois termos ou dois objetos em geral.²⁹⁰ Para Aristóteles, a mediação tem uma função de grande importância no silogismo, que é determinado pela função mediadora do termo médio, quando existe um termo inicial e um final.²⁹¹

A magistrada francesa Daniele Ganância, discorrendo sobre as perspectivas para a Mediação Familiar no futuro, afirma que mais que uma técnica, a Mediação Familiar é uma filosofia, um passo ético, que se dirige ao cerne do conflito, buscando a pacificação. Busca pacificar o conflito, responsabilizar os protagonistas e permitir a continuidade das relações de co-parentalidade.²⁹²

No sentido *jurídico*, mediação constitui um recurso eficaz na solução de conflitos originados de situações que envolvem diversos tipos de interesses. Trata-se de um processo confidencial e voluntário em que a responsabilidade pela construção de decisões cabe às partes envolvidas.

A mediação é o lugar da palavra, de reconhecimento do “outro”, detendo celeridade, com decisões baseadas na equidade. O mediador familiar deve necessariamente possuir formação jurídica, mas para os aspectos mais técnicos, o mediador deve sempre privilegiar a oitiva de advogados, peritos ou tabeliães. Os

²⁹⁰ ABBAGNANO, Nicola, **Dicionário de Filosofia**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1307.

²⁹¹ SARMENTO, Roselaine dos Santos, **Mediação Familiar: um meio altamente eficaz de acesso à Justiça**, in Eliene Ferreira Bastos (coord.), **Família e Jurisdição**, Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2006, p.290.

²⁹² GANANCIA, Daniele, Juíza de Nanterre-França, **Justiça e Mediação Familiar: Uma parceria a serviço da co-parentalidade**, Revista do Advogado no. 62, Mar.2001.

Juízes continuam no controle das decisões, podendo retomar suas funções, determinando outras medidas ou deixar de homologar ou ratificar esse *procedimento*, que não obriga as partes ou o juiz.

Podemos enumerar como vantagens: a celeridade, a efetividade de seus resultados, a redução do desgaste emocional, a garantia de privacidade e de sigilo, a facilitação da comunicação e finalmente a melhoria dos relacionamentos.

No *campo familiar*, a mediação é utilizada na solução de conflitos durante a separação ou divórcio, bem como nas questões envolvendo alimentos, patrimônio, visitação, guarda e suas alterações, manutenção de sociedades familiares e outras.

Busca-se especialmente a resolução pacífica das questões, com a preservação do diálogo entre as partes, a fim de garantir a estabilidade emocional e a segurança material e psíquica-emocional familiar. Nessa conformidade, como método extrajudicial de solução de conflitos – MESCAs, consistem instrumentos valiosos para decidir conflitos de toda a natureza, especialmente os familiares, com isso melhorando a administração da justiça.

Devemos, desde já, acentuar que *conflito familiar* é diverso de *conflito jurídico*, considerando que o último, sendo fato colocado em juízo, é enfrentado apenas com a técnica jurídica, levando em conta os valores que a norma contém, mas *valorizando excessivamente as normas*, componentes do sistema jurídico. Já o conflito familiar, de amplo aspecto social, buscando o comportamento ético socialmente desejável, abre-se para todo um leque de busca de soluções, inclusive a psicanálise trazendo os elementos psíquicos, “o inconsciente e o emocional”, auxiliando, com isso, o ser humano a transformar seus conflitos, ou seja, resgatar suas funções analíticas.

3.3 – PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO

Como acentua Eliene Ferreira Bastos,²⁹³ pode a Mediação Familiar, na fase anterior à instauração do litígio judicial permitir, com o auxílio de profissionais altamente qualificados, buscar a definição de novos papéis, no contexto da família fragmentada. Não sendo o conhecimento técnico-jurídico suficiente, a fase prévia de conciliação resta prejudicada, com a imposição, por vezes de acordos forçados, que não resolvem o conflito, entre outros motivos por estar fundamentado na linguagem binária, que acompanha a evolução humana.

A Mediação levando em consideração o homem visto como forma filosófica, lógica e lingüística, ou seja, o “eu”, “o tu” e “o ele”, bem como o “nós”, o vós” e “eles”, detém a *forma ternária*, ou integração e um terceiro elemento, como, por exemplo, o modo de pensamento do mundo oriental, que admite a criatividade humana, que é infinita, porque afeita à natureza humana.²⁹⁴

Nessa esteira, a mediação é impulsionada pela inclusão de *um terceiro*, numa relação polarizada, ou mesmo relações circulares dentro do contexto de família, permitindo uma mudança de dinâmica que busca uma solução que nunca esteve presente enquanto a linguagem era binária, porque restrita a duas partes litigantes.

O mediador ocupará, desta forma, o lugar do *tradutor*, na recontextualização do conflito familiar, visto que é o terceiro que participa auxiliando as partes na identificação dos pontos controvertidos e, por meio da comunicação, é que acontece a descoberta dos reais pontos de interesse.

²⁹³ BASTOS, Eliene Ferreira, **Uma visão de Mediação Familiar**, in: **Família e Jurisdição** (coord.), Belo Horizonte, Del-Rey, 2006, p. 139/153.

²⁹⁴ BARBOSA, Águida Arruda, **Mediação Familiar: Instrumento para a reforma do Judiciário**, in: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.), **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro**, Belo Horizonte: IBDFAM-Del Rey, 2004, p. 29/39.

Ao permitirem a entrada de uma *terceira pessoa*, as partes procedem a uma abertura necessária para viabilizar a criação de outra solução, antes impossível, porque reconhecem o valor do “outro”, que se encontrava encoberto pela ausência do diálogo.

Como é por demais sabido, faltam instrumentos ao Judiciário para lidar com a esfera afetiva e psíquica dos afetos e desejos e com a esfera psico-social (papéis e funções) dos vínculos afetivos desfeitos. Nesse ponto, à medida que o intermediário mediador ingressa, ajuda as partes a entenderem o sentido dos direitos e deveres em nível legal e sua tradução para a esfera das relações familiares e, assim, ficando mais claras para as partes, igualmente se clarificam para o Estado-Julgador.²⁹⁵

Quanto ao procedimento regular, a mediação nos conflitos de família, percorre as seguintes etapas: a)- concordância das partes para mediar, b)- entendimento das questões em disputa, c)- criação de opções para negociação, d)- realização e organização do acordo, com sua implementação e, finalmente; e)- seguem-se a formalização solene do acordo, através de um *contrato de prestação de serviços*, que pode ser terminado sem qualquer sanção.

No *primeiro estágio*, o mediador esclarece todos os passos da mediação às partes, momento em que se busca um excelente relacionamento entre os “mediandos” e a credibilidade das partes no “mediador”.

No *segundo estágio*, o mediador escolhe uma estratégia para orientar a mediação, ouvindo atentamente as partes, ajudando-as inclusive a se exprimirem, bem como a separarem as questões essenciais, de interesse comum, das questões individuais.

²⁹⁵ DIAS, Maria Berenice, GROENINGA, Giselle, **A Mediação no confronto entre direitos e deveres**. Revista do Advogado de São Paulo, nº. 62, Mar/2001, p. 62.

O terceiro estágio, mais difícil, consiste na identificação por parte do mediador, dos verdadeiros interesses das pessoas envolvidas no conflito, inclusive os não revelados, mas percebidos. Nesse ponto, o mediador formulará as hipóteses paralelamente à descontextualização do relato, colocando todas as variáveis para consenso.

No *quarto e último estágio*, de acordo com Roseleine SARMENTO:

(...) o mediador faz a avaliação das opções sugeridas pelas partes, conscientizando-as do custo e do benefício que cada uma das possibilidades de opção acarretará, além de visualizar o relacionamento das partes com base no acordo e analisar sua viabilidade. Finalmente, finaliza-se o acordo, escrito, específico, positivo, exequível e assinado por ambas as partes.²⁹⁶

3.4 – INICIATIVAS LEGISLATIVAS

Temos em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro – Casa do Senado, o Projeto de Lei nº. 4.827-B, de 1998, que versa sobre *a disciplina da mediação*, como método de prevenção e solução consensual de conflitos, de autoria da Deputada Federal, Zulaiê Cobra Ribeiro. Pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, foi ofertada uma emenda substitutiva, alterando esse projeto em diversas questões.

Já implementado existe o Projeto-Piloto de Mediação Forense do Tribunal de Justiça do *Distrito Federal*, bem como iniciativas isoladas no âmbito judiciário.

No que concerne especificamente à família, temos em curso o Projeto de Lei no. 4.891/2005, sugerido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, de autoria do Deputado Antonio Carlos Biscaia, disciplinando a mediação nas

²⁹⁶ SARMENTO, Roseleine, op. cit., p. 298.

separações e divórcios. Nessa matéria, temos ainda o Provimento nº. 953/2005, que autoriza e disciplina a criação, instalação e funcionamento do setor de conciliação ou mediação nas comarcas e foros do Estado de São Paulo.²⁹⁷

Cumprе evidenciar, por último, que a mediação consiste num instituto democrático, educativo e pacificador, obtendo resultados bastante favoráveis, porque ao buscar incessantemente a solução de um conflito de interesses, consegue ao mesmo tempo, preservar a relação entre as pessoas envolvidas no litígio, sem os desgastes inerentes a um vínculo tão próximo quanto o familiar.

E é por esta razão que incluímos esta temática da mediação no tema dissertativo, buscando clarificar que a mudança de paradigma no trato das pessoas em sofrimento permite compreender que não é função do operador do direito a solução dos problemas das partes, mas sim, de despertar nos litigantes o resgate da responsabilidade pela autoria da própria vida. A mediação é, enfim, a própria cultura da PAZ, em conformidade com o art. 8º. da Declaração Universal dos Direitos Humanos – UNESCO.²⁹⁸

²⁹⁷ BASTOS, Eliene Ferreira Bastos, **Uma visão de Mediação Familiar**, in **Família e Jurisdição** coord. e mesma autora, Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2006, p. 149.

²⁹⁸ BARBOSA, Águida Arruda, **Mediação: A Clínica do Direito**. Revista do Advogado, no.62, Mar/2001, p. 46/47

CONCLUSÃO

Como evidenciado no decorrer do trabalho, a Constituição Federal Brasileira, a partir de 1988, passou a representar o *centro do ordenamento jurídico*, orientando a interpretação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais e, assim, ao assumir dentre outros, os principais temas de Direito de Família, em seus artigos 226 a 230, *constitucionalizou* o Direito de Família, a exemplo do Direito Civil-Constitucionalizado, onde se encontra inserido.

Apreendemos, ainda, que, principalmente através da distinção entre *princípios e normas*, o constituinte de 1988, determinou novos critérios interpretativos ou nova hermenêutica constitucional.

Nos detivemos longamente na evolução histórico-social da família, porque o futuro se contém até certo ponto no passado e, para que o direito acompanhe a realidade, não é possível ignorar o seu caráter cultural e, assim, reconhecer que no universo da cultura, *a tradição* é um dos elementos mais importantes para a construção do novo.²⁹⁹

Observamos que, embora o Código Civil tenha inovado quanto à técnica legislativa, aspecto importante, a alteração de posicionamento do intérprete, notadamente do juiz, não é algo facilmente alcançável em um curto espaço de tempo. Superar a leitura de um regramento jurídico fundamentalmente fechado, para um modo aberto, por meio de Cláusulas Gerais, como propusemos nesta dissertação é tarefa árdua e complexa.

²⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos, **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 78.

No campo das Relações Familiares, acrescentamos que o objetivo final, será sempre o alcance da *aplicação do direito justo* - enfim da Justiça - na apreciação das profundas alterações na Família, face à expressa isonomia de direitos do homem e da mulher, a igualdade de todos os filhos, o reconhecimento das entidades familiares e à dissolução do vínculo familiar, dentre outros.³⁰⁰

Porém, o *novo* não é o Código Civil de 2002, nem mesmo a Constituição Federal de 1988, porque esse “ente” ainda se encontra carente de plena realização. Assim, respondendo a uma das indagações contidas na introdução deste trabalho, o viés hermenêutico continua apto à reconstrução do “*statuo quo*” e, assim, não devemos, consoante recomendação de Gustavo Tepedino, deixar-nos levar, sem considerações críticas, sobre o que está feito e o que ainda está para se realizar.³⁰¹

Para a pessoa obter reconhecimento de sua dignidade e de seus direitos fundamentais, em matéria de família, mais do que em qualquer outro lugar – cada caso é um caso e um caso *muito especial*. Daí a necessidade de buscarmos incessantemente a melhor solução, e, mesmo após a constitucionalização do Direito Civil, nos valermos do auxílio da interdisciplinaridade, de pessoas especializadas na pessoa humana, porque aptas a lidar com os homens parceiros, fraternos e solidários, irmanados na mesma aventura histórica, que é a vida humana.³⁰²

Todas as formas de uniões ou parcerias humanas ainda não são consideradas entidades familiares, mas merecem proteção estatal.

Aspecto relevante volta-se ao meio em que a família se encontra inserida, na qualidade de vida que se espera alcançar.

³⁰⁰ SEREJO, Lourival, **Direito Constitucional da Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2^a. ed., 2004, p. 85/87.

³⁰¹ TEPEDINO, Gustavo, **Temas de Direito Civil**, op. cit., p. 439/440.

³⁰² PELUSO, Antonio Cezar, **Direitos Humanos: visões contemporâneas. Os Direitos Humanos da Família, Criança e Adolescente**. SÃO Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2001, p. 78/79.

No magistério de Cármen Lúcia Antunes Rocha, impõe-se desde já união, cooperação ou subsidiariedade, de *órgãos públicos e sociedade civil*, sendo que para a *concretização de direitos sociais prestacionais*, caberia implementar sua eficácia pelo *Estado*, ou então pelos *próprios cidadãos*, ou ainda *Estado-cidadãos*; por último, união da *Sociedade com ela mesma*, no sentido de incremento de organizações cidadãs e por fim união de *Estados entre si*, tanto em relação ao *aspecto interno* (violação de direitos fundamentais mínimos), quanto ao *internacional* (organização de uma economia solidária globalizada).³⁰³

A abordagem das cláusulas gerais nas entidades familiares, serviu para demonstrar um meio hábil de inclusão de novas formas de uniões ou parcerias humanas como organizações familiares, através de valores e princípios, considerando que no artigo 226 da CF de 1988, é impossível determinar com precisão o alcance da norma inscrita no comando constitucional.

A técnica de mediação inserida no presente trabalho, justifica-se por confundir-se com a própria cultura da paz, pois busca superar conflitos familiares.

Nos aspectos mais particulares, o momento é propício para nos voltarmos aos meios alternativos de resolução de conflitos.

Quanto aos problemas específicos a serem enfrentados no tema das entidades familiares, deixou-se de exigir a convivência contínua, sob o mesmo teto, para a união estável e, da mesma forma, a obrigação do débito conjugal forçado, porém prosseguindo na manutenção do elemento culpa, previsto na lei divorcista, para a ruptura do casamento.

Um dos problemas que se coloca diante do reconhecimento jurídico de novas entidades familiares, além do reclamado afastamento dos termos pejorativos, é o de

³⁰³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, **Direito à Vida Digna**, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 210.

formação de um *novo estado civil*, considerando que uma nova estrutura familiar passa a ter conseqüências jurídicas e, assim, os conviventes deixam de ser solteiros.

Outro problema consiste em que, mesmo com a posterior possibilidade de dissolubilidade, face à Lei do Divórcio - Lei nº. 6.515 de 26 de dezembro de 1977, os valores religiosos e a sociedade conservadora, com tendência marcadamente moralista, continuaram a exercer notável influência sobre o Direito de Família, o que explica o caráter acanhado em parte atribuído ao Código Civil de 2002. Evita-se desfazer uniões já desgastadas, sob o prisma do olhar de reprovação público.

Também reconhecemos que há perdas no campo do direito, e precipuamente no campo da família, ao se identificar a culpa ou não, por ocasião da iniciativa na separação. No âmbito do direito de família, opinamos que basta somente a sinceridade dos sentimentos e a consciência dos papéis desempenhados por cada um de seus membros.

No âmbito da família, ainda que certos *relacionamentos* sejam alvo de preconceitos, ou derivem de atitudes havidas por reprováveis, o juiz, principalmente, não poderá jamais condenar às invisibilidades situações existentes de fato, afastando-se do princípio ético que deverá nortear suas decisões.³⁰⁴

Quanto ao nosso país, parte-se da constatação de que existe todo um conjunto de *necessidades sociais*, vivendo e convivendo com uma demanda reprimida por *justiça social*, ou seja, sem o respectivo conseqüente na realidade social.³⁰⁵

O Estado legislador foi omissos com relação à guarda compartilhada, posse de estado de filho, proteção às demais Entidades Familiares (homoafetivas), e lacunoso

³⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.17-19.

³⁰⁵ BITTAR, Eduardo C.B., op. cit., p. 176 e 294.

quanto à reprodução artificial e, ainda, preconceituoso na presunção de paternidade e quanto à culpa, sendo negligente ao reeditar normas ultrapassadas.

Finalmente, concluímos que, na atualidade, a *Família Brasileira* em estreita ligação com o *Estado Democrático e Social de Direito*, consiste em *formação social, lugar-comunidade*, tendente à formação e ao desenvolvimento da *personalidade* de seus participantes. Exprime dessa forma uma *função instrumental*, para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes.³⁰⁶

Nesse novo Estado Social, o cidadão, independente de sua situação individual social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração, face à garantia de tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação.³⁰⁷

Uma existência digna, com direitos fundamentais, solidária, ética, num ambiente de paz, é o que almejamos para a pessoa, neste trabalho, inserida dentro da família brasileira. Enfim, pode-se até, “ter dignidade sem ser *feliz*, signo dos novos tempos familiares, mas não é possível ser feliz sem dignidade”.³⁰⁸

³⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro, **Perfis do Direito Civil**, 3^a.ed., Trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 178.

³⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, Rio de Janeiro: Forense, 2^a. ed., 2004, p. 55/57.

³⁰⁸ FELIPPE, Márcio Sotelo, **Razão Jurídica e Dignidade Humana**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 108.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ADEODATO, João Maurício Leitão, RIZZATO NUNES, **Seminário Institucional dos Direitos Fundamentais**, UNIFIEO, julho de 2005.

AKEL, Hamilton Elliot, **Anotações de aula de Direito de Família**, UNIFIEO, 2º. sem. 2005.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. **Do nome da mulher casada. Direito de Família e Direitos da Personalidade**, São Paulo: Forense Universitária, 2001.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**, Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Almedida, 1987.

ARONNE, Ricardo. **Estudos de Direito Civil-Constitucional**, v. 1 (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Propriedade e domínio. Reexame sistemático das noções nucleares de Direitos Reais**. Rio e Janeiro: Renovar, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**, 2ª. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Novo Código Civil. Aspectos relevantes**, in Revista AASP, ano XXII, n. 68 dez. 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de Direito Privado**, São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudo Histórico sobre a condição Jurídica da Mulher no Direito-Luso Brasileiro, desde os anos mil, até o terceiro milênio**. São Paulo: RT - Centro Universitário FIEO, 2001.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar: Instrumento para a reforma do Judiciário - Afeto, Ética e Família e o novo Código Civil Brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2004.

BARRETO, Vicente (org.). **A nova família, problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos, Paradoxo da Civilização**, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROS, Wellington Pacheco e outro. **A Proporcionalidade como Princípio de Direito**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BASTOS, Águida Arruda. **Mediação Familiar: Instrumento para a reforma do Judiciário**, Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2004.

BASTOS, Eliene Ferreira, **Uma visão de Mediação Familiar**, *in*: **Família e Jurisdição** (coord.), Belo Horizonte, Del-Rey, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**, 7^a. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005..

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 10^a. ed., Brasília: UnB, 1999.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 18^a. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORGES, M., DALL'AGNOL, D. e DUTRA, D. **Ética**. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2002.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito da personalidade**, *In*: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. XVII, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**, trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, Coimbra: Coimbra, 1991.

CESARINO JÚNIOR, Antonio F., **Direito Social Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, moral e religião no mundo moderno**, São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORDEIRO, Antonio Menezes de. **Teoria Geral do Direito Civil**, 2^a. ed., Lisboa, 1980.

COULANGES, Numa Denis Fustel de, **A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**, São Paulo: Hemus, 1975.

CZAKOWSKI, Rainer, **Reflexos Jurídicos das uniões homossexuais**, in **Jurisprudência brasileira**, Curitiba:Juruá, 1995, v.176.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DAL COL, Helder Martinez. **A Família à luz do Concubinato e da União Estável**, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DANTAS, San Tiago. **Direito de Família e Sucessões**, Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**, Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito de filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

DESSIMONI, Alessandro, **Direito Constitucional, Reforma do Judiciário**, 4ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DIAS, Adahyl Lourenço. **A concubina e o Direito Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

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

_____. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Manual de Direito das famílias**. 2ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **União homossexual, O Preconceito & a Justiça**, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle, **A Mediação no confronto entre direitos e deveres**. Revista do Advogado de São Paulo, nº. 62, Mar/2001.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**, 10ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Direito de Família**. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

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

_____. **Repensando os fundamentos do Direito Civil contemporâneo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da Família do novo milênio**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FELIPPE, Márcio Sotelo. **Razão Jurídica e Dignidade Humana**, São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais efeitos jurídicos**, São Paulo: Método, 2004.

FIORILLO, Antonio Celso Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2004.

FRANÇA, Ronaldo (repórter), Revista VEJA, 16/10/96. **Noites Tropicais**, de Nireu Cavalcanti.

FRANCIULLI NETTO, Domingos, e outros (coord.). **O novo Código Civil. Homenagem ao Prof. Miguel Reale**, 2^a. São Paulo: LTr, 2005.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. São Paulo: Global, 49^a. ed., 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de Família Brasileiro (Introdução-Abordagem sob a perspectiva civil-constitucional)**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. **Direito de família e o novo Código Civil**, 3^a. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Família não fundada no casamento**. RT 77/51.

_____. **O Companheirismo. Uma espécie de família**. 2^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GANANCIA, Daniele, Juíza de Nanterre-França, **Justiça e Mediação Familiar: Uma parceria a serviço da co-parentalidade**, Revista do Advogado n^o. 62, Mar. 2001.

GARCIA, Edinês Maria Sormani, **Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**, Leme-SP: Editora de Direito, 2004.

GIL, Hernández. **El cambio político español y la Constitución**. Madrid, 1982.

GLANZ, Semy. **A Família Mutante**, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

GOMES, Orlando; atualizado por THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

GONTIJO, Segismundo. **A família em mutação**. Internet. Buscalegis, consulta em 02-10-2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia: entre factidade e validade**. V. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**, tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**, Revista do Advogado nº. 62, mar. 2001.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **As cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira, **Direito Civil aplicado, v.5, Direito de Família**, São Paulo: RT, 2005.

LIMA, Paulo R. de. **Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional**. São Paulo: RT, 1993.

LIMA, Ricardo Pereira. **Breve estudo sobre as Entidades Familiares**, in Vicente Barreto (org.). **A nova Família problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**, coord.: Rodrigo Pereira da Cunha, Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Internet. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 02 jan. 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos objetivos e Direitos sociais**, São Paulo: Malheiros, 1998.

LUÑO, Antonio Enrique Peres. **Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitucion**, 3^a. ed., Madrid: Tecnos, 1990.

MADALENO, Rolf (autor e coord.), **A separação de corpos e o direito de estar só**, in **Ações de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de Família no novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Fundamental à Vida**, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**, São Paulo: RT, 2000.

_____. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**, São Paulo: RT, 1991.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV, 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991; tomo IV e 2ª. ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

_____, **Tratado de Direito de família**, São Paulo: Saraiva, 1949.

MIRANDA, Jorge, **Os direitos fundamentais: sua dimensão individual e social**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 1: 198/208.

MONTEIRO, Washington de Barros, atualizado por Ana C. de B. Monteiro França Pinto. **Curso de Direito Civil, Parte Geral**, São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, Rio de Janeiro: Atlas, 2005.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da república Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria B.de Andrade. **Código Civil comentado**, 3ª ed., São Paulo: RT, 2005.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **A Função do Direito Privado no atual momento histórico**, São Paulo: RT, 2006.

_____. **Noções Preliminares de Direito Civil**, São Paulo: RT, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, doutrina e jurisprudência**, São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Basilio, **Direito Alimentar e Sucessório entre Companheiros**, Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

OLIVEIRA, Carlos A. A.; LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de Processo Civil**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. VIII, t. II.

OLIVEIRA, Euclides de, **União Estável, do Concubinato ao Casamento, antes e depois do novo Código Civil**, 6^a. ed., São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**, São Paulo: RT, 2002.

PALMA, Rúbia, **Famílias Monoparentais**, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. **Normas jurídicas individualizadas**. São Paulo: Saraiva, 1993.

PELUSO, Antonio Cezar, **Direitos Humanos: visões contemporâneas. Os Direitos Humanos da Família, Criança e Adolescente**. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001, Parte 4.

PEREIRA, Áurea Pimentel Pereira. **Alimentos no Direito de Família e de Companheiros**. São Paulo: 2^a ed., Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Vol.V, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Direito de Família**. 3^a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *in*: Guilherme Calmon Nogueira da Gama. **Família não fundada no casamento**. RT 77/51.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro**, Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2004.

_____. **Direito de família. Uma abordagem psicanalítica**. 3^a. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Novo Código Civil da Família Anotado e legislação correlata da Família**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de Direito de Família**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEREZ, Jesús Gonzales. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**, 3^a. ed., tradução Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PESCES-BARBA, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales: teoria general**. Madrid; Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PINTO, Ana Célia Roland Guedes, **O Conflito familiar na Justiça. Mediação e o Exercício dos papéis**, Revista do Advogado de São Paulo, no. 62, mar. 2001.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito de família**, São Paulo: Saraiva, 1949.

PORTO, Sérgio Gilberto, e USTÁRROZ, Daniel, (org.). **Tendências Constitucionais no Direito de Família, Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PRIORE, Mary Del. **Amor à brasileira**, entrevista à Folha de SP, 18-12-2005, p. Caderno F, p.15.

RAMOS, Carmen Lucia Silveira (Coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Família sem Casamento: de Relação existencial de Fato à Realidade Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Diálogos sobre Direito Civil: Construindo a realidade contemporânea**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Novo Código Civil Brasileiro**, São Paulo: RT, 2003.

_____. **Lições Preliminares de Direito**, 27^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Questões de Direito Privado**, São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Visão geral do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista de Direito Privado, vol. 9, 2002.

_____. **Pluralismo e Liberdade**. 2ª ed., São Paulo: Expressão e Cultura, 1998.

REZEK NETO, Chade. **O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha, **Direito à Vida Digna**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **A igualdade dos cônjuges no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, volume de Direito de Família, São Paulo: Saraiva, 1992.

RUBIO, Valle Labrada. **Introduccion a la teoria de los Derechos Humanos: Fundamento. História**. Declaracion Universal de 10 de Diciembre de 1948. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1999.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**, São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Roseleine dos Santos, **Mediação Familiar: um meio altamente eficaz de acesso à Justiça, Família e Jurisdição**, Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2006.

SCALQUETE, Ana Cláudia S., **Família e Sucessões**, São Paulo: Fischer & Associados, 2005.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**, Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica dos Direitos Fundamentais – Concretização**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, Clóvis do Couto e, **Direito Patrimonial de Família no projeto de Código Civil e no Direito Português**, São Paulo: RT, 520/79.

SILVA, Deonísio da, extraído do site “deonisio.com.br”, consulta em 16-06-2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991; e São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, José Carlos Sousa, **Direito à Vida**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SILVA, Maria de Fátima Alflen da. **Direitos Fundamentais e o Novo Direito de Família**, São Paulo: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

SOARES, Eduardo de Oliveira Leite, **Direito Civil Aplicado, Vol. 5, Direito de Família**, São Paulo: RT, 2005.

SOARES, Orlando, **Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES, Sônia Brandão, *in* MELLO, Cleyson de Moraes, org., **A mediação como técnica de solução de conflitos**, São Paulo: Freitas Bastos, 2003.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Inovações em Direito e Processo de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TALAVERA, Glauber Moreno, **União Civil entre pessoas do mesmo sexo**, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAPAI, Giselle de Melo Braga, (coord.), **Novo Código Civil Brasileiro**, com prefácio de Miguel Reale, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TEIXEIRA, Paulo Eduardo, **O outro lado da família brasileira: Mulheres Chefes de Família**. Campinas: Unicamp, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, 12^a. ed., São Paulo: Renovar, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Na apresentação da obra: **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** de Flávia Piovesan. 2^a ed., São Paulo: Max Limonad, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil, Parte Geral**, São Paulo: Atlas, 2006.

VILLELA, João Baptista, **A nova Família: problemas e perspectivas**, *in* BARRETO, Vicente (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WALD, Arnold, **O novo Direito de Família**, São Paulo: Saraiva, 2000.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.