

DIREITO DE FAMÍLIA EM UMA PERSPECTIVA HUMANITÁRIA

FAMILY LAW: A HUMANITARIAN PERSPECTIVE

Matheus Ferreira Bezerra*

Resumo: O presente trabalho analisa o processo histórico do direito de família, enfatizando o direito brasileiro, a partir do Código Civil de 1916, considerando o momento em que o mesmo entrou em vigor e os valores trazidos com o posicionamento normativo da época. Doravante, seguindo-se no tempo, apresenta-se as nuances que este ramo do direito sofreu nos últimos anos, em especial, o processo de constitucionalização do direito civil, com a assimilação dos valores constitucionais gradativamente ao direito de família, de modo a permitir que o mesmo se tornasse mais humano, com os princípios que norteiam a sua aplicação, e, conseqüentemente, um forte aliado para a consolidação dos direitos humanos por meio da prática na família.

Palavras-chave: Constitucionalização. Dignidade Humana. Princípios do Direito de Família. Transformação.

Abstract: This paper analyzes the historical process of family law, emphasizing the Brazilian law, from the Civil Code of 1916, considering the time that it entered into force and the values brought to the normative positioning of the time. Henceforth, followed in time, it presents the nuances that this branch of law has in recent years, in particular, the process of constitutionalisation of civil law, with the gradual assimilation of constitutional values to family law, to allow that it became more human, with the principles that guide its application and, consequently, a strong ally for the consolidation of human rights through the practice in the family.

Keywords: Constitutionalization. Human Dignity. Principles of Family Law. Transformation.

* Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia; Professor da Universidade do Estado da Bahia; mathfb@ig.com.br

Introdução

Ao longo dos anos a ciência jurídica sofreu diversas transformações, com avanços e retrocessos, decorrentes, principalmente, da influência dos valores sociais vigentes num dado momento e em um dado local sobre o Direito.

Neste contexto, o direito civil também enfrentou mudanças oriundas das variações axiológicas ao longo dos anos, na qual, em especial, o direito de família foi dos seus ramos que mais sofreu com as modificações ocorridas do século XIX, o que proporcionou uma alteração não só nos seus institutos jurídicos e dispositivos legais, mas também nos seus próprios conceitos e na forma de pensá-los.

Com efeito, nos últimos anos o direito de família absorveu muito as mudanças sociais ocorridas, sobretudo, as que resultaram na modificação do papel do homem, enquanto ser social que constitui família, perante a norma jurídica, no qual se superou a concepção de família “padrão”, pela qual se acreditava existir um modelo a ser seguido, sob pena de não ser reconhecida como entidade familiar, bem como que os membros deveria estar subordinados à realização dos anseios familiares, tanto vínculo indissolúvel quanto mecanismo de poder de uns sobre os outros.

Destarte, as transformações sociais forçaram a ciência jurídica a promover uma revisão dos seus institutos, princípios, valores e das suas normas, na qual incluiu uma modificação nos próprios conceitos adotados pelo direito de família ao longo dos séculos, a fim de abarcar um conceito mais adequado à realização dos direitos humanos e da dignidade humana.

1 O direito de família

A compreensão do presente requer uma avaliação histórica do direito de família, analisando as vicissitudes sofridas pela família brasileira, ao longo dos anos, considerando as influências jurídicas sobre o grupo social e também a influência social sobre os institutos jurídicos, tendo em vista a íntima relação estabelecida entre ambos.¹

A família é uma realidade sociológica e pode ser compreendida como um grupo constituído por laços de consanguinidade, afinidade, afetividade, ou laços civis, que desenvolvem relações patrimoniais, pessoais e assistenciais² entre os seus integrantes e, por sua vez, o direito de família o ramo do direito civil que disciplina estas relações.

Da compreensão dada à palavra família, pode-se perceber uma acepção ampla e outra estrita. Na primeira, devem ser considerados apenas os entes ligados por um tronco ancestral comum.³ Na segunda, devem ser considerados todos os indivíduos que componham a família de fato, como os pais, os filhos, tios, sobrinhos, avós, primos, bem como os agregados, como é o caso dos “filhos de criação”, adotados de fato, mas que não têm as suas situações regularizadas juridicamente (MONTEIRO, 1986, p. 3).

Atualmente, a família é considerada “a base da sociedade”, conforme previsão expressa do texto constitucional (art. 226 da CF/88),⁴ revelando, pois, a importância da entidade familiar para a sociedade brasileira. Aliás, saliente-se que isso somente ocorre porque, em geral, a família é primeiro grupo social do qual o

indivíduo faz parte, sendo nela que o indivíduo assimila os valores básicos para a sua formação, bem como o suporte econômico e social para o seu desenvolvimento.

Nesse sentido, encontra-se o magistério de Sílvio Rodrigues (2000, v. 6, p. 5) que expõe a íntima relação estabelecida entre o Estado e a família e a importância desta para aquele nos seguintes termos:

Dentro dos quadros da nossa civilização a família constitui a base de toda a estrutura da sociedade. Nela se assentam não só as colunas econômicas, como se esteiam as raízes morais da organização social. De sorte que o Estado, na preservação de sua própria sobrevivência, tem interesse primário em proteger a família, por meio de leis que lhe assegurem o desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais.

Contudo, a despeito da importância secular da família para a formulação das sociedades, a sua estrutura não permanece a mesma ao longo de todos esses anos, variando consideravelmente de acordo com as diferentes realidades sociais existentes em cada momento histórico.

Nesse sentido, abordando a relatividade do conceito de família e da sua compreensão de acordo com o momento histórico, Gustavo Tepedino (2001, p. 328) se manifesta:

A arguta observação indica a relatividade do conceito de família que, alterando-se continuamente, se renova como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social. Além disso, ajuda a compreender que qualquer estudo sobre o tema deve pressupor a correta interpretação do momento histórico e do sistema normativo vigente [...]

Por conseguinte, para a melhor compreensão dos institutos do direito de família, em especial, no atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica, torna-se imperiosa a análise da própria evolução do direito de família no mundo jurídico ocidental e no direito brasileiro, a fim de compreender o atual momento histórico deste ramo do conhecimento.

1.1 A evolução do direito de família

O direito de família esteve presente ao longo da história das sociedades humanas, disciplinando as relações decorrentes da convivência familiar e sofrendo as suas transformações, de acordo com as nuances de cada momento histórico, principalmente marcada por três momentos distintos, o primeiro, com o Cristianismo; o segundo, com as Revoluções Industrial e Francesa e o terceiro, com a Segunda Guerra Mundial.

Na antiguidade os institutos do direito de família eram regidos pela autoridade conferida ao chefe do grupo familiar, que possuíam um poder absoluto em relação à prole, a administração do patrimônio e sobre a mulher, permitindo,

inclusive, que o vínculo matrimonial pudesse ser livremente desfeito de acordo com a vontade do homem.⁵

Com o advento do Cristianismo, no início da Idade Média, e a sua expansão pela Europa, os valores disseminados pela Igreja Católica influenciaram consideravelmente os institutos jurídicos do direito de família, que implicaram na redução da autoridade do chefe de família e uma maior submissão do homem à autoridade divina que se refletia nas regras do direito canônico.

Doravante, verificou-se mudanças como a sacralização do casamento e a sua consequente indissolubilidade, passando este a representar, gradativamente, o único meio de constituição da família; distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos; uma maior opressão da mulher e ainda uma maior solidariedade entre os membros da família, com a redução do poder do chefe familiar sobre “a vida e a morte” de sua prole.

Com o decorrer dos anos, a Europa vivenciou o declínio do poder da Igreja Católica e com este a consequente redução de sua influência sobre o direito que passou a ser controlado pelos Estados Nacionais que começaram a surgir e sobre as famílias que sofreram a influência de outras ideologias religiosas, políticas e sociais.

A partir daí, com o advento das Revoluções industriais e francesa, o núcleo familiar sofreu algumas transformações. A primeira promoveu a modificação, sobretudo, da estrutura econômica que resultou na necessidade de mulheres e crianças, até então que trabalhavam mais para garantir a subsistência da família, a integrarem o mercado de trabalho e a participarem da renda familiar. A segunda promoveu uma mudança social, no qual os ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, refletiram no seio familiar que passou a questionar as estruturas ideológicas e o papel da mulher e da criança na família.

Doravante, essas transformações, políticas, econômicas e sociais, a modificação da estrutura familiar nos séculos XVIII e XIX foi inevitável, marcada pela maior participação econômica da mulher, que refletiu em uma maior participação nas decisões da família, e, posteriormente, também em uma nova divisão dos papéis, resultando, assim, em um tratamento paritário na gerência da família.

Após a Segunda Guerra Mundial, a ciência jurídica percebeu que a imparcialidade da lei, anteriormente proposta como solução para conter abusos, não mais atendia aos anseios sociais; de sorte se fez necessária uma modificação que mexeu profundamente com a estrutura do Direito, e, em especial do direito de família, que foi o processo de Constitucionalização do Direito Civil, no qual se buscou inserir alguns valores ao conteúdo normativo, entre os quais a dignidade humana,⁶ a despatrimonialização e a repersonalização⁷ do direito civil, que marcou profundamente este novo momento histórico do direito.

Nesse contexto, o processo de Constitucionalização do Direito Civil não influenciou apenas a norma jurídica em si, mas o próprio sentido de interpretar a norma que passou a se guiar por uma proposta de construção de uma sociedade voltada à defesa do ser humano e menos focada na defesa do patrimônio como sempre esteve direcionado o conteúdo da norma civil.

Assim, o direito de família sofreu profundas transformações ao longo dos últimos anos e, dentro dessa perspectiva, o direito de família brasileiro também passou

por modificações dos seus institutos, sobretudo, a partir de novas perspectivas trazidas pelo processo de constitucionalismo do direito civil, o que merece ser analisado.

1.2 A Evolução do Direito de Família Brasileiro

O direito de família brasileiro foi abordado no Código Civil de 1916, no início do século XX, com uma perspectiva mais voltada para o passado que propriamente para o futuro, com seus preceitos fortemente influenciados pela ideologia da Igreja Católica e pouco focados nas transformações sociais que se mostravam iminentes.

Nesse sentido, ressaltando as principais características deste primeiro momento do Direito Civil brasileiro codificado, Clarissa Aparecida Rodycz ([2007?], p. 4-5) sintetiza:

Ao tempo do início da vigência do Código Civil (1917), como consequência do sistema legal precedente, o Código era o estatuto básico do Direito de Família; ocupava-se de todas as inter-relações do casamento, inclusive filiação, pátrio-poder, tutela e curatela. O Estado erigiu o casamento civil como o único meio de formação da família, não reconhecendo esta, porém, como instituição destinatária de proteção estatal, o que só viria acontecer na Constituição de 1934. A família albergada pelo Código Civil tinha uma estrutura semelhante à família romana: ao casar-se, a mulher tornava-se relativamente incapaz, devendo ser assistida pelo marido nos atos da vida civil. Os direitos concedidos à mulher tinham cunho protecionista, reforçando sua posição de inferioridade na sociedade conjugal. O marido era o chefe da sociedade conjugal e detinha o pátrio-poder exclusivamente. As relações extramatrimoniais eram reprovadas, mas as consequências atingiam principalmente os filhos. Os filhos naturais podiam ser reconhecidos, mas só os legitimados pelo casamento dos pais eram plenamente equiparados aos legítimos. Os incestuosos e os adúlteros não podiam ser reconhecidos. A situação da filiação determinava ou não direito a nome, alimentos, sucessão, etc. O casamento válido somente podia ser dissolvido pela morte de algum dos cônjuges. A dissolução atingia o vínculo; o desquite restituía a liberdade aos cônjuges, mas conservava íntegro o vínculo.

Desse modo, percebe-se que, a despeito de se posicionar no século XX, e buscar refletir uma tendência individualista do Estado Liberal, o Código Civil de 1916 procurou satisfazer os anseios de uma sociedade brasileira ruralista e dominada pela ideologia da Igreja Católica, afastando-se das tendências de mudança existentes no mundo daquele momento.⁸

Por conseguinte, o resultado disso foi que, em poucos anos de sua existência, o Código Civil de 1916 já não era capaz de atender e disciplinar algumas relações jurídicas que passaram a ser corriqueiras com as transformações que a sociedade brasileira sofreu em poucos anos, como o processo de urbanização e de industrialização e a crise econômica que, no Brasil, implicou na superação do liberalismo e na maior intervenção do Estado na economia e na própria liberdade individual, como relata Gustavo Tepedino (2001, p. 4):

Esta era de estabilidade e segurança, retratada pelo Código Civil Brasileiro, entra em declínio na Europa já na segunda metade do século XIX, com reflexos na política legislativa brasileira a partir dos anos 20. Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento jurídico brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia.

Neste diapasão, aliada as mudanças sociais, o Código Civil de 1916 foi perdendo espaço de norma civil única, para compartilhar o regramento das relações civis com leis esparsas que traziam temas específicos para dados temas, versando, principalmente, sobre a emancipação da mulher,⁹ o divórcio,¹⁰ a união estável, a discriminação entre os filhos e o pátrio poder em relação aos filhos.¹¹

Desse modo, o direito de família brasileiro foi se transformando paulatinamente, ao longo do século XX, primeiramente, a partir de posicionamentos adotados pelos tribunais que, sensíveis as alterações sociais, contemplaram a extensão do conceito de família e a repeliram o tratamento discriminação entre os filhos e, posteriormente, com a edição de normas especiais que mudavam os rumos do Direito Civil, traçados pelo Código Civil de 1916, que já não conseguia mais harmonizar os conflitos sociais.

Nesse sentido, a par das gradativas transformações no direito de família brasileiro, Marco Aurélio S. Viana (1999, p. 22) aborda as significativas mudanças na estrutura familiar nos seguintes termos:

Por um período significativo de tempo o concubinato mereceu repúdio social. Era uma situação social inferior. O casamento era soberano como uma forma de constituição da família, e a denominada família legítima goza da preferência do legislador. A família ilegítima, embora realidade social, era indiferente ao direito positivo. A família transformou-se. A grande família cedeu passo à família nuclear. Naquela atuava soberano o pater famílias, que exercia a chefia política, econômica, religiosa e judicial. A família tinha atribuições que foram sendo absorvidas pelo Estado. E caminhamos para a família nuclear, centrada na tríade pai/mãe/filho. Porém, como realidade sociológica, não se podia negar que, ao lado da família então denominada legítima, cuja a disciplina estava e continua prevista em lei, abarcando sua forma de família, sem perfil normativo, que desconhecia a disciplina legal no que se refere à estruturação e efeitos. Esse fato social, inicialmente reprovado, acabou por ser admitido, certamente sob o influxo do desenvolvimento de um maior respeito à pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é, atualmente, objeto central de tutela nas relações da família.

O direito civil não podia ficar inerte a um fato social que a jurisprudência reconhecia, a doutrina desenvolvia e já encontrava espaço na legislação especial, a par do reconhecimento da sociedade.

Portanto, quando não se podia mais oprimir a realidade social, as mudanças vieram à tona, em resposta aos anos de opressão do regime militar que trazia consigo a censura e a repressão as manifestações populares, o que levou alguns

juristas a entenderem que a família passava por uma verdadeira crise, conforme o entendimento esboçado por Orlando Soares (1991, p. 720):

A partir da década de 70, do corrente século, a instituição da família nos países capitalistas, de maneira geral, entrou em grave crise e degenerescência, devido sobretudo aos seguintes motivos: sérias dificuldades econômicas; desemprego; concentração de renda; desamparo por parte das organizações assistenciais; insidioso processo de erotização, desencadeado pelos órgãos de comunicação social, principalmente as grandes cadeias de rádio, televisão, jornais e empresas cinematográficas; apologia do homossexualismo masculino e feminino; bem como da pornografia, devassidão, libertinagem, depravação, com o conseqüente descrédito no casamento, o qual passou até a ser admitido, anormalmente, entre homossexuais, como na Inglaterra, com o fito de constituição de um arremedo de família e adoção de uma criança; advento da inseminação artificial e a sua exploração comercial, inclusive o chamado parto de aluguel, consistente no contrato de fecundação de útero de mulher estranha ao casamento, nos casos em que a esposa não pode gerar filhos; e outras fanfarrices tipicamente capitalistas.

Porém, ao contrário do que entendia o citado autor e outros juristas de seu tempo que compartilhavam do seu pensamento, essas alterações estavam longe de consagrar a crise na família, afinal, como leciona Thomas Khun (2006), a existências dessas crises é que preparam a mente humana para a produção de novos conhecimentos científicos promovendo novas descobertas que venham a superar as próprias crises, mudando-se, assim, os paradigmas científicos existentes.¹²

Por conseguinte, analisando o contexto, Caio Mário da Silva Pereira (2004) leciona que, na verdade, o que existe é uma nova concepção de família construída na atualidade. Assim, as novas concepções jurídicas trouxeram uma crise no conceito de família até então existente, o que motivou a construção de novos pilares para o Direito de Família no Brasil.

Destarte, com o declínio do Regime Militar no Brasil e a proposta de construção de um novo Estado, com a Constituição Federal de 1988, o sistema desenvolvimento precisava de uma mudança mais profunda para se adequar aos novos contornos trazidos pelos valores da Carta Magna. Neste momento, o Direito Civil brasileiro entrava no seu período de constitucionalização.

1.3 Constitucionalização do Direito de Família brasileiro

Apesar de muitas transformações na sociedade brasileira, ao longo do século XX, e em especial, no direito de família, promovidas pelas diversas leis esparsas que alteraram consideravelmente a estrutura traçada pelo Código Civil de 1916, foi com a Constituição Federal de 1988 que os preceitos então vigentes se mostraram completamente superados.

Com efeito, antes da Constituição de 1988, a sociedade brasileira vivera um momento de opressão pelo regime militar que conseguia, com base na força, na cen-

sura e na repressão, sufocar os anseios sociais, somente permitindo alterações pontuais no sistema, quando as mesmas já se mostravam nocivas à própria realidade.

Porém, a proposta de redemocratização do Brasil permitiu um maior debate sobre a nova formação de Estado, seus princípios, seus preceitos, sua estrutura, seus objetivos, que mobilizaram o surgimento de uma proposta de sociedade mais próxima do ideal de justiça e dos anseios da população, tendo como fundamento “a dignidade da pessoa humana”¹³ e com os objetivos de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”¹⁴

Nesse sentido, a inserção do princípio da dignidade humana, no plano constitucional, abriu azo a muitos debates e muitas transformações no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que este princípio passou a ocupar lugar de destaque perante face à normatividade do Estado. Senão, vejamos:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as conseqüências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade. Isto, por sua vez, remetemos ao delicado problema de um conceito minimalista ou ótimo de dignidade, aspecto que voltará a ser referido oportunamente (SARLET, 2001, p. 59-60).

No direito de família, a inserção da promoção da dignidade humana também apresentou as suas repercussões, uma vez que a convivência familiar passou a ser vista como um direito do indivíduo, para a sua melhor existência, e não mais como um privilégio decorrente do casamento, o que colocou o homem no centro da norma jurídica, mesmo que, em alguns dispositivos a lei não traga isto de forma clara, direta ou objetiva.

Outras transformações promovidas pela Carta Magna no direito de família, foram trazidas no Capítulo VII, no qual o art. 226 prevê o reconhecimento da união estável para a formação da família; a família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus filhos; a igualdade entre os cônjuges; a dissolubilidade do casamento e a paternidade responsável (art. 227).¹⁵

Nesse contexto, analisando o processo de constitucionalização do Direito Privado, em especial acerca das relações familiares, Luiz Edson Fachin (2000, p. p 72-73) ensina:

Há aqui, em verdade, a “constitucionalização” do Direito Privado que deve ser lido à luz da Constituição. Esta ordem de idéias também influencia o direito à formação do núcleo familiar que é, classicamente, outro princípio do Direito Privado que restou constitucionalizado. A constituição adotou a concepção plural de família, não havendo apenas a assentada no casamento, mas também reconheceu como família aquela derivada de união estável e a monoparental, formada por um dos pais e seus filhos. Com a Constituição de 88, supera-se o art. 226, parágrafo 5º, o cunho patriarcal pela isonomia entre os cônjuges, sem que, obviamente, tenha sido extinto o casamento, ainda que a união estável deva ser convertida em casamento como quer o legislador constitucional. Os filhos passaram a ter iguais direitos e desaparecem as discriminações ou desigualdades, como havia originariamente no Código Civil.

Por conseguinte, uma vez transformada a realidade social, com as ideologias mitigadas com as nuances ocorridas no século XX, faz-se necessário também uma nova leitura dos anseios sociais, a fim de se desenhar os modernos contornos da família, para que a mesma seja capaz de atender as novas necessidades da sociedade.

Doravante, diante desta nova realidade, em que a família, afastando as primitivas noções de autoridade, passa a ser compreendida, no dizer de Taísa Ribeiro Fernandes (2004, p. 42), como “[...] o resultado de uma ligação afetiva, em que sobrelevam os sentimentos de solidariedade, lealdade, respeito e cooperação”, ou seja, como “um organismo ético e moral, além de jurídico”, fez-se necessário também a mudança da própria disciplina do direito de família que passa a ser vista de uma forma diferenciada, de acordo com seus novos princípios que ampliaram os horizontes deste ramo do conhecimento.

2 O Contexto Humanitário do Direito de Família atual

A partir das modificações trazidas com a Constituição Federal de 1988, sobretudo nos valores a serem protegidos pela sociedade, a estrutura filosófica do Direito de Família brasileiro apresentou uma nova construção, que exigia da Ciência Jurídica uma estruturação que superasse o paradigma da família/casamento comandada exclusivamente pelo homem/proprietário.

Com efeito, a paulatina colocação do homem no centro da norma jurídica permitiu a percepção de que a proteção dos membros da família, enquanto sujeitos de direitos, é mais importante que a defesa de poderes do chefe de família, enquanto detentor, como se a mesma pudesse ser compreendida como uma extensão do seu patrimônio.

Ademais, além da superação da condição do homem como detentor da família, outra importante alteração veio a ser o progressivo reconhecimento daquelas famílias constituídas fora da órbita do casamento, de sorte que a sociedade foi concebendo que outras construções fáticas poderiam ser tanto valorizadas quanto aquelas constituídas com o respaldo da solenidade matrimonial.

Destarte, mais que transformações pontuais e formais, o Direito de Família sofreu mudanças estruturais, em sua base axiológica, a ponto de promover uma reestruturação não somente das normas jurídicas que incidem sobre os fatos, mas, principalmente, nos princípios jurídicos que sedimentam a disciplina que passa-

ram a compor o alicerce hermenêutico destas relações familiares contemporâneas, que colocaram o homem e os direitos inerentes à sua própria condição humana como a base da estrutura do ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, vale ressaltar que o princípio, compreendido como norma fundante de um sistema, apresenta importância crucial para a reformulação das relações familiares contemporâneas, de modo que os institutos jurídicos do Direito de Família passaram a ser revistos, a fim de se adequarem aos novos contornos axiológicos existentes, principalmente, a partir da compreensão de direitos humanos, dos quais, tornaram-se emergiram diversos princípios específicos, dos quais vale ressaltar o princípio da Dignidade Humana; o da Solidariedade Familiar; o da Igualdade; o da Liberdade (não-intervenção); o do Melhor Interesse da Criança; o da Afetividade e o da Função Social da Família.

Pelo princípio da dignidade humana, o homem deve ser considerado o centro da normatividade jurídica, de modo que o direito deverá contribuir para a defesa do ser humano, para lhe resguardar a sua própria condição humana, dentro da compreensão do que venha a ser a dignidade. Dentro deste contexto, vale ressaltar que, como bem ressalta Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 71), na família, “[...] incumbe a todos os seus integrantes promover o respeito e a igual consideração de todos os demais familiares, de modo a propiciar uma existência digna para todos e de vida em comunhão de cada familiar com os demais” representa um espaço em que cada membro poderá buscar para as suas realizações pessoais, do modo que hoje, prevalece também o princípio da função social da família, na qual esta deverá contribuir para a promoção de cada um de seus integrantes.

Segundo o princípio da solidariedade familiar, os membros da família devem contribuir, uns com os outros, para o atendimento dos anseios e as necessidades, buscando a realização individual, por meio do apoio mútuo entre os membros deste grupo que, muitas vezes, mostra-se mais evidente nas obrigações assistenciais trazidas pelo direito de família.

No que diz respeito ao princípio da igualdade no direito de família, o mesmo implica que as partes que estejam nas mesmas condições sejam tratadas de forma equivalente. Destarte, este princípio se desdobra em dois outros. Primeiro, em relação ao casal, na igualdade de tratamento entre os cônjuges e companheiros. Segundo, considerando a prole, igualdade de tratamento a ser conferida aos filhos independentemente de sua origem. Além desse, pode-se compreender, atualmente, a igualdade de tratamento também entre núcleos familiares.

Pelo princípio da liberdade, o grupo familiar terá a liberdade de decidir sobre as questões relativas à vida cotidiana da família, sem qualquer interferência do Estado, que somente poderá intervir quando houver violação de direito constitucional gravemente ameaçado, como à vida, a integridade ou a dignidade dos membros familiares.

De acordo com o princípio do melhor interesse da criança, as decisões do grupo familiar devem considerar o que é melhor para o desenvolvimento dos filhos, pensado estes sempre como seres humanos, que possuem direito a uma existência digna. Assim, este princípio deve ser conjugado com o princípio da paternidade responsável, colocando a criação dos filhos mais como um “dever” que como

um “direito” ou um “poder”, a ponto de conceber o filho como uma extensão patrimonial do “chefe de família” que deve tomar as decisões que bem entender, sem qualquer oposição, como outrora fora idealizado.

Pelo princípio da afetividade se entende que a consolidação das relações familiares entre os membros dependem mais da existência do “afeto familiar”, que é uma ligação social que promove a união dos integrantes do grupo, que propriamente de laços formais de jurídicos ou consanguíneos. Nesse contexto, uma família poderá ser assim reconhecida independentemente da existência de um casamento, ou dois irmãos podem ser assim considerados independentemente de serem consanguíneos, ou mesmo o pai e filho independente de ser aquele o genitor deste.

Por fim, o princípio da pluralidade familiar consiste no respeito às diversas formas de constituição da família, que não se forma mais apenas pelo casamento, como ocorreu outrora no direito brasileiro, abrangendo atualmente outras unidades de convivência não contempladas anteriormente, como a união estável, a família monoparental, as uniões homoafetivas as uniões concubinárias, dentre outras, desde que apresentem afetividade, estabilidade e convivência pública, consoante leciona Paulo Lôbo (2010).

Esse conjunto de princípios do direito de família contemporâneo permite a priorização do homem perante a ciência jurídica, considerando sempre que a hermenêutica das ações familiares deve estar pautada nas noções de respeito, liberdade e afetividade, de modo que a família deve contribuir para a realização do ser humano e não o ser humano que deve estar sujeito à realização da família.

Nesse contexto, a prática dos princípios do direito de família contribui consideravelmente para a consolidação dos valores humanitários e dos próprios direitos humanos, inseridos neste ramo jurídico a partir da constitucionalização do direito civil, uma vez que o seu exercício e a sua compreensão, dentro da própria família, significa a reprodução e a disseminação dos ideais de respeito, liberdade e solidariedade ao ser humano em toda a sociedade, essenciais para a sedimentação dos direitos humanos.

Conclusão

A análise do Direito de Família no contexto atual permite a compreensão de que, há muito tempo, o entendimento de família deixou de ser considerada como uma extensão do poder patrimonial, de caráter absoluto, exercido pelo seu chefe sobre os seus membros.

Atualmente o conceito de família se afasta da histórica concepção de poder patriarcal, no qual se tinha uma unidade familiar pautada na temeridade do seu chefe, com base em uma ideologia religiosa, assimilando novas características mais adequadas aos anseios da sociedade contemporânea de liberdade, justiça e solidariedade que são: a responsabilidade de seus membros, a afetividade dos integrantes da família e a diversidade de formação e composição.

Com efeito, a tríade pluralidade-responsabilidade-afetividade, que se encontram presentes na caracterização da família atual, correspondem justamente ao objetivo constitucional de formação de uma sociedade livre, justa e solidária.

Amiúde, o primeiro, a pluralidade, permite a livre escolha na composição do grupo familiar, refletindo a diversidade existente na própria sociedade; segundo, a responsabiliderepresenta o compromisso com a realização de cada membro dentro do grupo familiar, de respeito ao próximo, haja vista a substituição da noção de “poder” para a de “dever” entre os membros da família e, terceiro, a afetividade, que corresponde a uma ligação que une os membros do grupo familiar, composta de laços afetivos e não somente de vínculos formais.

Doravante, o direito de família representa um instrumento viabilizador da promoção do ser humano, e, por consequência, dos direitos humanos do indivíduo que, inevitavelmente, encontra-se inserido no grupo familiar, a fim de permitir uma convivência digna pautada no respeito, na solidariedade e nos laços afetivos.

Por conseguinte, considerando que a família, geralmente, consiste no primeiro grupo em que o indivíduo passa a ter contato com o mundo, mostra-se essencial que a mesma seja a promotora dos valores humanitários de respeito à dignidade humana e os próprios direitos humanos, para que estes valores sejam reproduzidos pelos seus em toda a sociedade.

Desse modo, a família exerce um papel de grande relevância na consolidação dos direitos humanos, pois representa um solo fértil para que o indivíduo assimile os valores sociais e os objetivos que devem ser semeados na sociedade, para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Notas explicativas

¹ Em análise à relação entre a ciência jurídica e as transformações sociais, Pietro Perlingieri (2002, p. 1), leciona: “[...] o Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção.”

² Explicando melhor as relações decorrentes do direito de família, Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 3) leciona que: “Conforme a sua finalidade e o seu objetivo, as normas do direito de família ora regulam as *relações pessoais* entre os cônjuges, ou entre os ascendentes e os descendentes ou entre parentes fora da linha reta; ora disciplinam as *relações patrimoniais* que se desenvolvem no seio da família, compreendendo as que se passam entre os cônjuges, entre os pais e filhos, entre tutor e pupilo; ora finalmente assumem a direção das *relações assistenciais*, e novamente têm em vista os cônjuges entre si, os filhos perante os pais, o tutelado em face do tutor; o interdito diante do seu curador. Relações pessoais, patrimoniais e assistenciais são, portanto, os três setores em que o direito de família atua.”

³ Abordando os parentes no direito de família, o Código Civil de 2002 dispõe, no art. 1.591, que: “São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes” e, no art. 1.592, que: “São parentes em linha colateral ou transversal, até quarto grau, a pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.”

⁴ Segundo este artigo: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

⁵ Nesse sentido, leciona Luiz Antônio Rolim (2000, p. 155): “*Família*, nos primórdios do direito romano, significava tanto o conjunto de pessoas que viviam sob a dependência de um chefe (*o pater familias*) como a totalidade dos bens que constituíam a sua propriedade. ‘A palavra família está, certamente, entendida com variedade, porque se aplica às coisas e às pessoas’, definiu Ulpiano”. Mais adiante, segue o doutrinador: “Como reunião de pessoas, a família romana foi eminentemente patriarcal nos tempos da Realeza e do Império, com todos os seus membros sujeitos ao poder do *pater familias*, que era, sempre, o ascendente masculino mais antigo e que, enquanto vivesse, tinha sobre os demais o poder de vida e morte (*jus vitae necisque*)” (ROLIM, 2000, p. 155).

⁶ Pelo princípio da dignidade humana aplicável ao direito civil, pode-se entender que: “De acordo com a interpretação mais restrita, a igual dignidade social impõe ao Estado agir contra as situações econômicas, culturais e morais mais degradantes e que tornam os sujeitos indignos do tratamento social reservado à generalidade. A valorização em negativo da igual dignidade social significaria apenas a posição de uns não deve ser degradante em relação àqueles de outros. Desse modo,

não se atua a dignidade social e muito menos a igual dignidade social. Pode existir uma situação social não degradante que não é digna socialmente, porque a noção de dignidade social não é absoluta, mas relativa ao contexto histórico, cultural, político e econômico de uma comunidade. Se se postula que em uma mesma comunidade devem existir pessoas que têm uma maior dignidade social do que outras, não se atua a dignidade social e muito menos a igual dignidade social, que tem como objetivo a superação desta estática contraposição” (PERLINGIERI, 2002, p. 37-38).

⁷ Conforme leciona Pietro Perlingieri (2002, p. 33): “*A caminho da despersonalização do Direito Civil* – Com o termo, certamente não elegante, “despatrimonialização”, individualiza-se uma tendência normativa-cultural; se evidência que no ordenamento se operou uma opção que lentamente se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) de e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa [...]”. Complementando este entendimento, em análise ao direito brasileiro, principalmente acerca do Código Civil de 1916, Luiz Edson Fachin (2000, p. 74-75): “Os princípios aparecem em outro movimento que o Direito Privado começa a sofrer, o da ‘repersonalização’, que significa discutir os valores que o sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia. O Código Civil brasileiro, efetivamente, tem o seu núcleo na noção de patrimônio, o que acaba por promover uma alteração espacial no interior da disciplina jurídica atinente às relações entre as pessoas. Esse movimento coloca no centro as pessoas e as suas necessidades fundamentais, tais como habitação minimamente digna. Não se trata de acaso, mais uma vez, o fato de, atualmente, aparecer a noção de defesa do patrimônio mínimo: o módulo rural passa a ser impenhorável e o bem legal de família se insere neste momento em homagem, não a valores patrimoniais, mas, sim, a certos valores que retiram a possibilidade da execução creditícia.”

⁸ De acordo com os ensinamentos de Orlando Gomes (2006, p. 22) sobre o momento histórico do processo de codificação civil: “No período de elaboração do Código Civil, o divórcio entre a elite letrada e a massa inculta perdurava quase inalterado. A despeito de sua ilustração, a aristocracia deanel representava os interesses básicos de uma sociedade ainda patriarcal, que não perdera o seu teor privatista, nem se libertara da estreiteza do seu arcabouço econômico, apesar do seu sistema de produção ter sido golpeado fundamentalmente em 1888. Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite e se contivesse, do mesmo passo, no círculo da realidade subjacente que cristalizara costumes, convertendo-os em instituições jurídicas tradicionais. Devido a essa contensão, o Código Civil, sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial. Suas concepções a respeito dessas instituições transfundem-se tranquilamente no Código. Não obstante, desenvolveu-se, à larga, a propensão da elite letrada para elaborar um Código Civil à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade.”

⁹ De acordo com a antiga previsão legal da família no Direito brasileiro, constante no art. 233 do Código Civil de 1916: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251)”, ao passo que para a mulher o Código dava outro destino: “A mulher com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta”.

¹⁰ De acordo com a redação original do art. 315 do Código Civil de 1916: “A sociedade conjugal termina: I – Pela morte de um dos cônjuges; II – Pela nulidade ou anulação do casamento; III – Pelo desquite, amigável ou judicial”. Mais adiante, para não deixar margem à dúvidas, o parágrafo único, determinava que “O casamento válido só dissolve pela morte de um dos cônjuges [...]”. Apenas para argumentar, ressalte-se que o referido desquite somente era permitido em casos de adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal, ou por mútuo consentimento (art. 317). O Divórcio e a Separação Judicial somente foram inseridos no direito brasileiro, a partir de 1977, primeiro com a Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, com a redação dada ao §1º do art. 175 que assim passou a dispor: “§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja

prévia separação judicial por mais de três anos”, e, posteriormente, com a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que passou a disciplinar o instituto da separação, por meio do art. 3º: “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido” e do divórcio por intermédio do art. 24: “O divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso.”

¹¹ Segundo Clarissa Aparecida Rodycz ([2007?], p. 5-6): “À margem do Código, normas esparsas foram abrindo brechas no sistema, começando a derruir o apartheid jurídico vigente. Em 19.4.1941, foi editado o Decreto-lei n. 3.200, ementado como “Lei de organização e proteção da família”, como lei geral, revogadora do Código Civil. Nota-se que a sua principal preocupação foi instituir medidas para proteger e incentivar o casamento e a prole numerosa. Após a Segunda Guerra Mundial, o mundo experimentou mudanças na área jurídica. No Brasil, tanto a Constituição de 1946 como o Código Civil só admitiam a família constituída pelo casamento, enquanto as mudanças dos costumes concorriam para a reestruturação da família. O “Estatuto da Mulher Casada”, objeto da Lei n. 4.121, de 27.8.1962, promoveu a emancipação da mulher, colocando-a como colaboradora do marido: passou a não ser mais considerada relativamente incapaz; 7 essa norma estabeleceu também a cooperação diferenciada dos cônjuges: a mulher passou a ser companheira, consorte e colaboradora nos encargos da família e no exercício do pátriopoder. O Estatuto foi um dos fatores mais relevantes que impulsionou as modificações nas relações familiares. A partir do momento em que a mulher passou a trazer sua colaboração econômica ao lar, integrando a atividade produtiva, houve repercussão na hierarquia.”

¹² Conforme o mencionado pensador: “[...] ao concentrar a atenção científica sobre uma área problemática bem delimitada e ao preparar a mente científica para o reconhecimento das anomalias experimentais pelo que realmente são, as crises fazem freqüentemente proliferar novas descobertas” (KHUN, 2006, p. 120).

¹³ Conforme dispõe o inciso III, do art. 1º da Constituição Federal de 1988.

¹⁴ Estes dois preceitos se encontram previstos na Constituição Federal de 1988, respectivamente, nos incisos I e IV do art. 3º.

¹⁵ A Constituição, no seu art. 226, incumbiu-se de por fim algumas discussões acerca do direito de família brasileiro, reconhecendo a importância da família para a sociedade, conforme o *caput* que assim exara: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Mais adiante, passou a traçar os novos contornos da estrutura familiar. Primeiro, deixando para trás anos de esquecimento de muitas famílias não encontravam previsão legal, por não serem formadas pelo casamento, a Constituição dispôs: “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” (§3º); bem como ampliando ainda mais o conceito de formação da família, ao estabelecer que: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (§4º). No que diz respeito à relação interna do casamento, a histórica chefia do homem e a sua superposição sobre a mulher chegou ao fim, de modo que: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (§5º); bem como a permissão de dissolubilidade do vínculo matrimonial, dispondo que: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos” (§6º). Por fim, modificando a estrutura do pátrio poder, a Carta Magna estabeleceu uma maior responsabilidade aos pais, de modo que passou a ser visto mais como um dever que propriamente como um direito. Senão, vejamos: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (§7º); além de garantir a igualdade entre os filhos: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (art. 227, §6º).

Referências

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. São Paulo: Renovar, 2000.

- FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniãos homossexuais e seus efeitos jurídicos*. São Paulo: Método, 2004.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6.
- KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 2.
- PEREIRA, Caio Mário da S. *Instituições do direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. 2. ed. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 6.
- RODYCZ, Clarissa Aparecida. *Aspectos da Hermenêutica Constitucional no Direito de Família*. [2007?] Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br>>. Acesso em: 25 fev. 2010.
- ROLIM, Luiz Antônio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Da união estável*. São Paulo: Saraiva, 1999.

Data da submissão: 10 de fevereiro de 2012
Avaliado em: 14 de fevereiro de 2012 (Avaliador A)
Avaliado em: 14 de fevereiro de 2012 (Avaliador B)
Aceito em: 15 de maio de 2012

