

Princípios do direito de família brasileiro

Paulo Luiz Netto Lôbo*

RESUMO: Com fundamentos na Constituição brasileira de 1988 e na evolução doutrinária especializada dos últimos dois decênios, são identificados os princípios que dão unidade sistemática à complexidade do direito de família brasileiro atual, ante suas múltiplas fontes: além da Constituição, o Código Civil de 2002, a legislação especial conexas, os microsistemas jurídicos correlatados (notadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso), a doutrina e a jurisprudência dos tribunais. Parte-se da natureza normativa dos princípios explícitos ou implícitos, de sua aplicabilidade direta e imediata nas relações familiares e de suas funções de conformação do direito infraconstitucional. São considerados princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar, enquanto que os princípios gerais aplicáveis são: a liberdade de constituição, integração e extinção das entidades familiares; a igualdade de gêneros, dos filhos e das entidades familiares; a afetividade, que não se confunde com o fato psicológico do afeto; a convivência familiar; o melhor interesse da criança e do adolescente.

PALAVRAS CHAVES: família; princípios jurídicos; direito de família.

1.1. Princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família

Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava. A eficácia meramente simbólica frustrava as forças sociais que pugnavam por sua inserção constitucional e contemplava a resistente concepção do individualismo e do liberalismo jurídicos, que repugnam a intervenção dos poderes públicos nas relações privadas – especialmente as de natureza econômica –, inclusive do Poder Judiciário. Sem a mediação concretizadora do Poder Judiciário, os princípios não se realizam nem adquirem a plenitude de sua força normativa.

Ainda que não seja este o espaço para se discorrer sobre esses temas, amplamente discutidos no âmbito do direito constitucional e da teoria do direito, perfilhamos o entendimento de que as normas constitucionais, todas com força normativa própria, classificam-se em princípios e regras, distinguindo-se por seu conteúdo semântico e, conseqüentemente, pelo modo de incidência e aplicação. A regra indica suporte fático hipotético (ou hipótese de incidência)

* Doutor em Direito Civil pela USP. Professor Emérito da UFAL. Membro do Conselho Nacional de Justiça. Membro da Diretoria Nacional do IBDFAM

mais determinado e fechado, cuja concretização na realidade da vida leva à sua incidência, confirmando-a o intérprete mediante o meio tradicional da subsunção (exemplo, na CF: “Art. 226, § 4º: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”; ou seja, toda vez que uma pessoa passar a conviver com um filho, seja ele biológico ou não biológico, ainda que sem a companhia de cônjuge ou companheiro, a regra incidirá para assegurar a constituição de uma entidade familiar; em outras palavras, a norma constitucional incidirá sobre esse suporte fático concreto e o converterá no fato jurídico por ela previsto, que passará a produzir os efeitos jurídicos por ela tutelados).

O princípio, por seu turno, indica suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do intérprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade, entendida segunda formulação grega clássica, sempre atual, de justiça do caso concreto. Tome-se o exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, referido expressamente no § 7º do art. 226 da Constituição: o casal é livre para escolher seu planejamento familiar, mas deve fazê-lo em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, cuja observância confirmará o intérprete apenas em cada situação concreta, de acordo com a equidade, que leva em conta a ponderação dos interesses legítimos e valores adotados pela comunidade em geral.

No exemplo citado, um princípio constitucional (a dignidade) está a limitar e a conformar outro princípio constitucional (a liberdade de escolha). Todavia, quase sempre os princípios são dotados de mesma força normativa, sem qualquer hierarquia entre eles. Quando um entra em colisão com outro (e.g: dignidade de uma pessoa *versus* integridade física de outra), para que um seja prevalescente, resolvendo-se a aparente antinomia, o caso concreto é que indicará a solução, mediante a utilização pelo intérprete do instrumento hermenêutico de ponderação dos valores em causa¹, ou do peso que o caso concreto provocar em cada princípio.

Ilustrem-se os instigantes temas da força normativa e da colisão dos princípios com o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o exame compulsório do DNA, ocorrido em 1996 (HC nº 71.373-RS). As autoras ajuiza-

1 A doutrina qualifica a Constituição como uma ordem concreta de valores. O princípio seria o valor positivado. HABERMAS, Jürgen (*Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 316) critica essa orientação doutrinária, amplamente utilizada pela jurisprudência constitucional alemã e brasileira, pois levaria ao arbítrio dos julgadores, o que contrariaria a ordem jurídica democrática e a segurança jurídica. As normas (e princípios) seriam válidas ou não, enquanto os valores determinariam relações de preferência.

ram ação de investigação de paternidade, imputando-a ao réu, que se recusou a submeter-se ao exame. Houve decisão de primeira instância, confirmada pela segunda, no sentido de ser conduzido “debaixo de varas” a um laboratório para ser extraído seu material genético. Contra essa decisão, o réu interpôs *habeas corpus* no STF, que lhe foi concedido. A orientação adotada pela maioria considerou que a decisão de submissão compulsória ao exame genético violou os princípios da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da integridade física, da vida privada, todos de valor constitucional e que a recusa é um direito inviolável, devendo o julgador levá-la em conta juntamente com as demais provas indiciárias. A minoria, por seu turno, também fundamentou-se em princípios constitucionais, inclusive o da dignidade da pessoa humana, que para a maioria pesou mais em favor do réu.

Como se vê, os princípios não oferecem solução única (tudo ou nada), segundo o modelo das regras. Sua força radica nessa aparente fragilidade, pois, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação. A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão freqüente das regras jurídicas, ante o advento de novos valores sociais.

Os princípios constitucionais são expressos ou implícitos. Estes últimos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo, o princípio da afetividade)². No Capítulo VII do Título VIII da Constituição há ambas as espécies, particularmente pela especificação dos princípios mais gerais às peculiaridades das relações de família.

O tradicional princípio da monogamia, de origem canônica e que vicejou no mundo ocidental, perdeu a qualidade de princípio geral ou comum, em virtude do fim da exclusividade da família matrimonial. Persiste como princípio específico, apenas aplicável à entidade familiar constituída pelo matrimônio. Todavia, até mesmo em relação ao matrimônio, esse princípio tem sido atenuado pelos fatos da vida, na medida em que o direito brasileiro tem admitido efeitos de família ao concubinato.

2 Entre os princípios implícitos, inclui Rodrigo da Cunha Pereira, forte na psicanálise, o da vedação do incesto, pois sem ele não haveria organização social e jurídica, e que se revelaria em certas interdições como o do impedimento para casar. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principologia para o direito de família. *Família e dignidade humana: V Congresso brasileiro de direito de família*. São Paulo: IOB Tompson, 2006, p.844.

Em virtude das transformações ocorridas e que estão a ocorrer no direito de família, alguns princípios emergem do sistema jurídico brasileiro e que poderiam desfrutar de autonomia, como o princípio do pluralismo de entidades familiares, adotado pela Constituição de 1988, pois elas são titulares de mesma proteção legal. Tal princípio, por sua especificidade, encontra fundamento em dois princípios mais gerais, aplicáveis ao direito de família, a saber, o da igualdade e o da liberdade, pois as entidades são juridicamente iguais, ainda que diferentes, e as pessoas são livres para constituí-las³.

Para efeito didático, os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família e a todas as entidades familiares podem ser assim agrupados:

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS:

- I - Dignidade da pessoa humana;
- II - Solidariedade;

PRINCÍPIOS GERAIS:

- III - Igualdade;
- IV - Liberdade;
- V - Afetividade;
- VI - Convivência familiar;
- VII - Melhor interesse da criança.

A Constituição e, conseqüentemente, a ordem jurídica brasileira é passada pela onipresença de dois princípios fundamentais e estruturantes: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. Sua presença no direito de família é também marcante, às vezes de modo explícito.

Após séculos de tratamento assimétrico, o direito evoluiu, mas muito há de se percorrer para que se converta em prática social constante, consolidando a comunhão de vida, de amor e de afeto, no plano da efetivação desses princípios e da responsabilidade⁴, que presidem as relações de família em nossa sociedade hodierna.

1.2. Dignidade da pessoa humana e família

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero huma-

3 Esses são os fundamentos que nos fizeram desistir da autonomia do pluralismo das entidades familiares como princípio autônomo, que sustentamos em trabalhos anteriores. No sentido empregado neste texto, é subprincípio.

4 LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004.

no, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. Kant⁵, em lição que continua atual, procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca. Diz ele: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”. Assim, viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto.

Seguimos Habermas, para quem deve ser feita distinção entre a dignidade da vida humana e a dignidade da pessoa humana, esta garantida juridicamente a toda pessoa. As manipulações genéticas impulsionaram essa distinção, pois o embrião não é pessoa, mas goza da dignidade da vida humana. “Somente a partir do momento em que a simbiose com a mãe é rompida é que a criança entra num mundo de pessoas, que *vão ao seu encontro*, que lhe dirigem a palavra e podem conversar com ela”⁶.

A doutrina destaca o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos⁷. Nessa dimensão, encontra-se a família, como o espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas.

Na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-as na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, a mulher e os filhos, cuja dignidade humana não podia ser a mesma. O espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico *bill of rights*, ao

5 KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986, p. 77.

6 HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 49-51.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 52.

estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.

Na perspectiva tradicional, a família era concebida como totalidade na qual se dissolviam as pessoas que a integravam, especialmente os desiguais, como a mulher e os filhos. Desde a colonização portuguesa, a família brasileira, estruturada sob o modelo de submissão ao poder marital e ao poder paterno de seu chefe, não era o âmbito adequado de concretização da dignidade das pessoas. Somente nas últimas décadas do século XX, nomeadamente com o advento do Estatuto da Mulher Casada de 1962, da Lei do Divórcio de 1977 e da Constituição de 1988, houve um giro substancial, no sentido de emancipação e revelação dos valores pessoais. Atualmente, a família converteu-se em *locus* de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades. Dessa forma, os valores coletivos da família e os pessoais de cada membro devem buscar permanentemente o equilíbrio, “em clima de felicidade, amor e compreensão”⁸. Consumaram-se na ordem jurídica as condições e possibilidades para que as pessoas, no âmbito das relações familiares, realizem e respeitem reciprocamente suas dignidades como pais, filhos, cônjuges, companheiros, parentes, crianças, idosos, ainda que a dura realidade da vida nem sempre corresponda a esse desiderato.

A Constituição proclama como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III). No Capítulo destinado à família, o princípio fundamenta as normas que cristalizaram a emancipação de seus membros, ficando explicitados em algumas (art. 226, § 7º; art. 227, *caput*; art. 230). A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 declara que a criança deve ser preparada individualmente para uma vida individual em sociedade, respeitada sua dignidade. O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 tem por fim assegurar “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” dessas pessoas em desenvolvimento (art. 3º) e a absoluta prioridade dos direitos referentes às suas dignidades (arts. 4º, 15 e 18). O Código Civil de

8 Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1990.

2002, cuja redação originária antecedeu a Constituição, não faz qualquer alusão expressa ao princípio; todavia, por força da primazia constitucional, este como os demais princípios determinam o sentido fundamental das normas infraconstitucionais. No sistema jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana está indissolúvelmente ligado ao princípio da solidariedade.

1.3. Princípio da solidariedade familiar

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade⁹.

O *pathos* da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, é o da solidariedade; ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social de cada um dos outros membros da sociedade¹⁰. Para o desenvolvimento da personalidade individual é imprescindível o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade, que implicam condicionamentos e comportamentos interindividuais realizados num contexto social¹¹.

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

9 DENNIGER, Erhard. “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”. *Revista brasileira de estudos políticos*, Belo Horizonte: UFMG, nº 88, dez. 2003, p.36.

10 WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 719.

11 CIOCIA, Maria Antonia. *L'obbligazione naturale: evoluzione normativa e prassi giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 12.

necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos.

A regra matriz do princípio da solidariedade é o inciso I do art. 3º da Constituição. No Capítulo destinado à família, o princípio é revelado incisivamente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230). A solidariedade, no direito brasileiro, apenas após a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico; antes, era concebida como dever moral, ou expressão de piedade, ou virtude ético-teológica¹². Para Paulo Bonavides¹³, o princípio da solidariedade serve como oxigênio da Constituição – não apenas dela, dizemos, pois, a partir dela se espraia por todo ordenamento jurídico –, conferindo unidade de sentido e auferindo a valoração da ordem normativa constitucional.

Apenas havia, no direito privado, o conceito de solidariedade – vindo do *Corpus Juris Civilis* e inteiramente distinto do ora empregado - subsumido à espécie de obrigação, quando um dos credores pode receber do devedor a totalidade da dívida (solidariedade ativa), ou quando um dos devedores pode ser obrigado a pagar a dívida integralmente (solidariedade passiva), o que significa individualização do crédito ou do débito plurais.

A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social¹⁴. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no ECA (art. 4º).

No Código Civil, podemos destacar algumas normas fortemente perpassadas pelo princípio da solidariedade familiar: o art. 1.513 do Código Civil tutela “a comunhão de vida instituída pela família”, somente possível na cooperação entre seus membros; a adoção (art. 1.618) brota não do dever, mas do

12 “Muitos, aliás, a entendem apenas sob este significado, afirmando que seu sentido principal teria permanecido vinculado às suas origens estóicas e cristãs, principalmente do catolicismo primitivo, cujos seguidores, por serem ‘todos filhos do mesmo Pai’ deviam considerar-se como irmãos. A noção de fraternidade seria a inspiração da solidariedade difundida na modernidade”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. www.idcivil.com.br/artigo.html. Acesso em 15.10.2006.

13 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 259.

14 BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile La Famiglia – Le Successioni*. Milano: Giuffrè, 1989. v. 2, p. 15.

sentimento de solidariedade; o poder familiar (art. 1.630) é menos “poder” dos pais e mais múnus ou serviço que deve ser exercido no interesse dos filhos; a colaboração dos cônjuges na direção da família (art. 1.567) e a mútua assistência moral e material entre eles (art. 1.566) e entre companheiros (art. 1.724) são deveres hauridos da solidariedade; os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos para o sustento da família (art. 1.568); o regime matrimonial de bens legal e o regime legal de bens da união estável é o da comunhão dos adquiridos após o início da união (comunhão parcial), sem necessidade de se provar a participação do outro cônjuge ou companheiro na aquisição (arts. 1.640 e 1.725); o dever de prestar alimentos (art. 1.694) a parentes, cônjuge ou companheiro, que pode ser transmitido aos herdeiros no limite dos bens que receberem (art. 1.700), e que protege até mesmo o culpado (§ 2º do art. 1.694 e art. 1.704), além de ser irrenunciável (art. 1.707) decorre da imposição de solidariedade entre pessoas ligadas por vínculo familiar.

O Código Civil, entretanto, estabeleceu regras para as relações familiares que contrariam frontalmente o princípio constitucional da solidariedade. Exemplo frisante é a fixação de causas para a separação judicial fundadas na culpa dos cônjuges (arts. 1.572 e 1.573), quando o direito e a sociedade valorizam cada vez mais a consideração objetiva da ruptura da vida em comum, que favorece o acordo solidário sobre as questões relevantes da convivência com os filhos, os alimentos e a partilha dos bens comuns. Outro exemplo é o da incompreensível imprescritibilidade do direito do marido de impugnar a paternidade do filho da mulher (art. 1.601), em prejuízo da identidade pessoal e social do filho e da integridade psíquica deste, notadamente quando já adolescente ou adulto, e em desconsideração do estado de filiação socioafetivo constituído; além de que é, sob a técnica jurídica, incongruente pois as ações de estado “são prescritíveis quando o legitimado age para contestar ou modificar o estado de outrem”¹⁵. O art. 1.611 impede que o filho reconhecido por um dos cônjuges não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro, prevalecendo o desejo individual sobre a solidariedade e o interesse do menor. A preferência pela guarda exclusiva e o correspondente direito de visita expressa visão individualista da primazia dos interesses de cada pai, contra o interesse do filho que é de continuar convivendo com ambos os pais separados, impondo-se a solidariedade da guarda compartilhada.

Com fundamento explícito ou implícito no princípio da solidariedade, os tribunais brasileiros avançam no sentido de assegurar aos avós, aos tios, aos

15 PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 138.

ex-companheiros homossexuais, aos padrastos e madrastas o direito de contato, ou de visita, ou de convivência com as crianças e adolescentes, uma vez que, no melhor interesse destas e da realização afetiva daqueles, os laços de parentesco ou os construídos na convivência familiar não devem ser rompidos ou dificultados.

Desenvolve-se no âmbito do direito de família estudos relativos ao “cuidado como valor jurídico”. O cuidado desponta com força nos estatutos tutelares das pessoas vulneráveis, como a criança e o idoso, que regulamentaram os comandos constitucionais sobre a matéria. O cuidado, sob o ponto de vista do direito, recebe a força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada desta.

1.4. Princípio da igualdade e direito à diferença

Nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares. Todos os fundamentos jurídicos da família tradicional restaram destroçados, principalmente os da legitimidade, verdadeira *summa divisio* entre sujeitos e sub-sujeitos de direito, segundo os interesses patrimoniais subjacentes que protegiam, ainda que razões éticas e religiosas fossem as justificativas ostensivas. O princípio geral da igualdade de gêneros foi igualmente elevado ao *status* de direito fundamental oponível aos poderes políticos e privados (art. 5º, I, da Constituição).

A legitimidade familiar constituiu a categoria jurídica essencial que definiu os limites entre o lícito e o ilícito, além dos limites das titularidades de direito, nas relações familiares e de parentesco. Família legítima era exclusivamente a matrimonializada. Consequentemente, filhos legítimos eram os nascidos de família constituída pelo casamento, que determinavam por sua vez a legitimidade dos laços de parentesco decorrentes; os demais recebiam o sinete estigmatizante de filhos, irmãos e parentes ilegítimos. Após a Constituição de 1988, que igualou de modo total os cônjuges entre si, os companheiros entre si, os companheiros aos cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, além dos não biológicos aos biológicos, a legitimidade familiar desapareceu como categoria jurídica, pois apenas fazia sentido como critério de distinção e discriminação. Neste âmbito, o direito brasileiro alcançou muito mais o ideal de igualdade do que qualquer outro.

O princípio constitucional da igualdade (*a fortiori* normativo) dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, à administração pública, para que implemente políticas públicas para superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, à administração da justiça, para o

impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção, e, enfim, às pessoas para que o observem em seu cotidiano. Sabe-se que costumes e tradições, transmitidos de geração a geração, sedimentaram condutas de opressão e submissão, no ambiente familiar, mas não podem ser obstáculos à plena realização do direito emancipador.

■ O princípio da igualdade está expressamente contido na Constituição, designadamente nos preceitos que tratam das três principais situações nas quais a desigualdade de direitos foi a constante histórica: os cônjuges, os filhos e as entidades familiares. O simples enunciado do § 5º do art. 226 traduz intensidade revolucionária em se tratando dos direitos e deveres dos cônjuges, significando o fim definitivo do poder marital: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e a mulher”. O sentido de sociedade conjugal é mais amplo, pois abrange a igualdade de direitos e deveres entre os companheiros da união estável. O § 6º do art. 227, por sua vez, introduziu a máxima igualdade entre os filhos, “havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção”, em todas as relações jurídicas, pondo cobro às discriminações e desigualdade de direitos, muito comuns na trajetória do direito de família brasileiro. O *caput* do art. 226 tutela e protege a família, sem restringi-la a qualquer espécie ou tipo, como fizeram as Constituições brasileiras anteriores em relação à exclusividade do casamento.

■ O princípio da igualdade, como os demais princípios, constitucionais ou gerais, não é de aplicabilidade absoluta, ou seja, admite limitações que não violem seu núcleo essencial. Assim, o filho havido por adoção é titular dos mesmos direitos dos filhos havidos da relação de casamento, mas está, ao contrário dos demais, impedido de casar-se com os parentes consanguíneos de cuja família foi oriundo, ainda que se tenha desligado dessa relação de parentesco (art. 1.626 do Código Civil). A regra de restrição ou de causa suspensiva a novo casamento, durante dez meses depois da viuvez ou da dissolução do casamento anterior (art. 1.523, II, do Código Civil), apenas diz respeito à mulher cujo casamento foi declarado nulo ou anulado, ou à viúva, para que não haja dúvida sobre a paternidade de filho cujo parto se der nesse período.

■ Inexistindo hierarquia entre o casamento e a união estável não se justifica que o Código Civil tenha atribuído deveres distintos para os cônjuges e para os companheiros. A Constituição não desnivelou a união estável ao estabelecer que a lei deva facilitar a conversão dela em casamento. Cuida-se aí de faculdade ou de poder potestativo; é como dissesse que os companheiros são livres para manter sua entidade familiar, com todos os direitos, ou convertê-la em outra, se assim desejarem, para o que o legislador deve remover os obstá-

culos jurídicos. Do mesmo modo, o caminho inverso é possível, convertendo-se os cônjuges, após o divórcio, em companheiros. O Código Civil, no entanto, não facilitou a conversão; dificultou-a, ao impor deveres aplicáveis apenas aos cônjuges e não aos companheiros (cf. arts. 1.566 e 1.724 do Código Civil).

A igualdade e seus consectários não podem apagar ou desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre as pessoas e entidades. Homem e mulher são diferentes; pais e filhos são diferentes; criança e adulto ou idoso são diferentes; a família matrimonial, a união estável, a família monoparental e as demais entidades familiares são diferentes. Todavia, as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família. Não há qualquer fundamentação jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para sua hierarquização, mas são todas diferentes, não se podendo impor um modelo preferencial sobre as demais, nem exigir da união estável as mesmas características do casamento, dada a natureza de livre constituição da primeira. “Uma ordem democrática [incluindo a democratização da vida pessoal] não implica um processo genérico de ‘nivelar por baixo’, mas em vez disso promove a elaboração da individualidade”¹⁶.

Há situações em que os pais podem adotar medidas diferentes na educação de cada um dos filhos, ou mesmo um dos filhos. Por vezes, a satisfação do princípio da igualdade na filiação impõe o atendimento às diferenças individuais, o respeito ao direito de cada um de ser diferente. Outras vezes, um dos filhos apresenta necessidades especiais a demandar medidas especiais. Nessas situações, em que são tratados desigualmente os desiguais, os pais não podem ser acusados de discriminação¹⁷.

1.4.1. Direito das mulheres e (direito a) diferença entre os gêneros

O direito de família avançou de modo revolucionário na viragem do século XX para o século XXI, como nenhum outro ramo do direito, mas não podemos subestimar as resistências culturais ancoradas nos resíduos do modelo patriarcal, no Brasil e na América Latina. Magistrados e membros do Ministério Público latino-americanos, em colóquio patrocinado pela ONU, em 2005, concluíram que há obstáculos reais para a eliminação de todas as

16 GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1993, p. 205.

17 LIMA, Taísa Maria Macena de. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos. *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 626.

formas de discriminação contra a mulher, em virtude da “persistência do sistema patriarcal que gera desequilíbrio de relações de poder entre a mulher e o homem”, dominado principalmente pela concepção tradicional da família nuclear influenciada por fatores religiosos e culturais.

Não é surpreendente que, duzentos anos após a revolução liberal, haja necessidade de um direito das mulheres, notadamente em países onde se supunha resolvido o problema. Não se trata de expressão de feminismo radical, mas de séria investigação das condições reais do ordenamento jurídico em assegurar-lhes a plenitude como sujeitos de direitos, em total paridade com os homens. A matéria é necessariamente interdisciplinar, não podendo ficar contida no campo tradicional do direito de família. Em interessante estudo dedicado à matéria, a jurista norueguesa Tove Stang Dahl¹⁸ faz aplicação desse direito no campo da teoria geral do direito, em situações específicas, dentre outras: a) ao direito das mulheres ao dinheiro, b) ao direito das donas de casa, c) à discriminação na situação de desemprego.

O tema assume importância relevante quando se discute o gênero neutro, que vê homens e mulheres como iguais em direito, afastando propositadamente as diferenças. Enquanto se avançava na busca da igualdade jurídica integral entre homens e mulheres – no Brasil, só alcançável com a Constituição de 1988 – que vencesse a desigualdade, justificada em preconceitos e discriminações em razão do sexo, as diferenças foram obscurecidas porque não contribuíam para se alcançar o penoso objetivo.

Vencida a etapa da igualdade jurídica, o contributo de outras ciências, como a psicanálise, trazem à tona a rica dimensão psicossocial das diferenças entre os gêneros, que a dogmática do direito de família não pode mais descurar. O imenso desafio é a compatibilidade das diferenças com o princípio da igualdade jurídica, para que não se retroceda à discriminação em razão do sexo, que a Constituição veda.

Porque será que o juiz brasileiro, na quase totalidade dos casos de separação de casais, prefere a mãe ao pai, para guardião dos filhos? O senso comum atribui à mulher o papel de *dona de casa* (espaço privado) e ao homem o de provedor (espaço público). Essa diferença é negativamente discriminatória, ou seja, é juízo de valor negativo do papel da mulher. A escolha pode estar fundamentada em dado de ciência que demonstre, no geral, estar a mulher mais apta biológica ou psicologicamente para exercer esse papel, quando os pais estejam separados, salvo se em situação concreta tal não ocorrer. Essa diferença decorre de juízo de valor

18 DAHL, Tove Stang. *O Direito das Mulheres*. Trad. Tereza Beleza et al. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, passim.

positivo, e atende melhor ao estágio atual do direito que determina seja observado o benefício do menor.

1.5. Aplicação do princípio da liberdade às relações de família

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

O direito de família anterior era extremamente rígido e estático, não admitindo o exercício da liberdade de seus membros, que contrariasse o exclusivo modelo matrimonial e patriarcal. A mulher casada era juridicamente dependente do marido e os filhos menores estavam submetidos ao poder paterno. Não havia liberdade para constituir entidade familiar, fora do matrimônio. Não havia liberdade para dissolver o matrimônio, quando as circunstâncias existenciais tornavam insuportável a vida em comum do casal. Não havia liberdade de constituir estado de filiação fora do matrimônio, estendendo-se as conseqüências punitivas aos filhos. As transformações desse paradigma familiar ampliaram radicalmente o exercício da liberdade para todos os atores, substituindo o autoritarismo da família tradicional por um modelo que realiza com mais intensidade a democracia familiar. Em 1962 o Estatuto da Mulher Casada emancipou-a quase que totalmente do poder marital. Em 1977 a Lei do Divórcio (após a respectiva emenda constitucional) emancipou os casais da indissolubilidade do casamento, permitindo-lhes constituir novas famílias. Mas somente a Constituição de 1988 retirou definitivamente das sombras da exclusão e dos impedimentos legais as entidades não matrimoniais, os filhos ilegítimos, enfim, a liberdade de escolher o projeto de vida familiar, em maior espaço para exercício das escolhas afetivas. O princípio da liberdade, portanto, está visceralmente ligado ao da igualdade.

Na Constituição brasileira e nas leis atuais o princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade; e liberdade de cada membro diante dos outros membros e diante da própria entidade familiar. A liberdade se realiza na constituição, manutenção e extinção da entidade familiar; no planejamento familiar, que “é livre decisão do casal” (art. 226, § 7º da Constituição), sem interferências públicas ou privadas; na garantia contra a violência, exploração

e opressão no seio familiar; na organização familiar mais democrática, participativa e solidária.

O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral.

O princípio também se concretiza em normas específicas, como a do art. 1.614 do Código Civil que permite ao filho maior exercer a liberdade de recusar o reconhecimento voluntário da paternidade feito por seu pai biológico, preferindo que no seu registro de nascimento conste apenas o nome da mãe. Do mesmo modo, se o reconhecimento se deu quando o filho era menor, pode este impugná-lo, ao atingir a maioridade, o que demonstra que o estado de filiação não é necessariamente uma imposição da natureza. Outro exemplo de valorização da autonomia ou da vontade livre é o direito concedido aos que se utilizarem da inseminação artificial para concepção do filho, inclusive da chamada inseminação artificial heteróloga, mediante o consentimento do marido para que sua mulher utilize sêmen de outro homem (art. 1.597, V, do Código Civil). Por outro lado, o princípio é violado em normas que restringem desarrazoadamente a autonomia das pessoas, como se dá com o art. 1.641, II, do Código Civil, que não permite que o maior de sessenta anos possa livremente escolher o regime matrimonial de bens.

1.6. Princípio jurídico da afetividade

Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família “expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade”¹⁹ (este no sentido de afetividade).

19 LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. São Paulo: Edusp, 1976, p. 72.

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevaletimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar. Na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une as pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição). Na psicopatologia, por exemplo, a afetividade é o estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos, compreendendo “o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar sentimentos e emoções”²⁰. Evidentemente essa compreensão abrangente do fenômeno é inapreensível pelo direito, que opera selecionando os fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica. Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos

20 <http://www.psiqweb.med.br/cursos/afet.html>, acesso em 13.12.2006.

parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência. No caso dos cônjuges e companheiros, o dever de assistência, que é desdobramento do princípio jurídico da afetividade (e do princípio fundamental da solidariedade que perpassa ambos) pode projetar seus efeitos para além da convivência, como a prestação de alimentos e o dever de segredo sobre a intimidade e a vida privada.

Fazer coincidir a filiação com a origem genética é transformar aquela, de fato cultural e social em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais, podendo ser a solução pior. A origem biológica era indispensável à família patriarcal e exclusivamente matrimonializada, para cumprir suas funções tradicionais e para separar os filhos legítimos dos filhos ilegítimos. A família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas. Essa virada de Copérnico foi bem apreendida por Orlando Gomes: “O que há de novo é a tendência para fazer da *affectio* a *ratio* única do casamento”²¹. Não somente do casamento, mas de todas as entidades familiares e das relações de filiação.

A chamada verdade biológica nem sempre é adequada, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, especialmente quando esta já tiver sido constituída na convivência duradoura com pais socioafetivos (posse de estado) ou quando derivar da adoção. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filho, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos. O biodireito depara-se com as conseqüências da dação anônima de sêmen humano ou de material genético feminino. Nenhuma conclusão da bioética aponta para atribuir a paternidade ao doador anônimo de sêmen. A inseminação artificial heteróloga não permite o questionamento da paternidade dos que a utilizaram, com material genético de terceiros.

21 GOMES, Orlando. *O Novo Direito de Família*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1984, p. 26.

O problema da verdade real, que tem sido manejada de modo equivocado quando se trata de paternidade, é que não há uma única, mas três verdades reais: a) a verdade biológica com fins de parentesco, para determinar paternidade – e as relações de parentesco decorrentes – quando esta não tiver sido constituída por outro modo e for inexistente no registro do nascimento, em virtude da incidência do princípio da paternidade responsável imputada a quem não a assumiu; b) verdade biológica sem fins de parentesco, quando já existir pai socioafetivo, para os fins de identidade genética, com natureza de direitos da personalidade, fora do direito de família; c) verdade socioafetiva, quando já constituído o estado de filiação e parentalidade, em virtude de adoção, ou de posse de estado de filiação, ou de inseminação artificial heteróloga.

O art. 232 do Código Civil estabelece que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame. Essa norma tem sido interpretada de modo literal e equivocado como se o legislador brasileiro tivesse feito opção exclusiva para a verdade biológica, afastando a socioafetiva. Essa presunção não é legal, mas judiciária, ou seja, depende da convicção do juiz, ante o conjunto probatório que se produziu. Se, por exemplo, o estado de filiação da paternidade estiver provado, a presunção resultante da recusa ao exame não prevalecerá. Já se disse que esse artigo “não tem muita utilidade, pois, de nada adianta o legislador ‘regrar’ a presunção judicial, que é raciocínio do juiz”²².

No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização e prevenção do direito à saúde, e o direito à relação de parentesco, quando este já se estabeleceu, fundado no princípio jurídico da afetividade.

Mesmo na família tradicional, a filiação biológica era nitidamente recortada entre filhos legítimos e ilegítimos, a demonstrar que a origem genética nunca foi, rigorosamente, a essência das relações familiares. As pessoas que se unem em comunhão de afeto, não podendo ou não querendo ter filhos, constituem também família protegida pela Constituição.

A igualdade entre filhos biológicos e não biológicos implodiu o fundamento da filiação na origem genética. A concepção de família, a partir de um único pai ou mãe e seus filhos, eleva-a à mesma dignidade da família matri-

22 DIDIER JR., Fredie. A recusa da parte a submeter-se a exame médico. O art. 232 do Código Civil e o enunciado 301 da súmula da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de direito privado*. São Paulo: RT, n. 25: p.177/180, jan/mar 2006, p. 177.

monializada. O que há de comum nessa concepção plural de família e filiação é sua fundação na afetividade.

O art. 1.593 do Código Civil enuncia regra geral que contempla o princípio da afetividade, ao estabelecer que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. Essa regra impede que o Poder Judiciário apenas considere como verdade real a biológica. Assim os laços de parentesco na família (incluindo a filiação), sejam eles consangüíneos ou de outra origem têm a mesma dignidade e são regidos pelo princípio da afetividade. Antecipando a dimensão onicomprensiva do art.1.593, aludiu-se: “o que merece ser ressaltado, enfim, é o afeto sincero destes homens pelos filhos de suas mulheres, independentemente de estarem a eles ligados por qualquer liame de parentesco [biológico] ou de saberem que, ali, a descendência se identifica apenas pela linha feminina”²³, permitindo a emersão de vínculo parental próprio.

A força determinante da afetividade, como elemento nuclear de efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador. A afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares. Para muitos, quanto menor a intervenção tanto melhor, como se dá com a união estável, cuja regulamentação distanciou-a de sua natureza livre, ou do reforço legal da culpa como causa de separação judicial dos cônjuges. Outras vezes a intervenção legislativa fortalece o dever de afetividade, a exemplo da Lei 11.112/2005 que tornou obrigatório o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas, na separação conjugal, assegurando o direito à companhia e reduzindo o espaço de conflitos.

A doutrina jurídica brasileira tem vislumbrado aplicação do princípio da afetividade em variadas situações do direito de família, nas dimensões: a) da solidariedade e da cooperação; b) da concepção eudemonista²⁴; c) da funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros²⁵; d) do redirecionamento dos papéis masculino e feminino e da relação entre legalidade e subjetividade²⁶; e) dos efeitos jurídicos da reprodução humana medi-

23 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: n. 1, abr/mai 1999, p. 10.

24 FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 306.

25 TEPEDINO, Gustavo, A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *A nova família: problemas e perspectivas*. Vicente Barreto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 56.

26 PEREIRA, Rodrigo, *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 142.

camente assistida²⁷; f) da colisão de direitos fundamentais²⁸; g) da primazia do estado de filiação, independentemente da origem biológica ou não biológica²⁹.

A concepção revolucionária da família como lugar de realização dos afetos, na sociedade laica, difere da que a tinha como instituição natural e de direito divino, portanto imutável e indissolúvel, na qual o afeto era secundário. A força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares.

1.7. Princípio da convivência familiar

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

No fato da vida, em projeção de transecicácia, hauriu o princípio normativo seus elementos para assegurar direitos e deveres envolventes. A casa é o espaço privado que não pode ser submetida ao espaço público. Essa aura de intocabilidade é imprescindível para que a convivência familiar se construa de modo estável e, acima de tudo, com identidade coletiva própria, o que faz que nenhuma família se confunda com outra. O inciso XI do art. 5º da Constituição estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador”. Mas, a referência constitucional explícita ao princípio será encontrada no art. 227. Também no Código Civil, o princípio se expressa na alusão do art. 1.513 à não interferências “na comunhão de vida instituída pela família”. A Convenção dos Direitos da Criança, no art. 9.3, estabelece que, no caso de pais separados, a criança tem direito de “manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, ao menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”.

27 WELTER, Belmiro Pedro, *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 205.

28 MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito personalíssimo à filiação e a recusa dão exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova de filiação*. Eduardo de Oliveira Leite (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 224.

29 LÔBO, Paulo Luiz Netto, Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária, *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, n. 19, p. 133-156, ago./set. 2003, p. 133.

O direito à convivência familiar, tutelado pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita à criança e ao adolescente, é dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade como um todo. Por outro lado, a convivência familiar é o substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato social facilmente aferível por vários meios de prova. A posse do estado de filiação, por exemplo, nela se consolida. Portanto, há direito à convivência familiar e direito que dela resulta.

A convivência familiar também perpassa o exercício do poder familiar. Ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições indevidas. Por seu turno, viola esse princípio constitucional a decisão judicial que estabelece limitações desarrazoadas ao direito de visita do pai não guardião do filho, pois este é titular de direito próprio à convivência familiar com ambos os pais, que não pode restar comprometido. O senso comum enxerga a visita do não guardião como um direito limitado dele, apenas, porque a convivência com o filho era tida como objeto da disputa dos pais, quando em verdade é direito recíproco dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles.

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

1.8. Princípio do melhor interesse da criança

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais. O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse.

Sua origem é encontrada no instituto inglês do *parens patriae* como prerrogativa do rei em proteger aqueles que não poderiam fazê-lo em causa própria. Foi recepcionado pela jurisprudência norte-americana em 1813, no caso *Commonwealth v. Addicks*, no qual a Corte da Pensilvânia afirmou a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses dos pais. No caso, a guarda da criança foi atribuída à mãe, acusada de adultério, já que este era o resultado que contemplava o melhor interesse daquela criança, dadas as circunstâncias³⁰.

Valerio Pocar e Paola Ronfani³¹ utilizam interessante figura de imagem para ilustrar a transformação do papel do filho na família: em lugar da construção piramidal e hierárquica, na qual o menor ocupava a escala mais baixa, tem-se a imagem de círculo, em cujo centro foi colocado o filho, e cuja circunferência é desenhada pelas recíprocas relações com seus genitores, que giram em torno daquele centro. Nos anos mais recentes, parece que uma outra configuração de família relacional está se delineando, em forma estelar, que tem ao centro o menor, sobre o qual convergem relações tanto de tipo biológico quanto de tipo social, com os seus dois genitores em conjunto ou separadamente, inclusive nas crises e separações conjugais.

O princípio é um reflexo do caráter integral da doutrina dos direitos da criança e da estreita relação com a doutrina dos direitos humanos em geral. Assim, segundo a natureza dos princípios, não há supremacia de um sobre outro ou outros, devendo a eventual colisão resolver-se pelo balanceamento dos interesses, no caso concreto. Nesse sentido, diz Miguel Cillero Bruñol que sendo as crianças partes da humanidade, “seus direitos não se exerçam separada ou contrariamente ao de outras pessoas, o princípio não está formulado em termos absolutos, mas que o interesse superior da criança é considerado como uma ‘consideração primordial’. O princípio é de prioridade e não de exclusão de outros direitos ou interesses”. De outro ângulo, além de servir de regra de interpretação e de resolução de conflitos entre direitos, deve-se ressaltar que “nem o interesse dos pais, nem o do Estado pode se considerado o único interesse relevante para a satisfação dos direitos da criança”³².

No direito brasileiro, o princípio encontra fundamento essencial no art. 227 que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar

30 PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. *Direito de família e o novo Código Civil*. Maria Benice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 131, citando GRIFFITH, Daniel B.

31 POCAR, Valerio; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. Roma: Laterza, 2001, p. 207.

32 BRUÑOL, Miguel Cillero. Infância, autonomía y derechos: una cuestión de principios. *Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño – OEA*, n. 234, p. 1-13, oct. 1997, p.8.

à criança e ao adolescente “com absoluta prioridade” os direitos que enuncia. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, com força de lei no Brasil desde 1990, estabelece em seu art. 3.1 que todas as ações relativas aos menores devem considerar, primordialmente, “o interesse maior da criança”. Por determinação da Convenção, deve ser garantida uma ampla proteção ao menor, constituindo a conclusão de esforços, em escala mundial, no sentido de fortalecimento de sua situação jurídica, eliminando as diferenças entre filhos legítimos e ilegítimos (art. 18) e atribuindo aos pais, conjuntamente, a tarefa de cuidar da educação e do desenvolvimento. O princípio também está consagrado nos arts. 4º e 6º da Lei n. 8.069, de 1990 (ECA).

O princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. A aplicação da lei deve sempre realizar o princípio, consagrado, segundo Luiz Edson Fachin como “critério significativo na decisão e na aplicação da lei”, tutelando-se os filhos como seres prioritários³³. O desafio é converter a população infanto-juvenil em sujeitos de direito, “deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos”³⁴.

33 FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.125.

34 PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: n. 6, p. 31-49, jul/set. 2000, p.36.