



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PALOMA BRAGA ARAÚJO DE SOUZA

**CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES À
AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS**

Salvador/BA

2016

PALOMA BRAGA ARAÚJO DE SOUZA

**CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES À
AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestra em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto

Salvador

2016

CIP - Catalogação na Publicação

SSO729 Souza, Paloma Braga Araújo de
c Constitucionalidade das Restrições à Autonomia
Privada no Direito das Famílias / Paloma Braga Araújo de
Souza. -- Salvador, 2016.
148 f.

Orientador: Manoel Jorge e Silva Neto. Dissertação
(mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de
Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

1. Direitos Fundamentais. 2. Autonomia Privada. 3. Direito
das Famílias. I. Silva Neto, Manoel Jorge e, orient. II. Título.

CDD - 342.085

PALOMA BRAGA ARAÚJO DE SOUZA

**CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES À
AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestra em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Manoel Jorge e Silva Neto - Orientador

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Universidade Federal da Bahia

Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Universidade Federal da Bahia

Sandra Regina Martini Vial

Doutora em Direito pela Università Degli Studi di Lecce, Itália

Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Àqueles em quem eu possa despertar um
tantinho de orgulho. Aqui ou no céu.

E a Luíza e Diego, a quem devoto o amor
mais profundo.

AGRADECIMENTOS

O primeiro agradecimento se destina à minha família. A minha mãe, que fez de minha educação sua prioridade e semeou para que eu pudesse colher, mesmo quando o terreno foi árido. A meu marido, verdadeiro parceiro da vida, pai por inteiro de nossos filhos, sem cujo amor e suporte - da seleção à conclusão - essa jornada acadêmica não seria possível. A meus filhos, que iluminam os dias mais cinzentos com um simples sorriso e me fazem dar importância ao que realmente importa.

Agradeço a meu orientador, Professor Manoel Jorge, pela acolhida afável, pela escuta atenta e pelos debates profícuos. Aos professores do programa, em especial, à professora Roxana Borges, por sua serenidade firme, humildade acadêmica, generosidade e empatia com os alunos; e ao professor Saulo Casali pela elegância na discordância e pela tranquilidade com que transmite seus pontos de vista. Lições importantes!

Aos colegas da pós-graduação, que fazem essa jornada ser mais interessante, leve e divertida, agradeço a partilha, mesmo das coisas mais banais. Agradecimento especial a Aquiles Mascarenhas, Eugênio Nunes, Gabriel González, Geraldo Calasans, Geraldo Cohen, Isabela Santana, Isabella Poidomani, Jessica Teles, Raphael Rego, Raissa Pimentel e Vinicius Carvalho. Que essa convivência possa, de algum modo, se repetir!

Aos meus sócios e amigos Ana, Évelin, Pedro e Leonardo, pelo apoio, paciência, trocas e compreensão nos momentos em que a vida acadêmica precisou falar mais alto.

A meus sogros, pelo incentivo constante e disponibilidade de ser família não apenas na lei, e também pelo amor e dedicação devotados a meus pequenos. Quem meus filhos beija, minha boca adoça!

Aos colegas da Faculdade Apoio/Unifass, nas pessoas de Liana Oliva, pelo auxílio inicial na trilha da docência; Adriana Aureliano, pelo incentivo veemente; e Bartira Bastos, pela carinhosa presteza em sanar minhas dúvidas metodológicas. Aos alunos

da mesma Instituição, por todo respeito e carinho que me deferem e pela oportunidade de me forjar professora.

A minhas amigas do Isba, irmãs do coração, que sempre me incentivaram com suas palavras gentis, em especial, a Lia, pela sua disponibilidade e interesse genuínos em me ajudar nesta jornada.

Ao querido colega João Glicério, pela sua generosidade, ainda quando da seleção.

Ao também querido professor Pablo Stolze, pela incrível gentileza com que me recebeu para ser sua tirocinista.

“A gratidão é o que nos faz felizes.” (Albert Clarke)

“Ao avaliarmos nossas vidas, temos razões para estarmos interessados não apenas no tipo de vida que conseguimos levar, mas também na liberdade que realmente temos para escolher entre diferentes estilos e modos de vida. Na verdade, a liberdade para determinar a natureza de nossas vidas é um dos aspectos valiosos da experiência de viver que temos razão para estimar.”

(Amartya Sen)

O amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos.

(João Baptista Villela)

RESUMO

O presente trabalho investiga qual o limite constitucionalmente autorizado da interferência estatal nas famílias enquanto base da sociedade, mas ao mesmo tempo instituição privada, democrática, plural e lócus de afirmação da dignidade humana. A principal ferramenta de investigação é a revisão bibliográfica aliada à análise de casos concretos decididos pela jurisprudência nacional e estrangeira. O objetivo principal da pesquisa é analisar a proteção constitucional conferida às entidades familiares, enquanto lócus de concreção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, confrontando-a com as normas que restringem a liberdade e o poder de autodeterminação dos indivíduos na constituição, desconstituição e condução da família. No curso do procedimento monográfico, inicialmente verifica-se em que consiste a proteção constitucional conferida às famílias e quais os princípios constitucionais que lhe são aplicáveis. Em seguida, analisam-se as possibilidades de restrição à autonomia privada enquanto direito fundamental, especialmente no que concerne ao âmbito das famílias. Posteriormente, são levantadas e analisadas diversas hipóteses de intervenção estatal na família, a fim de se verificar se elas passam pela filtragem constitucional ou se, ao revés, atingem o núcleo essencial dos direitos de liberdade atinentes à esfera familiar da pessoa humana. Ao final, confirma-se a hipótese de que o reconhecimento constitucional da pluralidade de entidades familiares não autoriza que ingerências estatais nas famílias excedam o estritamente necessário à proteção dos sujeitos vulneráveis, sob pena de violarem os princípios da liberdade, igualdade, o postulado da dignidade e o próprio direito fundamental à família, estabelecidos na Constituição.

Palavras-chave: Famílias. Autonomia Privada. Direitos Fundamentais. Restrições.

ABSTRACT

This study investigates which are the constitutionally authorized limits of state interference in Family, as basis of society, but at the same time democratic, plural, private institution, and locus of human dignity's affirmation. The main research tool is the literature review combined with the analysis of actual cases decided by national and foreign jurisprudence. The main objective of the research is to analyze the constitutional protection afforded to family entities, as locus of concretion of human dignity and fundamental rights, confronting it with regulations that restrict the freedom and the power of self-determination of individuals in constitution, deconstitution and family driving. In the course of monographic procedure, initially it's verified what is the constitutional protection afforded to family and which constitutional principles apply to it. Then, private autonomy restriction possibilities are analyzed as it is a fundamental right, especially with regard to the scope of families. Subsequently, are raised and analyzed several cases of state intervention in family, in order to check if they pass the constitutional filtering or, in reverse, hurt the essential core of the rights of freedom, relating to the family sphere of human beings. At the end, it is confirmed the hypothesis that the constitutional recognition of the plurality of family entities does not authorize state interference in the family beyond what is necessary for protection of vulnerable subjects, on pain of infringing the principles of freedom, equality, dignity and the fundamental right to family, established in the Constitution.

Palavras-chave: Families. Private autonomy. Fundamental rights. Restrictions.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	17
2	AS FAMÍLIAS E A CONSTITUIÇÃO	21
2.1	O CONCEITO DE FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	24
2.2	PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS FAMÍLIAS	28
2.2.1	A dignidade da pessoa humana como valor-fonte	29
2.2.2	Princípios Constitucionais aplicáveis ao Direito das Famílias	32
2.2.2.1	<i>Princípio da unidade</i>	35
2.2.2.2	<i>Princípio da máxima efetividade</i>	36
2.2.2.3	<i>Princípio da concordância prática</i>	37
2.2.2.4	<i>Princípio da solidariedade</i>	38
2.2.2.5	<i>Princípio da isonomia</i>	40
2.2.2.6	<i>Liberdade: autonomia e pluralidade</i>	43
2.2.2.7	<i>Princípio do melhor interesse da criança: convivência familiar e parentalidade responsável</i>	47
2.2.3	A Fundamentalidade do Direito à Família	50
3	RESTRIÇÕES À AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS	53
3.1	TUTELA CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA PRIVADA	55
3.2	PONDERAÇÃO DE INTERESSES COMO CRITÉRIO DE RESTRIÇÃO...57	
3.3	ESPÉCIES DE RESTRIÇÕES.....	63
3.3.1	Restrições diretamente constitucionais	64
3.3.2	Restrições indiretamente constitucionais (cláusulas de reserva explícitas)	65
3.3.3	Restrições não expressamente autorizadas pela Constituição	66
3.4	O LIMITE DOS LIMITES.....	67
3.4.1	Núcleo essencial do direito fundamental	68
3.4.2	Proporcionalidade	70
3.5	NÚCLEO ESSENCIAL DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS	71
4	AS RESTRIÇÕES À AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS BRASILEIRO	77

4.1	O DIREITO FUNDAMENTAL DE CASAR (OU NÃO) COM QUEM SE QUER.....	78
4.1.1	Casamento Igualitário	80
4.1.1.1	<i>A opção semântica</i>	81
4.1.1.2	<i>A ponderação de interesses</i>	84
4.1.2	Sobre alguns Impedimentos Matrimoniais	91
4.1.2.1	<i>Irmãos biológicos ou adotivos</i>	91
4.1.2.2	<i>Afins em linha reta</i>	97
4.1.2.3	<i>O imperativo da monogamia</i>	99
4.2	O DIREITO DE ESCOLHER O REGIME DE BENS.....	103
4.3	O DEVER DE VIDA EM COMUM, NO DOMICÍLIO CONJUGAL	106
4.4	O FIM DA SEPARAÇÃO JUDICIAL COMO MECANISMO DE PERSCRUTAÇÃO DA VIDA CONJUGAL	109
4.5	AUTORIDADE PARENTAL E PROTEÇÃO DOS SUJEITOS VULNERÁVEIS.....	112
4.5.1	Dever de Cuidado	113
4.5.1.1	<i>Matrícula obrigatória em rede regular de ensino e homeschooling</i>	113
4.5.1.2	<i>Vacinação obrigatória</i>	114
4.5.1.3	<i>Recusa de transfusão de sangue em filho menor</i>	115
4.5.2	Exercício Cotidiano da Autoridade	117
4.5.2.1	<i>Lei da Palmada</i>	117
4.5.2.2	<i>Imposição de uso de contraceptivos ao adolescente</i>	119
4.6	FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A MULTIPARENTALIDADE	121
4.6.1	Parentalidade Socioafetiva	122
4.6.2	Multiparentalidade	127
5	CONCLUSÕES	131
	REFERÊNCIAS	136

1 INTRODUÇÃO

A sociedade se constrói e se transforma continuamente e por si mesma. Da segunda metade do século passado a este início de século XXI não foram poucas as mudanças experimentadas. Avanços científicos e tecnológicos, velocidade da informação, novas relações de poder, de trabalho, de consumo, novas relações de família, tudo vivenciado em nível global.

No que diz respeito às famílias, pode-se afirmar ter havido verdadeira revolução paradigmática.¹ A família mononuclear burguesa, patriarcal e patrimonialista, formada exclusivamente a partir do casamento de par heterossexual, destinada à procriação e à transmissão hereditária da propriedade, foi, pouco a pouco, cedendo espaço a novos arranjos familiares que começaram a despontar especialmente a partir da emancipação feminina.

Com efeito, a inserção da mulher no mercado de trabalho permitiu não apenas a sua participação econômica na manutenção da família, mas também o desenvolvimento de sua autonomia e o seu posicionamento enquanto sujeito de direitos dotado de plena capacidade. Essa mudança do papel da mulher nas relações sociais e familiares, aliada às mudanças culturais e comportamentais da segunda metade do século passado, mexeu com a estrutura estanque do casamento. A indissolubilidade desse vínculo não mais cabia em um contexto de independência econômica feminina e revolução sexual. A partir daí, a apropriação das transformações sociais pelas famílias caminhou a passos largos.

Nessa senda, os novos paradigmas de relações afetivas e de exercício da sexualidade tornaram o sobredito conceito da família mononuclear burguesa estreito para dar conta da dinâmica da vida em sociedade. A família contemporânea é diversificada, eudemonista e não hierarquizada, democrática e funcional. Daí falar-se em famílias,

¹ Refere-se aqui a revolução paradigmática com base na obra de Thomas Kuhn. Malgrado tenha o autor desenvolvido sua teoria a partir das ciências naturais, não se pode negar reconhecimento à ocorrência das revoluções nas ciências sociais e, portanto, no Direito, onde a emergência de novos paradigmas acompanha – nem sempre *pari passu* – as transformações sociais. A partir da emergência de um novo paradigma, os cientistas devem reeducar seus olhares e voltá-los a novas direções. A revolução opera, portanto, uma mudança de percepção: o cientista tem que aprender a ver uma nova forma em algumas situações com as quais já está familiarizado.

no plural.

Do Estatuto da Mulher Casada, de 1962, ao Julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132,² em 2011, uma longa estrada foi percorrida e se continua a percorrer. A Constituição Federal tem papel de destaque neste processo, uma vez que abraçou um conceito de família comprometido com a dignidade humana.

Com o amparo da Constituição cidadã, o olhar do Direito sobre as famílias se volta mais às pessoas que à instituição. Nessa ordem de ideias, faz-se necessário redefinir as fronteiras entre o público e o privado em matéria de direito das famílias, entender onde termina a constitucionalização e onde começa uma indevida “publicização” do regramento familiarista. Este é o escopo do presente trabalho.

O problema da pesquisa, portanto, é saber qual o limite constitucionalmente autorizado da interferência estatal na família enquanto base da sociedade, mas, ao mesmo tempo, instituição privada, democrática, plural e locus de afirmação da dignidade humana.

Isso porque se não há mais proteção à família pela família, senão em razão das pessoas que a compõem, é preciso analisar se as normas que restringem a liberdade individual no âmbito das famílias e/ou quebram o tratamento isonômico que deve ser dado às entidades familiares passam pela filtragem constitucional.³

Desse modo, a pesquisa se orientou pelas seguintes questões: qual o caminho percorrido pela sociedade e pelo direito para se chegar à tutela da família democrática contemporânea? Em que consiste a proteção constitucional conferida à família? Quais são os limites constitucionalmente autorizados de restrição da autonomia privada na tutela das famílias?

² A ADPF n.º 132 julgou a possibilidade de constituição de união estável por pares homoafetivos.

³ A filtragem constitucional é um mecanismo de defesa da força normativa da Constituição, que pressupõe a sua preeminência enquanto sistema aberto de regras e princípios, e que provoca, portanto, a constitucionalização do direito infraconstitucional. Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, out-dez. 2005.

Nessa linha de intelecção, faz-se necessário, primeiramente, analisar o tratamento dado à família pela Constituição Federal, partindo-se de um breve esboço histórico. A diferença de tratamento conferido pelas Constituições brasileiras às entidades familiares demonstra como a construção histórica de significados determina a configuração das instituições, valores e normas de organização social.

Em seguida, busca-se a compreensão do conceito de família delineado pelo Texto Constitucional. Para tanto, analisa-se se o elenco de entidades familiares do art. 226 tem natureza de rol taxativo ou exemplificativo. A identificação dessa natureza é indispensável à conformação da tessitura da família constitucionalizada. Estabelecidos os contornos do conceito, é preciso então analisar em que consiste e de que forma se opera a proteção constitucional conferida à família. Se a proteção se volta mais às pessoas do que à instituição família, impende compreender de que forma ela se concretiza. Essa compreensão perpassa pela análise dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito das famílias, o que é feito ainda no capítulo inicial.

Questão relevante ao desenvolvimento da pesquisa é também a de saber se é possível afirmar a existência de um direito fundamental à família. Embora não haja nenhum dispositivo que refira a tal direito no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição, é importante investigar se tal ilação é possível a partir da sistemática da teoria dos direitos fundamentais, até para se analisar a constitucionalidade de suas eventuais restrições.

Estabelecidas essas premissas, no segundo capítulo, passa-se à análise da tutela constitucional da autonomia privada, seu posicionamento enquanto direito fundamental e as possibilidades de restrições, em tese, a este direito. Nesse capítulo investigam-se, ainda, quais parâmetros devem ser considerados para a determinação do conteúdo essencial da autonomia privada no direito das famílias.

O capítulo seguinte adentra a casuística e passa a analisar as normas que restringem a autonomia privada no âmbito das famílias. Analisam-se as restrições relativas à constituição e desconstituição de entidades familiares, restrições que afetam a liberdade negocial quanto ao patrimônio familiar e também as que limitam o exercício

da autoridade parental.

A hipótese de trabalho foi a de que a proteção constitucional conferida à família não autoriza que ingerências estatais excedam o estritamente necessário à proteção dos sujeitos vulneráveis, sob pena de violarem a autonomia privada, a liberdade, a isonomia, a dignidade e o próprio direito fundamental à família.

Para verificá-la, a pesquisa se valeu do pluralismo metodológico, haja vista que cada método apresenta características que se complementam e cada investigação exige o seu adequado instrumento. A partir da pesquisa bibliográfica somada à análise de jurisprudência e da legislação vigente e revogada, nacional e de direito estrangeiro, foram utilizados os métodos cartesiano, indutivo e dedutivo, com grande peso da dedução amplificadora.⁴

Ao final do trabalho são elencadas as conclusões a que se chegou.

⁴ Segundo Miguel Reale, a dedução amplificadora é aquela que do cotejo lógico de duas ou mais proposições se extrai uma verdade nova, que não se resume às proposições antecedentes. Cf. REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 84.

2 A FAMÍLIA E A CONSTITUIÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 dedicou apenas um artigo para tratar especificamente da família, no capítulo referente à própria Família, à Criança, ao Adolescente, ao Jovem e ao Idoso, dentro do Título dedicado à Ordem Social. Apesar da exiguidade de dispositivos tratando do tema, as mudanças foram profundas.

O art. 226 da Constituição Federal reconhece a família como base da sociedade, devotando a ela especial proteção do Estado. Mas, para além disso, sua estruturação como cláusula geral⁵ trouxe em seu bojo a permissão para uma nova compreensão da família, especialmente pela consagração da igualdade entre cônjuges e entre filhos, abrindo espaço, ainda, para o reconhecimento de variados arranjos familiares.

Com efeito, não foram poucos os avanços decorrentes da incorporação dos valores sociais vigentes ao texto constitucional. Todas as transformações sociais verificadas nas últimas décadas têm impacto direto no modo de enxergar e compreender a família, o que, inexoravelmente, afeta a forma como o Direito se relaciona com ela.

Um olhar histórico revela que a primeira Constituição a tratar da família com real interesse foi a Constituição de 1934. A Constituição Imperial de 1824 não se preocupou com o tema, pois a família ainda era assunto concernente à Igreja Católica. A Constituição de 1891, primeira da República, secularizou o Estado⁶ e reconheceu o casamento civil⁷, mas nada mais tratou acerca da família.

A Constituição de 1934, como afirma Manoel Jorge e Silva Neto, “é um marco da

⁵ Adota-se aqui o entendimento de English, para quem a cláusula geral é uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 229.

⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷ Art. 72 § 4º: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de Fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 17 mai. 2016.

evolução histórica de nosso direito constitucional”.⁸ De fato, além de inovar garantindo direitos sociais não previstos anteriormente⁹, à família dedicou capítulo próprio, além de outras disposições esparsas. Foi conferida proteção especial do Estado à família, sendo esta, porém, constituída apenas através do casamento indissolúvel. A despeito disso, foram previstos também o desquite, a atribuição de efeitos civis ao casamento religioso, redução de impostos para o bem de família e gratuidade para o reconhecimento de filhos naturais, reconhecendo-lhes, ainda, o direito de herança juntamente com os filhos reputados legítimos. Além disso, comprometida com um programa de resgate da dívida social¹⁰, a Constituição de 1934 previu também como dever da União, dos Estados e dos Municípios socorrer as famílias de prole numerosa.¹¹

A Constituição de 1937 manteve a proteção especial conferida por sua antecedente, trazendo, ainda, disposições interessantes, como a que colocou a educação integral da prole como dever dos pais,¹² a que reconheceu a igualdade entre os filhos naturais e legítimos, e a que estabeleceu como falta grave dos responsáveis o abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude.

A Constituição de 1946, por sua vez, repetiu algumas disposições da progressista Constituição de 1934, entretanto, retrocedeu em algumas conquistas ao retirar de seu texto qualquer menção ao reconhecimento e/ou igualdade entre os filhos.¹³

A Constituição de 1967, fruto do golpe militar de 1964, nada inovou em matéria de família. Dedicou-lhe apenas um artigo, tratando basicamente acerca do casamento,

⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.129.

⁹ SILVA NETO, loc. cit.

¹⁰ SILVA NETO, loc. cit.

¹¹ Cf. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de Julho de 1934, Art. 138, d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 17 mai. 2016.

¹² Art 125: “A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.”. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 17 mai. 2016.

¹³ Cf. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 17 mai. 2016.

mantendo a sua indissolubilidade. Também nenhuma disposição trouxe acerca do reconhecimento e igualdade entre os filhos ou sobre a responsabilidade dos pais sobre eles.¹⁴ A Constituição de 1967, no entanto, vigeu por curto espaço de tempo, pois logo teve seu texto completamente alterado pela Emenda Constitucional n° 1 de 1969. A Emenda, a despeito do nome, “não era emenda constitucional qualquer, mas sim autêntica emanção de poder constituinte originário”.¹⁵

A Emenda Constitucional n.º 01/69 não trouxe nenhuma modificação no que diz respeito à família em relação à Constituição de 1967. No entanto, a Emenda n.º 9 de 1977 trouxe efetivo avanço ao estabelecer a dissolubilidade do casamento, setenta anos após o Uruguai, primeiro país da América Latina a fazê-lo, em 1907.

A Constituição cidadã de 1988, afirma Giselda Hironaka, “reescreveu o Direito de Família no Brasil (e não só ele), retirando do Código Civil de 1916 e demais normas a centralidade do sistema”.¹⁶ Além do reconhecimento da pluralidade de entidades familiares e o restabelecimento da igualdade entre os filhos, a igualdade entre o homem e a mulher no exercício de direitos e deveres na condução da família foi consagrada.¹⁷

Desse modo, a nova família que foi se desenhando expandiu as fronteiras antes rígidas do matrimônio, incorporando outros agrupamentos humanos calcados no afeto e num projeto de vida em comum, ampliando o espectro da liberdade de ser na família. Com o amparo da Constituição cidadã, o olhar do direito sobre a família se torna “um instrumento democrático de concretização da pluralidade, a partir da própria principiologia constitucional que se mostra aberta a quaisquer projetos de vida marcados pela dignidade, solidariedade e afetividade”.¹⁸

¹⁴ Cf. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 17 mai. 2016.

¹⁵ SILVA NETO, 2013a, p.128.

¹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de Família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2015, p. 45.

¹⁷ Nesse sentido, Manoel Jorge e Silva Neto observa que o § 5º do art. 226, que estabeleceu a igualdade entre os cônjuges, levou também à modificação da nomenclatura do instituto do pátrio poder, que passou a se chamar, no Código Civil de 2002, de poder familiar. SILVA NETO, op. cit., p. 939.

¹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90.

2.1 O CONCEITO DE FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito de família estava imbricado ao conceito de casamento. Assim, só eram reconhecidas como entidades familiares aquelas constituídas através do vínculo jurídico do matrimônio, a denominada família nuclear burguesa, notadamente hierarquizada e patriarcal.

Ao suprimir a cláusula de exclusão, que apenas reconhecia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, a atual Constituição promoveu importante transição paradigmática no campo do Direito de Família, uma vez que não estabeleceu “modelo preferencial de entidade familiar”.¹⁹

Os primeiros parágrafos do art. 226 do texto constitucional se dedicaram a tratar das famílias formadas pelo casamento, pela união estável e pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental. A referência expressa a esses três modelos de entidades familiares, passado o entusiasmo da inovação, gerou debates doutrinários acerca da natureza deste elenco trazido pelo art. 226: afinal, trata-se de rol exaustivo ou exemplificativo?

A maioria dos autores contemporâneos parece concordar que se trata de rol aberto. Por todos, veja-se Paulo Lôbo:

O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.²⁰

O argumento de Paulo Lôbo teve ressonância no voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Na ocasião, divergindo da fundamentação do relator, Ministro

¹⁹ LÔBO, Paulo. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: **Família e Cidadania**: o novo CCB e a vacatio legis: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002, p.106.

²⁰ Ibid., p.93.

Carlos Ayres Britto, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que união homoafetiva, a par da união estável, constitui “um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional”.²¹

Desse modo, filiou-se o Ministro à corrente que entende que o rol de entidades familiares previsto no art. 226 é *numerus apertus*:

Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional.²²

Em sentido semelhante, em decisão um pouco mais recente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça também reconheceu como entidade familiar agrupamento humano não contemplado nos parágrafos do art. 226, qual seja, a família anaparental.²³ Em seu voto, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, asseverou que:

O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que a atrelam a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares.²⁴

De fato, a análise das possibilidades desconstrói a possível taxatividade do rol de entidades familiares previstas no art. 226 da Constituição Federal. A tomar um exemplo, imagine-se um casal sem filhos que viveu cerca de trinta anos com um ascendente de um dos cônjuges (sogro/sogra). Inequivocamente, existe nessa comunidade uma família, formada pelos laços de sangue e pelo casamento. Agora imagine-se que o cônjuge a quem pertencia a filiação vem a falecer e o cônjuge supérstite se mantém residindo e cuidando do sogro/sogra. O casamento foi dissolvido

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/RJ**, p. 106. Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011.

²² Ibid., p. 111.

²³ Considera-se família anaparental aquela em que não há a figura de um ascendente, como por exemplo, a comunidade formada apenas por irmãos.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1217415/RS**, p. 10. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012.

pela morte e essa nova comunidade não se encaixa em nenhum dos modelos trazidos pelo art. 226. Parece incoerente entender que, nessa hipótese, a morte, para além de dissolver o vínculo conjugal, dissolveria também a entidade familiar, retirando este agrupamento da especial proteção do Estado.

Outro exemplo interessante é o trazido por Silva Neto. Imagine-se uma família monoparental, comunidade formada por um ascendente e seus descendentes. Então, imagine-se que esse ascendente resolva contrair uma nova união, de caráter homoafetivo. Haveria uma desnaturação da entidade familiar? O autor entende que não.²⁵

Consentâneo com a realidade posta, Silva Neto observa que as entidades familiares devem ser reconhecidas fora do âmbito das paixões, amparadas no fundamento da dignidade da pessoa humana, assim como nos princípios que vedam a discrimina o e protegem a intimidade.²⁶

As transforma es sociais, construídas na segunda metade do século XX e reconstruídas nesse início do século XXI, provocaram uma mudança radical na composi o familiar e também nas rela es sociais. Como observa Hironaka, “o conceito de família, qualquer que seja, deve estrita conta ao tempo, local e modo de sua apreensão”.²⁷

As pretensões morais que fundamentam cada direito têm um caráter histórico; elas são aparecem quando surge a necessidade ou quando o progresso permite. Desse modo, assim como não há como se falar, por exemplo, em direito à liberdade de imprensa antes da consolida o desta na Europa dos séculos XVIII e XIX,²⁸ também não   possível falar, por exemplo, em família mosaico²⁹, no Brasil da primeira metade do século XX.

²⁵ SILVA NETO, 2013a, p. 939.

²⁶ SILVA NETO, loc. cit.

²⁷ HIRONAKA, 2015, p.53.

²⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **La universalidad de los derechos humanos**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 15-16, 1994, p. 624.

²⁹ Famílias mosaico ou famílias reconstituídas são aquelas que se formam após o desfazimento de outros núcleos familiares. Assim, por exemplo, a união entre pessoas que possuem filhos de relacionamentos anteriores, como será visto no Capítulo 5.

Observa-se, pois, que a Constituição Federal de 1988 permitiu a superação do paradigma da família exclusivamente matrimonial. Com efeito, a compreensão de que o rol de entidades familiares previstas na Constituição Federal é meramente exemplificativo representa uma ruptura com um modelo de família mononuclear e traduz o conceito de uma família democrática e plural, que finca seus alicerces na dignidade humana, franqueando a todos o direito à busca da felicidade.

Luiz Edson Fachin observa, ainda, que as disposições constitucionais atinentes à família permitem o seu deslocamento de um lugar de poder, para um lugar de cidadania, que privilegia o afeto, a liberdade e a igualdade:

A passagem do conceito de família-poder para a família-cidadã é também de um programa a se construir.

A compreensão do texto constitucional brasileiro vigente vai dando espaço para que a família, nessa concepção contemporânea do direito, se inclua como ente aberto e plural. É desse degrau de efetivação da cidadania que reclama a pluralidade constitucional da família, não exclusivamente matrimonializada, diárquica, eudemonista e igualitária.³⁰

No mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Pereira assevera que a partir do espírito da Constituição de 1988, o tratamento jurídico dado à família sofreu uma revolução paradigmática, haja vista a superação de velhas concepções tais como: a ilegitimidade de filhos havidos fora do matrimônio, a suposta superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais e o casamento como única forma de constituição de família.³¹

Desse modo, o conceito de família que se extrai do texto constitucional é aberto e plurívoco, assentado na dignidade humana e permissivo da busca da realização e da felicidade dos seus membros. Casamento e procriação deixam de ser condicionantes para se tornarem opções disponíveis ao exercício da liberdade, no âmbito das novas famílias democráticas e plurais.

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição do Direito de Família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro. **ANIMA**: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet. Ano II, n. 3, Curitiba, 2011. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3/anima3-Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em 18 mai. 2016.

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27-29.

2.2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À FAMÍLIA

Como afirmado alhures, a família, enquanto base da sociedade, goza de especial proteção do Estado, nos termos do art. 226 da Constituição Federal. Essa proteção especial, reconhecida desde a Constituição de 1934, teve seu eixo paulatinamente deslocado da família enquanto instituição para as pessoas humanas que a compõem. A proteção constitucional conferida à família não se dá pela família, mas em razão da pessoa humana, “sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem sob o pretexto de garantir proteção à família”.³²

Ratificando o entendimento de que a proteção constitucional se destina às pessoas e não à instituição, e reverenciando a unidade sistemática da Constituição,³³ Manoel Jorge e Silva Neto coloca no âmbito desta proteção, por exemplo, o direito à procriação. Com efeito, assevera o professor baiano que tal direito decorre dos princípios protetivos da família, insculpidos no § 7º do multicitado art. 226,³⁴ como será visto mais adiante.

Miguel Carbonell entende que a proteção constitucional à família, embora se faça por meio de disposições que garantam proteção às crianças, aos idosos, à moradia etc. não prescinde da implementação de uma série de políticas públicas substantivas, que reconheçam os mais variados arranjos familiares e provejam serviços em favor das famílias, a exemplo da oferta de creches para as crianças na primeira infância, permitindo às mães trabalhar fora de casa, e de centros de atenção familiar, entre outros.³⁵

Percebe-se, assim, que a proteção constitucional à família, na pessoa de seus membros, é materializada através da consagração de direitos e deveres que se lastreiam, essencialmente, na dignidade da pessoa humana.

³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**, v. 6. 5. ed. Salvador: Edições JusPodivm, 2013, p. 47.

³³ SILVA NETO, 2013b, p. 113.

³⁴ Id., 2013a, p. 941.

³⁵ CARBONELL, Miguel. Familia, Constitución y derechos fundamentales. In: LARA, Rosa María Álvarez de (coord). **Panorama Internacional de Derecho de Familia: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados**, T.I. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 91-92.

2.2.1 A dignidade da pessoa humana como valor-fonte

A dignidade humana, princípio fundamental da República, pode ser considerada postulado fundamental de toda a compreensão das famílias contemporâneas. Como leciona Miguel Reale, a pessoa humana não pode se realizar vivendo de acordo com um padrão ideal que não corresponda à sua essência: a realização pessoal passa pela própria subjetividade e individualidade humanas, “na condicionalidade de sua natureza e do meio histórico a que pertence”.³⁶ É por essa razão que o autor afirma ser a pessoa humana, em sua intersubjetividade, o valor-fonte de todos os valores.

A partir do momento em que a proteção constitucional se volta mais às pessoas que compõem os agrupamentos familiares do que à família enquanto instituição, fica claro que a dignidade é pilar de sustentação dessa proteção. Mas antes de prosseguir em sua análise, é necessário advertir que não se pretende conceituar ou esgotar o conteúdo do postulado da dignidade humana, mesmo porque, como esclarece Manoel Jorge e Silva Neto, “não se conceitua dignidade da pessoa humana. Trata-se, como se refere no sistema da ciência do direito, de um *topoi*”.³⁷

No mesmo sentido, Ingo Sarlet, em obra dedicada ao tema, afirma que o postulado tem natureza necessariamente polissêmica, de modo que é mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é.³⁸ Apesar da imprecisão conceitual³⁹, a dignidade humana está tão naturalmente imbricada aos direitos fundamentais que, segundo Sarlet, mesmo nos ordenamentos em que não há referência expressa ao postulado, “não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem

³⁶ REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.101

³⁷ SILVA NETO, 2013a, p. 316.

³⁸ SARLET, 2011, p.42. Nessa linha de raciocínio também se posiciona a literatura alemã, como informa SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p.177.

³⁹ De acordo com Luhmann, a dignidade é resultado de um processo de construção e interação social. Embora decorra da condição humana, não se trata de um dom da natureza, mas resultado de uma cooperação social permanente. Cf. LUHMANN, Niklas. **Los Derechos Fundamentales como Institución**: Aportación a la sociología política. Universidad Iberoamericana, 2010, p.157. Tomando por empréstimo as lições de Kant, segundo as quais o homem é um fim em si mesmo e, por isso, é dotado de dignidade e não de um preço, Ferrajoli coloca a dignidade como um entre quatro critérios para se atribuir fundamentalidade a um direito. FERRAJOLI, 2011, p.102.

jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”.⁴⁰

Propondo uma delimitação linguística do sentido ético-jurídico da dignidade da pessoa humana, Ricardo Maurício Freire Soares observa a relevância dos seguintes elementos: “a) a preservação da igualdade; b) o impedimento à degradação e coisificação da pessoa; e c) a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano”.⁴¹

Maria Celina Bodin de Moraes também propõe o reconhecimento de alguns desdobramentos que compõem o substrato material da dignidade:

[...] i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.⁴²

Porém, nesse contexto de dignidade como critério de construção de direitos, ou, ainda, de reconhecimento dela como núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, é preciso acautelar-se contra a possibilidade de uma *hipertrofia da dignidade*⁴³. Alexy observa que a excessiva ampliação da abrangência da dignidade da pessoa humana para abarcar tudo o que pode ser por ela protegido traz, de um lado, o risco da banalização do postulado e, de outro, risco de se excluir do âmbito de proteção situações que deveriam ser protegidas.⁴⁴

Por oportuno, destaque-se a decisão BVERFGE 30, 1 do Tribunal Constitucional Alemão, datada de 1970. Tratava-se de reclamação constitucional contra a 17ª Emenda Constitucional que possibilitou ao legislador infraconstitucional limitar o sigilo da correspondência, postal e da telecomunicação. O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a reclamação, declarando constitucional a norma impugnada, negando

⁴⁰ SARLET, 2011, p. 115.

⁴¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 258.

⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

⁴³ Expressão utilizada por Virgílio Afonso da Silva.

⁴⁴ ALEXY, 2014, p.454.

a existência de violação à dignidade da pessoa humana na hipótese:

No que diz respeito ao princípio da inviolabilidade da dignidade humana, firmado no Art. 1 GG, o qual, segundo o Art. 79 III GG, não pode ser atingido por emenda constitucional, tudo depende de se determinar que condições devem estar presentes para que a dignidade humana possa ser considerada como violada. Evidentemente não se pode falar em termos gerais, mas sempre em face do caso concreto. Formulações gerais, como a de que a pessoa humana não pode ser reduzida a um simples objeto do poder público, podem tão somente indicar a direção na qual podem ser encontrados casos de violação da dignidade humana. Não raramente a pessoa humana é, sim, mero objeto, não apenas das relações e do desenvolvimento da sociedade, mas também do Direito, na medida em que deve se submeter em detrimento de seus interesses. Somente desse dado [portanto] não se pode deduzir uma violação da dignidade humana. Ao contrário, para estar presente uma violação da dignidade humana o atingido precisa ter sido submetido a um tratamento que coloque em xeque, de antemão, sua qualidade de sujeito [de direitos], ou haver no caso concreto um desrespeito arbitrário à sua dignidade. O tratamento da pessoa humana pelo poder público que cumpre a lei deve, para se verificar se a dignidade humana foi atingida, ser expressão do desrespeito ao valor a que o ser humano tem direito por força de sua existência como pessoa, configurando, portanto, nesse sentido, “um tratamento desrespeitoso”.⁴⁵

Analisando a incidência de tais efeitos na casuística brasileira, Virgílio Afonso da Silva aduz que o postulado da dignidade da pessoa humana não raro faz as vezes de um “grande guarda-chuva”, sendo invocado para resolver conflitos que poderiam ser dirimidos por outras normas, constitucionais ou até mesmo infraconstitucionais.⁴⁶

Não se trata – a dignidade – de recurso universal a ser utilizado indiscriminadamente, como garantidor de quaisquer direitos que resvalam, ainda que indiretamente, na Constituição. Como afirmado acima, a utilização inflacionária do postulado pode implicar no esvaziamento de seu significado e importância, entretanto, no que concerne ao direito das famílias, como já dito, ela ocupa posição nuclear.

Como afirma Paulo Lôbo, até mais da metade do século passado, “a família era concebida como totalidade na qual se dissolviam as pessoas que a integravam, especialmente os desiguais, como a mulher e os filhos”.⁴⁷ Nesse contexto, os componentes da família não eram considerados nem gozavam de qualquer proteção atinente à sua dignidade.

⁴⁵ In: SCHWABE, op.cit., p. 180-181.

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 193.

⁴⁷ LOBO, 2015, p. 110.

Antes do Estatuto da Mulher Casada, de 1962, por exemplo, a mulher casada era considerada relativamente incapaz e precisava da autorização do marido para a prática dos mais simples atos da vida civil. O Estatuto, longe de ser um diploma igualitário, deu os passos iniciais para que a mulher casada pudesse se afirmar enquanto pessoa, dotada de vontade e dignidade, capaz de reger a própria vida e trabalhar. No entanto, sua função dentro da família ainda era de naipe inferior, haja vista ser o marido o chefe da sociedade conjugal, cabendo à esposa o papel de mera colaboradora. Nesse sentido, observe-se a redação do art. 233 do Código Civil de 1916, alterado pelo Estatuto da Mulher casada:

Art. 233. 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).

Compete-lhe:

I - A representação legal da família;

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311);

III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique;

IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.

A Constituição de 1988, ao proclamar expressamente a dignidade humana como fundamento da República e referi-la também no § 7º do art. 226, consagrou a ligação inexorável existente entre família e dignidade humana. Portanto, afirma Rodrigo da Cunha Pereira, “o princípio da dignidade humana significa, para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares”.⁴⁸

2.2.2 Princípios Constitucionais aplicáveis ao Direito das Famílias

A Constituição, enquanto norma máxima do ordenamento jurídico, possui especificidades que, para além da simples hierarquia, a diferenciam de outras normas jurídicas, a exemplo da forte vinculação a fatores extra normativos de natureza social.⁴⁹

⁴⁸ PEREIRA, 2012, p. 121.

⁴⁹ SILVA NETO, 2013a, p.151.

Com efeito, no âmbito do neoconstitucionalismo,⁵⁰ em que as normas constitucionais apresentam alto grau de indeterminação e desempenham uma importante função diretiva para o futuro,⁵¹ a hermenêutica constitucional não se afasta da realidade posta.⁵² Isso porque a tarefa do intérprete não se resume mais apenas à subsunção: o reconhecimento de que o ordenamento se compõe de regras e princípios exige, no mais das vezes, um juízo de ponderação dotado de concretude.⁵³

Como lembra Paulo Lôbo, houve um período em que os princípios desempenhavam um papel secundário no sistema normativo, servindo como fonte integradora supletiva.⁵⁴ De fato, até hoje, é dessa maneira que a eles se refere a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Essa compreensão de princípios, porém, é anacrônica, visto que hoje eles ocupam posição de centralidade no ordenamento.

No estudo introdutório à ciência do direito, aprende-se que os princípios são “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”.⁵⁵ Assim, os princípios são inicialmente compreendidos em toda a sua densidade axiológica, como continentes dos valores vigentes e aspirados pela sociedade.

⁵⁰ Santiago Ariza conceitua o neoconstitucionalismo como o modelo jurídico dos Estados constitucionais contemporâneos, em que a norma fundamental exerce a dupla função tanto de servir como limitação ao poder do legislador infraconstitucional quanto de ser uma norma diretiva de eficácia direta e imediata, caracterizada pela incorporação de um conteúdo material de forte carga axiológica. Cf. ARIZA, Santiago Sastre. *La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 239-241.

⁵¹ *Ibid.*, p. 240.

⁵² Nessa linha de compreensão, destaca-se o pensamento possibilista de Häberle. Segundo Manoel Jorge e Silva Neto, “Dita forma de compreender a Constituição parte da ideia de que a norma não é algo perfeito e acabado, senão simplesmente ‘pura possibilidade jurídica’; tal possibilidade, contudo, apenas pode vir a ser conhecida mediante a confrontação do plexo normativo com a própria realidade”. Cf. SILVA NETO, op. cit., p. 98.

⁵³ *Ibid.*, p. 150, 164.

⁵⁴ LÔBO, Paulo. *Direito de Família e os Princípios Constitucionais*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2015, p. 105.

⁵⁵ REALE, 2004, p.304.

Robert Alexy, valendo-se da divisão conceitual de Georg von Wright, divide valores e princípios respectivamente como conceitos axiológicos e conceitos deontológicos. Trata-se de diferença sutil, uma vez que os conceitos deontológicos e axiológicos se diferenciariam apenas a partir do seu conceito deôntico fundamental: enquanto o conceito deontológico traz a ideia de dever-ser, o conceito axiológico traz a ideia do que é bom.⁵⁶

A associação entre valores e princípios, portanto, não é artificial – mesmo porque a diferenciação entre eles não é de estrutura.⁵⁷ Diversos autores brasileiros (e portugueses) definem os princípios como mandamentos nucleares ou disposições fundamentais do ordenamento.⁵⁸ Daí a naturalidade, por exemplo, da assimilação intuitiva e corriqueira das normas de direitos fundamentais como normas principiológicas, em face da elevada carga valorativa neles contida, além do grau de abstração e generalidade.

Entretanto, conforme observa Manoel Jorge e Silva Neto, a referência a princípios constitucionais, pode tanto recair sobre princípios enquanto normas jurídicas, quanto sobre princípios enquanto valores normativos. Observa o autor que os princípios de interpretação constitucional são valores normativos, mas as normas constitucionais, por sua vez, poderão assumir a natureza de princípios, segundo a distinção elaborada por Robert Alexy.⁵⁹⁻⁶⁰

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 145.

⁵⁷ Nesse sentido, confira-se Fábio Portela Lopes de Almeida: “[...] todo o esforço de Alexy para diferenciar valor e princípio se esvai, uma vez que, ao aplicar a mesma estrutura para valores e princípios, ambos se tornam indiferenciados, inclusive, naquilo que deveria diferenciá-los. Com efeito, se a única diferença entre princípio e valor está, respectivamente, naquilo que é ‘devido’ e no que é ‘melhor’, e se tanto valor quanto princípio assumem uma perspectiva normativa, nada há que impeça a indiferenciação entre ambos.” ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 493-516, Jul-Dez. 2008, p. 499. Em sentido diverso, Virgílio Afonso da Silva, para quem, “o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito axiologicamente neutro e seu uso não expressa nenhuma opção por esta ou aquela disposição fundamental [...]”. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 615.

⁵⁸ Virgílio Afonso da Silva enumera, entre eles, Celso Antonio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso, J.J. Gomes Canotilho e Jorge Miranda. Cf. SILVA, *Ibid.*, p. 612.

⁵⁹ SILVA NETO, 2013a, p. 166-167.

⁶⁰ De acordo com o pensamento de Alexy, a diferenciação estrutural entre regras e princípios é essencial para se desenvolver uma teoria dos direitos fundamentais, apta a analisar as possibilidades de restrição, solucionar colisões ou mesmo identificar o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Conforme observa o jurista alemão, os direitos fundamentais costumam ser caracterizados por sua forte carga axiológica, sendo, por isso, frequentemente

Desse modo, ao se tratar de princípios constitucionais aplicáveis ao direito das famílias, há de se ter em conta que poderão estes assumir a feição de valores normativos, como o são os princípios de interpretação constitucional, ou de normas jurídicas, consagradoras de direitos e/ou deveres, podendo, ainda, serem expressos ou implícitos.

2.2.2.1 Princípio da unidade

O princípio da unidade é princípio interpretativo que prescreve que a Constituição é um todo unitário e sistemático. Invoca-se aqui o princípio da unidade pois a compreensão da família constitucionalizada perpassa pela compreensão de todo o ordenamento constitucional e não apenas das disposições contidas no art. 226.

Desse modo, as normas constitucionais, independentemente de sua topografia, detêm unidade de sentido, de modo que as aparentes antinomias deverão ser harmonizadas através da atuação do intérprete.⁶¹ Ana Paula de Barcellos observa que em situações que tais, quando mais de um dispositivo constitucional incide sobre uma mesma hipótese,

não é possível simplesmente escolher *uma* disposição constitucional em detrimento das demais: o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm mesma hierarquia e devem ser interpretadas de maneira harmônica, não admite essa solução.⁶²

A necessidade de preservação da unidade de sentido da Constituição Federal, como não poderia deixar de ser, é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que se valeu do princípio da unidade para fundamentar a decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2650/DF. Tratava-se de situação em que a Constituição

identificados como princípios. Ocorre que a diferença entre as regras e os princípios não é gradual, mas qualitativa, ou seja, não é grau de importância ou fundamentalidade que os distingue, mas aquilo que se impõe através da prescrição normativa. Assim, as normas-princípio são mandamentos de otimização, isto é, incidem em maior ou menor medida, de acordo com as circunstâncias fáticas e também circunstâncias jurídicas de cada situação concreta. As regras, ao revés, contêm determinações que são inteiramente aplicáveis ou inteiramente inaplicáveis a cada caso em particular. Cf. ALEXY, 2014, p. 85-91.

⁶¹ SILVA NETO, op. cit., p.169.

⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32

utilizava expressões distintas para situações análogas. Da ementa, extrai-se o seguinte excerto:

Esse problema hermenêutico deve ser evitado por intermédio de interpretação que dê a mesma solução para ambos os casos, sob pena de, caso contrário, se ferir, inclusive, a isonomia [...]. O presente caso exige, para além de uma interpretação gramatical, uma interpretação sistemática da Constituição, tal que se leve em conta a sua integralidade e a sua harmonia, sempre em busca da máxima da unidade constitucional, de modo que a interpretação das normas constitucionais seja realizada de maneira a evitar contradições entre elas⁶³

Conforme assevera J. J. Gomes Canotilho, o fato de a Constituição ser um sistema aberto, e resultado de um processo no qual figuraram vários atores sociais, permite a existência de situações de tensão entre as normas constitucionais. Nesse contexto, o princípio da unidade ganha especial relevo, pois se torna uma exigência da *coerência narrativa* do sistema jurídico.⁶⁴

Assim, portanto, no âmbito da proteção constitucional conferida à família, o princípio da unidade tem importância basilar, uma vez que o conteúdo do art. 226 não pode ser interpretado isoladamente, mas em conjunto com as disposições constitucionais que tutelam a pessoa humana.

2.2.2.2 Princípio da máxima efetividade

Em obra dedicada ao princípio da máxima efetividade, Silva Neto proclama que referido princípio funciona “como um judicioso aviso do dever de concretização imposto ao intérprete”.⁶⁵ Em consonância com referido princípio, o aplicador da lei deve buscar sempre a maior eficácia possível da disposição constitucional. Tal princípio se relaciona diretamente com a força normativa da Constituição propugnada por Hesse⁶⁶ e “a disposição de reconhecer os conteúdos da Constituição como

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2650/DF**. Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2011, DJe-218 DIVULG 16-11-2011 PUBLIC 17-11-2011.

⁶⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1183-1184.

⁶⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. São Paulo: LTr Editora, 1999, p. 11.

⁶⁶ Segundo Hesse, a Constituição adquire força ativa se os seus comandos forem efetivamente realizados, através da atuação volitiva e consciente dos aplicadores do direito. O desenvolvimento da força normativa da Constituição, assim, depende não apenas do seu conteúdo, mas também (e

obrigatórios”.⁶⁷

Isso quer dizer que, independentemente de circunstâncias ideais para a sua materialização, deve-se buscar da Constituição, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, a máxima concretude. De fato, como aduz Hesse, é a eficácia da Constituição que conforma a ordem política e social, embora seja também por elas conformada. Trata-se de relação simbiótica, na qual a Constituição é a expressão do dever-ser.

A partir disso, o princípio da máxima efetividade adquire tal relevância que, para Silva Neto, se torna o mais importante princípio da hermenêutica constitucional, “se se quiser visualizar, no mundo físico, os efeitos próprios e esperados pelo constituinte originário quando lançou as bases e o programa da comunidade política”.⁶⁸

Tal princípio é da máxima relevância à proteção constitucional conferida à família, pois se a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, não se poderá admitir outra interpretação ao art. 226 da Constituição Federal que não aquela que entende que o rol de entidades familiares ali descrito é meramente exemplificativo. Ou seja, prevalece o entendimento inclusivo de todas as entidades familiares, pois confere maior eficácia ao princípio de especial proteção do Estado e de realização da dignidade pessoal de cada um dos que a integram.⁶⁹

2.2.2.3 *Princípio da concordância prática*

O princípio da concordância prática, também denominado de cedência recíproca, é o princípio que busca a harmonização dos interesses constitucionalmente tutelados, conferindo-lhes a mesma dimensão de peso. Segundo Manoel Jorge e Silva Neto, o princípio da concordância prática “determina o obrigatório sopesamento e equilíbrio entre os bens constitucionalmente protegidos, tudo à luz do princípio fundamental da

sobretudo) da sua práxis. Cf. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.218.

⁶⁸ SILVA NETO, 1999, p. 30.

⁶⁹ Cf. LOBO, 2002, p. 97.

dignidade da pessoa humana”.⁷⁰ Assim, compatibilizam-se os interesses, sem que haja relação de precedência de um sobre o outro.

Desse modo, tem-se que a aplicação do princípio da concordância prática deve anteceder a atividade de ponderação de interesses. Ou seja, apenas se não for possível a harmonização dos interesses em conflito é que se deve analisar qual deles deve preponderar.

2.2.2.4 Princípio da solidariedade

A solidariedade foi insculpida no texto constitucional pátrio pela primeira vez em 1988.⁷¹ Construir uma sociedade livre, justa e solidária é objetivo fundamental da República brasileira, conforme consta do art. 3º, inciso I da Constituição Federal.

Manoel Jorge e Silva Neto pontua que a solidariedade tem por escopo promover o equilíbrio entre os interesses heterogêneos que compõem o corpo social.⁷² O autor observa, ainda, que a incorporação deste valor no ordenamento brasileiro, em hierarquia constitucional, se deve à inegável contribuição de Leon Duguit. Com efeito, as ideias de Duguit advogavam que os anseios humanos não podem ser realizados, senão através da vida em comunidade.⁷³

Duguit assevera que a solidariedade, em regra, se dá por semelhança ou por divisão de trabalho. Assim, as pessoas colaboram umas com as outras seja porque têm necessidades que só podem ser satisfeitas pela vida em comum, seja porque dependem de serviços recíprocos. Não importa qual o fundamento da solidariedade, “a sociedade apresenta-se tanto mais forte quanto mais estreitos forem os laços de solidariedade entre os seu integrantes”.⁷⁴

Nessa mesma linha de inteligência, Maria Celina Bodin de Moraes aponta que a pessoa

⁷⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **A teoria jurídica do assédio e sua fundamentação constitucional**. São Paulo: LTr, 2012, p. 45.

⁷¹ Cf. SILVA NETO, 2013a, p. 324.

⁷² *Ibid.*, p. 323.

⁷³ DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Tradução: Marcos Pugliesi. São Paulo, Martin Claret, 2009, p.39.

⁷⁴ DUGUIT, 2009, p. 41.

humana não existe como uma célula autônoma, mas inserida num contexto social, de modo que a sua existência não é indiferente à existência das demais. O princípio da solidariedade “identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”.⁷⁵

No direito pátrio, o princípio da solidariedade é frequentemente invocado quando da aplicação de normas tributárias, especialmente aqueles referentes à seguridade social. Nesse sentido, por exemplo, são inúmeras as decisões do Supremo Tribunal Federal a proclamar que o princípio da solidariedade se aplica às contribuições sociais para que estas alcancem a maior amplitude possível, de modo que não se exige uma correlação necessária entre o dever de contribuir e a possibilidade de auferir proveito das contribuições vertidas em favor da seguridade.⁷⁶

No capítulo destinado à Família, à Criança, ao Adolescente e ao Idoso, a Constituição Federal estampou o princípio da solidariedade, especialmente no que diz respeito aos deveres de assistência e amparo à criança e ao idoso, como deveres da família e da sociedade. Do mesmo modo o fez quando imputou aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e aos filhos maiores o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. É a consagração da afirmação de Habermas de que o mesmo respeito a todos e cada um não se refere apenas aos nossos congêneres, mas, especialmente, à pessoa do outro em sua alteridade.⁷⁷ Reconhece-se, assim, o cuidado como valor jurídico, amparado no princípio da solidariedade.⁷⁸

⁷⁵ MORAES, Maria Cleina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco. NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 164.

⁷⁶ Cf. RE 430418 AGR / RS, AI 724582 AgR / SP, RE 475076 AgR / SC, entre outros.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p.7.

⁷⁸ Nessa linha de compreensão, destaque-se a opinião de Jussara Maria Leal de Meirelles: “A funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade e das potencialidades daqueles que a integram é, por certo, a evidência maior dos efeitos concretos do princípio da solidariedade. A família surge, assim, como lugar privilegiado do exercício do cuidado. Não se trata de idealização, como se a família contemporânea fosse mais fraterna e solidária que a família de décadas passadas. Porém, não se pode negar que, por força do princípio da solidariedade, foram criados mecanismos jurídicos que facilitam ou mesmo condicionam ações solidárias”. O Valor Jurídico do Cuidado: Família, Vida Humana e Transindividualidade. III Jornada Interdisciplinar de Pesquisa em Teologia e Humanidades, v.3, n.1. **Anais...** Curitiba, 2013, p. 43.

2.2.2.5 Princípio da Isonomia

O princípio da isonomia aparece expresso logo nos primeiros artigos da Constituição Federal. Com efeito, o art. 3º, inciso IV dispõe que é princípio fundamental da República: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Do mesmo modo, o *caput* do art. 5º também enuncia: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Jean-Jacques Rousseau, em seu Discurso sobre a origem da desigualdade, identifica dois tipos de desigualdade: uma natural, que decorre das diferenças de idade, saúde, forças do corpo e qualidades do espírito; e outra, moral ou política, que, estabelecida ou consentida pelos seres humanos, estabelece em favor de alguns determinados privilégios não extensíveis aos outros, tais como riqueza e poder.⁷⁹ Decerto, é ao segundo tipo de desigualdade que dirige o princípio da isonomia.

Bobbio informa que o conceito de isonomia remonta ao pensamento grego, na Antiguidade clássica⁸⁰, mas foi somente a partir da modernidade, com a enunciação do princípio em diversas constituições⁸¹, que o conceito começou a adquirir universalidade.⁸²

A igualdade perante a lei, tal como enunciada no *caput* do art. 5º pode sugerir, em princípio, que esta igualdade só se apure no momento em que a lei é aplicada. Esta interpretação, porém, é equivocada, pois a igualdade que se reclama se dirige não

⁷⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 159.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Igualdad y Libertad**. Tradução: Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993, p. 71.

⁸¹ A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, que antecedeu a Declaração de Independência norte-americana, a igualdade entre todos os seres humanos e o seu direito à “fruição da vida e da liberdade”, com os meios de “procurar e obter a felicidade e a segurança”. Treze anos depois, as palavras de ordem da Revolução Francesa reforçavam os ideais de liberdade e igualdade. Cf. COMPARATO, 2003, p. 31-32.

⁸² Embora seja possível encontrar nas culturas grega e romana, o reconhecimento de direitos a certas pessoas para além de qualquer lei, bem como se encontre também na concepção cristã o reconhecimento do ser humano, como criação à imagem e semelhança de Deus e sua igualdade decorrente da filiação ao mesmo pai, a verdade é que essas ideias não foram absorvidas pelas instituições políticas e jurídicas da Antiguidade e da Idade Média. Cf. ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales**. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p.1

apenas ao juiz, mas também ao legislador. Nesse sentido, no Supremo Tribunal Federal é pacífico o entendimento de que a igualdade deve ser observada também na atividade normativa (igualdade na aplicação e na criação do direito).⁸³

O direito à igualdade de tratamento, entretanto, não significa “que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção”.⁸⁴ Em verdade, como afirma Manoel Jorge e Silva Neto, a discriminação poderá ser legítima ou ilegítima, conforme resulte de situação fática que a determine, ou não.⁸⁵

Assim, o oferecimento de condições mais favoráveis a um determinado grupo de pessoas que atavicamente se encontram situação desfavorável constitui discriminação legítima. Exemplo disso, é o tratamento dispensado à mulher pela Lei n.º 11.340/06, a Lei Maria da Penha. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a diferenciação busca a igualdade substancial. No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 19/DF, a Ministra Rosa Weber consignou em seu voto:

Às alegações de [...] ofensa ao princípio da igualdade, ao lhe ser conferido, tomada a pessoa da vítima como critério, tratamento processual penal diferenciado, respondeu esta Corte, à primeira, que não haveria falar em ofensa ao postulado isonômico. A situação de desequilíbrio de fato enfrentada pela mulher, e que a Lei Maria da Penha veio enfrentar, justifica o discrimen. [...]

Nessa ordem de ideias, impende ter em mente o amplo reconhecimento do

⁸³ Nesse sentido, destaque-se o seguinte trecho do julgamento do Mandado de Injunção n.º 58/DF, de 1990: “O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordina-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade”. MI 58, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/1990, DJ 19-04-1991 PP-04580. Veja-se, ainda, 23993/PB, RMS 2683 / SP, RMS 11206 / SC, ADI 1350 / RO, AI 360461 AgR / MG

⁸⁴ ALEXY, 2014. p.397

⁸⁵ SILVA NETO, 2013a, p. 690.

fato de que, uma vez marcadas, em uma sociedade machista e patriarcal como a nossa, as relações de gênero, pelo desequilíbrio de poder, a concretização do princípio isonômico (art. 5º, I, da Lei Maior), nessa esfera – relações de gênero – reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio.⁸⁶

Como observa Alexy, a máxima “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” não oferece um critério sobre a medida da igualdade ou desigualdade, de modo que precisar esse critério é uma difícil tarefa para o hermenêuta.⁸⁷ Na análise da igualdade, deve-se apurar a existência de eventual arbitrariedade de tratamento. Onde há arbitrariedade não há igualdade. Segundo o autor alemão, a discriminação será arbitrária e, portanto, contrária ao ordenamento, se não houver um fundamento que a justifique. Esse fundamento, orientado pela ideia de justiça, se inexistente, impõe o dever de tratamento isonômico.⁸⁸

Destarte, o tratamento igual é a regra, visto que é necessário que haja justo motivo para o tratamento desigual. Em resumo, portanto, a igualdade é um princípio “que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos”.⁸⁹⁻⁹⁰

No que se refere à família, a isonomia deve ser verificada tanto interna quanto externamente. Internamente, a igualdade está entre homem e mulher e está entre os filhos, independentemente de origem. Externamente, o dever de isonomia impõe igual proteção aos mais diversos tipos de entidades familiares.

Paulo Lôbo chama a atenção para o fato de que a “igualdade e seus consectários não podem apagar ou desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre as

⁸⁶ ADC 19, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, acórdão eletrônico DJe-080 Divulg 28-04-2014 Public 29-04-2014.

⁸⁷ ALEXY, 2014, p.400.

⁸⁸ Ibid., p.408.

⁸⁹ Ibid., p.411.

⁹⁰ Saulo Casali Bahia defende que a igualdade pode tanto assumir a feição de princípio quanto de regra. Ele aduz: “Com conteúdo e com exigência de confronto em face de razões suficientes para igualização ou desigualização, a *igualdade* ora é um princípio, ora é uma regra. [...] A finalidade da distinção se relaciona à compreensão de que, como princípio ou regra, pode haver o afastamento ou inobservância da *igualdade*, em termos provisórios [...] ou definitivos [...]. Cf. BAHIA, Saulo José Casali. A Igualdade como Direito Fundamental. In: CRUZ, Ariele Chagas; SARMENTO, George; SEIXAS, Taysa Matos (org.). **Direitos Humanos Fundamentais**: estudos sobre o art.5º da Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 2014.

pessoas e entidades”.⁹¹ De fato, homem e mulher são diferentes, assim como são diferentes os filhos e as entidades familiares – sobretudo em tempos de famílias recombinadas. Entretanto, essa diferença não justifica tratamento diferenciado “no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família”.⁹²

O tratamento isonômico entre homens e mulheres – respeitadas as suas particularidades – trouxe profundas mudanças à configuração das famílias. A primeira delas diz respeito ao posicionamento da mulher como sujeito e não objeto de desejo dentro da relação conjugal: ela sai de uma posição submissa para a condição de parceira. A par disso, a sua inserção no mercado de trabalho e nas instâncias de poder modifica as relações parentais, no que tange ao poder familiar e a convivência com os filhos.⁹³

Como lembra Rodrigo da Cunha Pereira, duas normas infraconstitucionais ilustram muito bem a mudança de paradigmas no que diz respeito à isonomia entre homem e mulher em matéria de família: a adoção do patronímico do cônjuge e a guarda compartilhada.⁹⁴ Com efeito, embora a adoção do patronímico do marido já fosse facultativa desde 1977, quando da edição da Lei do Divórcio, apenas em 2003, a partir da vigência do novo Código Civil, é que se tornou possível ao homem, se assim desejar, adotar o sobrenome da esposa. De outra banda, a guarda compartilhada, inserida no ordenamento jurídico em 2008, determina a responsabilização conjunta e o exercício equitativo do poder familiar do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, sendo esta modalidade de guarda a que deve, preferencialmente, ser aplicada pelo juiz na ausência de consenso entre as partes. Muda-se, assim, o paradigma anteriormente dominante de que a guarda dos filhos seria uma atribuição da mãe, em clara inspiração no princípio da isonomia.

2.2.2.6 Liberdade: autonomia e pluralidade

Manoel Jorge e Silva Neto aduz: “A pessoa humana traz como atavismo a condição

⁹¹ LÔBO, 2015, p. 115.

⁹² LÔBO, loc.cit.

⁹³ PEREIRA, 2012, p. 164 e segs.

⁹⁴ Ibid., p. 172-173.

de ser livre. Livre para fazer. Livre para pensar”.⁹⁵ A liberdade, “essa palavra que o sonho humano alimenta”,⁹⁶ de fato, não é fácil de ser definida. Bobbio argumenta que, malgrado seja muito difícil conceituar a liberdade, tentar buscar explicações acerca do que ela consiste não é uma tarefa vã. Para o jurista italiano, dois significados de liberdade têm especial interesse, sob a perspectiva jurídico-política: a liberdade negativa e a liberdade positiva.⁹⁷

Essa distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva foi trabalhada por Isaiah Berlin. Segundo o filósofo, a liberdade negativa é a ausência de impedimentos ao livre agir do indivíduo. Ser livre, portanto, seria não estar sujeito a interferências dos outros.⁹⁸ Já a liberdade positiva pode ser descrita como o efetivo poder de autodeterminação, ou seja, a possibilidade de tomar decisões sem ser determinado pela vontade dos outros. É positiva esta liberdade, porque contém um atributo específico da vontade, que é a capacidade de se dirigir a um determinado objetivo, sem ser impedido.⁹⁹⁻¹⁰⁰

Alexy, no desenvolvimento de sua teoria dos direitos fundamentais, toma por parâmetro apenas a liberdade negativa, pois, segundo ele, a ausência de embaraços à ação do indivíduo é que constitui a liberdade jurídica. À liberdade jurídica se contrapõe a liberdade fática, que é a possibilidade real e efetiva de fazer ou deixar de fazer algo, ou seja, a que considera outros fatores, a exemplo de fatores socioeconômicos.¹⁰¹ Para a garantia da liberdade jurídica, diz ele, “não é necessário um direito a prestações, apenas um direito de defesa”.¹⁰² Assim, o indivíduo é

⁹⁵ SILVA NETO, 2013a, p.707.

⁹⁶ “Liberdade - essa palavra, / que o sonho humano alimenta: / que não há ninguém que explique, / e ninguém que não entenda!” Trecho do poema Romance XXIV ou da Bandeira da Inconfidência, de Cecília Meireles. Cf. MEIRELES, Cecília. **Romanceiro da Inconfidência**. Rio de Janeiro: Letras e Artes, 1965, p. 70.

⁹⁷ BOBBIO, 1993, p. 97.

⁹⁸ BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução: Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Unb, 1981, p. 137-137.

⁹⁹ BOBBIO, op.cit., p.101.

¹⁰⁰ Refere-se aqui à concepção individualista da liberdade positiva e não à coletiva, que é melhor desenvolvida (e criticada) por Berlin. Na concepção individualista, o indivíduo é efetivamente livre quando tem as condições necessárias para se autodeterminar, sendo que, muitas vezes, essas condições devem ser promovidas pelo poder estatal. Cf. CARTER, Ian. Positive and Negative Liberty. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Edward N. Zalta, 2016. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/liberty-positive-negative/>>. Acesso em 23 mai. 2016.

¹⁰¹ ALEXY, 2014, p. 226.

¹⁰² Ibid., p. 223.

juridicamente livre quando possui alternativas de ação, ou seja, quando lhe é facultado escolher entre o fazer e o não fazer, ou seja, quando a ação não é nem proibida, nem obrigatória.

Segundo Alexy, a liberdade deve ser compreendida na acepção mais ampla possível, para proteger não apenas as ações do indivíduo, mas também suas situações jurídicas, que compreendem as diferentes concepções do direito geral de personalidade. Conforme refere o autor, “intervenções em situações e posições jurídicas de um titular de direitos fundamentais sempre afetam indiretamente sua liberdade de ação”¹⁰³ e, por consequência, reduzem a sua capacidade de autodeterminação.

Assim, consectário da liberdade é o conceito de autonomia. O indivíduo que é livre para pensar e para agir (ou não agir) pode determinar-se de acordo com suas concepções, elaborando um plano de vida livre da arbitrariedade e das conveniências de terceiros. Nesse sentido, como realça Roxana Borges, a possibilidade conferida pela autonomia, de as pessoas ordenarem por si mesmas seus próprios interesses nas relações jurídicas estabelecidas com terceiros, constitui “a forma mais intensa, juridicamente considerando, de exercício da esfera de liberdade jurídica que as pessoas têm”.¹⁰⁴

No âmbito das famílias, a liberdade se expressa também com o fim da hierarquização que caracterizava o modelo patriarcal. A valorização de todos os sujeitos que compõem o agrupamento familiar, fortalece a autonomia dos indivíduos e diminui o espaço de intervenção do Estado. Como assinala Pereira, “A intervenção do Estado deve, apenas e tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo”.¹⁰⁵

Essa autonomia é reforçada pela Constituição Federal no próprio art. 226, dedicado à proteção da família. O parágrafo sétimo do referido artigo consigna expressamente

¹⁰³ Ibid., p. 344.

¹⁰⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 48.

¹⁰⁵ PEREIRA, 2012, p.182.

que o planejamento familiar é livre decisão do casal, de modo que, no exercício de sua autonomia, ao casal assiste a escolha de ter ou não ter filhos, de ter quantos filhos desejar e pela forma que lhe aprouver.

Caso emblemático que envolve a liberdade, a autonomia e a privacidade (também como corolário da liberdade) no âmbito da família é o *Griswold v. Connecticut* julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1965. O diretor executivo e o diretor médico da Liga de Planejamento Familiar de Connecticut haviam sido condenados por aconselhar e prescrever contraceptivos a casais que não desejavam ter filhos, com base em uma lei local que criminalizava o uso de qualquer mecanismo de contracepção. Recorrendo à Suprema Corte, Griswold e Buxton reverteram a condenação através do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual, por violação indevida à liberdade e à privacidade familiar. No julgamento o ministro Douglas assentou:

Uma lei como essa não resiste ao princípio da família, tão frequentemente aplicado por esta Corte, que o propósito governamental de controlar ou impedir atividades constitucionalmente sujeitas à regulação estatal não pode se valer de meios que invadam e esvaziam o espaço das liberdades protegidas¹⁰⁶

No Brasil, a proteção da liberdade e da autonomia no âmbito familiar só começou efetivamente a adquirir relevo há pouco menos de 40 anos, com a edição da Lei do Divórcio. Até então, não havia sequer liberdade para a dissolução do casamento, mesmo que esse fosse o desejo de ambos os consortes. A partir de 1988, porém, a Constituição Federal trouxe a democracia também para o âmbito da família, assegurando a liberdade e a autonomia na constituição e desconstituição de entidades familiares, bem como na escolha do projeto de vida familiar.

Essa apropriação da liberdade pelo direito de família também se expressa através de normas infraconstitucionais, dentre as quais se podem enumerar a que permite aos nubentes crescer ou não o sobrenome do outro, a que veda a interferência de

¹⁰⁶ “Such a law cannot stand in light of the familiar principle, so often applied by this Court, that a governmental purpose to control or prevent activities constitutionally subject to state regulation may not be achieved by means which sweep unnecessarily broadly and thereby invade the area of protected freedoms”. Tradução livre. Cf. EUA. Supreme Court. *Griswold v. Connecticut* (No. 496). **Legal Information Institute**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/381/479#writing-USSC_CR_0381_0479_ZD>. Acesso em 24 mai. 2016.

qualquer pessoa na comunhão de vida instituída pela família, a que possibilita a modificação do regime de bens, a que permite a fertilização heteróloga e, ainda, a que permite ao filho recusar o reconhecimento da paternidade.¹⁰⁷

Do mesmo modo, no que diz respeito ao divórcio, este “deixou de ser um drama judiciário, apesar de permanecer, muitas vezes ainda, como drama familiar, e vem perdendo sua qualificação de matéria de ordem pública, na medida em que ganha projeção o acordo dos cônjuges”¹⁰⁸, privilegiando-se sua autonomia, especialmente após o advento da Emenda Constitucional n.º 66, como será visto mais adiante.

Dessa liberdade e autonomia é também conseqüência a pluralidade. O pluralismo de valores é um fato decorrente do oferecimento às pessoas da liberdade para escolher o modo de vida que mais lhes convenha. O respeito à liberdade de escolha contribui para a formação de um ambiente de diversificação de estilos de vida, de interesses e opiniões. “A pluralidade emerge como resultado natural da promoção da tolerância e do oferecimento de um desenho das instituições destinado a proteger as escolhas de planos de vida feitos pelas pessoas”.¹⁰⁹

Destarte, a sociedade pluralista referida desde o preâmbulo da Constituição não prescinde do reconhecimento dos mais variados arranjos familiares como igualmente dignos de proteção, haja vista que a liberdade implica não apenas o direito de constituir (ou não) uma família, mas também o direito de dar a essa família conformação consentânea à própria personalidade.

2.2.2.7 Princípio do melhor interesse da criança: convivência familiar e parentalidade responsável

O princípio do melhor interesse da criança (e do adolescente) não aparece nesses termos na Constituição Federal. A proteção à criança e ao adolescente está

¹⁰⁷ Nesse sentido, confira-se LOBO, 2015, p. 117; MARX NETO, Edgard Audomar; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. A Democratização das Relações Familiares: Casamento e Conciliação entre igualdade, liberdade e responsabilidade. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 19, 2010. Fortaleza. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p.8052-8073.

¹⁰⁸ MARX NETO; MAFRA, 2010, p. 8059-8060.

¹⁰⁹ CASARIN, Júlio César. Isaiah Berlin: afirmação e limitação da liberdade. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 16, n. 30, p. 283-295, Jun. 2008, p.286.

materializada no art. 227 que prescreve ser dever da família – bem como da sociedade e do Estado – assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, os direitos já previstos nos arts. 5º e 7º e, ainda, o direito à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. A nomenclatura que vem sendo utilizada pela doutrina é, na verdade extraída da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, cujo texto original em inglês faz menção a *the best interest of the child*.¹¹⁰

Com efeito, considerando-se a proteção integral conferida pelo art. 227 da Constituição, não há qualquer incompatibilidade em nominar o princípio como melhor interesse da criança, mesmo porque o sobredito art. 227 coloca os direitos da criança e do adolescente em patamar prioritário.

A proteção integral e com absoluta prioridade da criança e do adolescente, coerente com o postulado da dignidade da pessoa humana e da igualdade, revela uma mudança paradigmática que os alça à condição de efetivos sujeitos de direitos,¹¹¹ repercutindo tal mudança também nas relações de parentalidade. Assim, o pátrio poder antes exercido pelo pai, chefe da família, converte-se em poder familiar, verdadeiro poder-dever, exercido conjuntamente pelos pais, no interesse dos filhos. Não se trata, pois, de direito subjetivo, mas, antes, de verdadeira função dos pais no exercício da proteção determinada constitucionalmente.

Em atenção ao melhor interesse da criança, assegura-se-lhe o direito à convivência familiar. Tal direito, com natureza jurídica de princípio, visa a preservar laços afetivos, bem como a fornecer ao menor a estabilidade e a segurança necessárias à sua formação integral. Como observa Paulo Lobo, a convivência familiar não pressupõe necessariamente a adstrição a um determinado espaço físico, mas não dispensa a referência a um ambiente de acolhimento e pertencimento, especialmente para as crianças.¹¹²

¹¹⁰ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, ano 60, n. 236, jan-jun. 2011, p. 161-182.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² LOBO, 2015, p. 122.

Na busca da efetivação desse princípio caminharam alguns dispositivos infraconstitucionais, especialmente aqueles que privilegiam a guarda compartilhada, a preservação dos vínculos afetivos em detrimento da família natural nos casos de adoção, e os que buscam coibir a prática da alienação parental.

Ainda no que concerne ao melhor interesse da criança, não é possível dissociá-lo do princípio da parentalidade responsável,¹¹³ previsto no § 7º do art. 226 e também no art. 229.

Segundo Farias e Rosenvald, o escopo primeiro do princípio é “evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção”.¹¹⁴ Mas, para além de condições econômicas, a parentalidade responsável pressupõe a responsabilidade por todos aqueles direitos conferidos pela proteção integral à criança. Nesse sentido é ilustrativa a disposição contida no parágrafo único do art. 27 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que prescreve que é dever da família (juntamente com o Estado e a sociedade) assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação, sendo considerados, ainda, especialmente vulneráveis a criança e o adolescente.

Mais incisivo é o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, visando à efetivação dos comandos constitucionais, prescreve, quanto às medidas de proteção, a observância da responsabilidade parental, para que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente.

¹¹³ Embora o texto constitucional se refira à paternidade responsável, adota-se aqui a terminologia parentalidade, por se referir esta expressão ao estado ou condição de quem é pai ou mãe. O termo (*parenthood*) foi inicialmente cunhado por Thomas Benedekt nos Estados Unidos na década de 50, para descrever o processo psicológico dos genitores ao tornarem-se pais. Posteriormente, em 1961, o psicanalista francês Paul Racamier usou a expressão *parentalité* para designar patologias puerperais. René Clement em 1985 definiu a parentalidade como o complexo de processos psíquicos, conscientes ou não, envolvidos na experiência do tornar-se pai/mãe. Cf. VIDIGAL, Miza Maria Barreto de Araújo; TAFURI, Maria Izabel. Parentalização: uma questão psicológica. **Latin-American Journal of Fundamental Psychopathology Online**. v. 7, n. 2, p. 65-74, novembro de 2010.

¹¹⁴ FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 135.

2.2.3 A Fundamentalidade do Direito à Família

Fixados alguns contornos acerca dos parâmetros constitucionais das famílias contemporâneas, cumpre perquirir se é possível falar em um direito amplo à família e se tal direito, acaso existente, pode ser considerado um direito fundamental.

Como visto, a tipologia constitucional das famílias põe fim a qualquer tipo de hierarquia ou discriminações que diferenciem as famílias e seus membros com base em critérios de legitimidade. A principiologia analisada demonstra que no exercício da sua liberdade, que inclui o direito de se autodeterminar e realizar a própria dignidade, a pessoa humana tem o direito de participar de e/ou constituir uma família – que merecerá a mesma proteção que qualquer outra, ainda que de diferentes configurações. É possível, assim, falar-se na existência de um direito constitucional à família.

As normas que tutelam as famílias na Constituição Federal, entretanto, topograficamente não se encontram no título destinado aos direitos e garantias fundamentais, mas naquele dedicado à ordem social. Embora haja algum consenso de que, atendido o requisito formal, qual seja, a identificação dos direitos fundamentais nos documentos constitucionais de cada nação, não há dúvidas quanto a sua fundamentalidade, o mesmo não se pode dizer quando o texto da norma não é tão claro.

Conforme afirma Ferrajoli, “a previsão de tais direitos por parte do direito positivo de determinado ordenamento é, de alguma maneira, condição da sua existência ou vigor naquele ordenamento, mas não incide sobre o significado do conceito de direitos fundamentais”.¹¹⁵ Desse modo, no que tange ao conteúdo de direitos fundamentais, o aspecto formal não é suficiente, podendo ser, inclusive, acrítico e indiferente à realidade.¹¹⁶

Nessa linha de intelecção, Manoel Jorge e Silva Neto defende que a topografia de um

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 10.

¹¹⁶ MIRANDA, 2000, p. 11.

direito no texto constitucional não é requisito para a atribuir-lhe fundamentalidade. Assim, tratando, por exemplo, do direito de greve do servidor público, ele aduz: “O direito de greve – pouco importando a sua localização topográfica na Constituição, esteja onde estiver – deverá ser incluído no rol dos direitos fundamentais dos trabalhadores, quer do setor público, quer do setor privado”.¹¹⁷

Partindo da premissa de que, de fato, o caráter de fundamentalidade não pode estar desvinculado da realidade posta, Raoni Bielschowsky defende que a estipulação de direitos fundamentais está necessariamente vinculada “ao arcabouço axiológico da cultura do constitucionalismo, [...] preenchido pela premissa cultural antropológica da Dignidade da Pessoa Humana”.¹¹⁸

Jorge Miranda acrescenta, ainda, que a partir do momento em que a ordem constitucional incorpora certos valores, ao legislador não é mais dado o poder de disposição de certos direitos, antes, ao contrário, lhe é dada a possibilidade de reconhecer novos direitos coerentes com esses valores.¹¹⁹

Desse modo, a fundamentalidade de um direito não reside apenas na decisão formal do legislador, mas na aproximação material existente entre esse direito e “o parâmetro normativo do Estado Democrático de Direito, que racionaliza sua própria premissa cultural antropológica”,¹²⁰ qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, a família, enquanto célula *mater* da sociedade e primeiro núcleo de desenvolvimento da pessoa, recebe especial proteção do legislador constituinte, consagrada no art. 226 da Constituição Federal. A topografia dessa proteção, entretanto, não deixa patente a jusfundamentalidade do bem jurídico família, de modo que não é comum na doutrina a referência a um “direito fundamental à família”.

Sergio Resende de Barros, reconhece o direito fundamental à família, no qual se inclui

¹¹⁷ SILVA NETO, 2013a, p. 521.

¹¹⁸ BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Notas sobre a jusfundamentalidade: ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 52 n. 208 out./dez. 2015, p. 87.

¹¹⁹ MIRANDA, op. cit., p. 12.

¹²⁰ BIELSCHOWSKY, op. cit., p. 94.

o exercício de todos “os poderes-deveres que interagem nos grupamentos familiares, a fim de proteger aí a humanidade desde o nascituro até ao mais idoso dos sujeitos”.¹²¹ No mesmo sentido, Marx Neto e Mafra defendem a existência de um verdadeiro direito fundamental à família como decorrência do texto constitucional e “uma forma de direito à felicidade implicitamente garantida pelo Estado”¹²² e Carbonell aduz que o estudo da família pertence à órbita do direito constitucional e, mais concretamente, ao campo dos direitos fundamentais.¹²³

Com efeito, como observa Luhmann, o contexto completo do direito fundamental à família ainda não foi reconhecido pela dogmática, senão enquanto desdobramento dos direitos fundamentais à dignidade, à liberdade e à igualdade. Entretanto, assevera o sociólogo alemão, somente uma análise da nova sociologia familiar é capaz de dimensionar “em que medida a família pertence a esse circuito de direitos fundamentais”.¹²⁴

¹²¹ BARROS, Sergio Resende. **Direitos Humanos e Direito de Família**. Palestra proferida no dia 29 de agosto de 2003, na XII Jornada de Direito de Família. Disponível em: < <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont> > Acesso em 18 abr.2016.

¹²² MARX NETO; MAFRA, 2010, p. 8054.

¹²³ CARBONELL, 2006, p. 81.

¹²⁴ LUHMANN, Niklas. **Los Derechos Fundamentales como Institución**: Aportación a la sociología política. Universidad Iberoamericana, 2010, p. 200.

3 RESTRIÇÕES À AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A admissão de um direito fundamental à família como um direito geral (a exemplo do direito geral de liberdade) implica o reconhecimento da possibilidade da livre constituição, não constituição e desconstituição de família, bem como da proteção de posições jurídicas do sujeito na família, tais como a posição de cônjuge, titular do poder familiar etc.

Com efeito, como afirma Häberle, os direitos fundamentais em sua dupla significação representam os valores supremos de um ordenamento, ao mesmo tempo em que ocupam a destacada função de garantidores do *status libertatis*. Assim, “os direitos fundamentais são, de um lado, expressão de um ordenamento de liberdade já realizado e, simultaneamente, são pressuposto para que esse ordenamento se reconstitua uma e outra vez através da atuação livre de todos”¹²⁵

Assim, o direito fundamental à família realiza o valor família enquanto base da sociedade, ao mesmo tempo em que garante às pessoas o exercício desse direito, como acima informado, como instrumento de concreção de sua autonomia e dignidade.

Trata-se, portanto, de direito fundamental com suporte fático amplo, mas, é claro, não imune a delimitações. Em capítulo dedicado às restrições aos direitos fundamentais, Alexy inicia sua explanação apontando que a restrição a um direito fundamental é uma ideia facilmente apreensível, “quase trivial”.¹²⁶ Essa facilidade de compreensão talvez decorra do fato de que “há muito já se ultrapassou, no sistema da ciência do direito, a fase dos denominados ‘direitos absolutos’.”¹²⁷ A grande questão que diz respeito a tais restrições, especialmente na seara familiarista, está na delimitação de seu conteúdo e extensão.

¹²⁵ HÄBERLE, Peter. **La Garantia del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales**. Tradução Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, p. 7, tradução nossa.

¹²⁶ ALEXY, 2014, p.276.

¹²⁷ SILVA NETO, 2013a, p.674. Prossegue o autor: “Mesmo que dado direito fundamental esteja previsto sem qualquer contenção firmada pelo legislador constituinte originário, isso não deve engendrar conclusão de que poderá ser exercido sem peias ou limites, principalmente porque a ideia poderia reconduzir à prevalência absoluta de um direito fundamental em face de outro, também protegido pela Constituição, redundando, assim, em ofensa aos princípios da unidade e da concordância prática”.

Na medida em que os direitos fundamentais formam um sistema unitário de garantias componentes do projeto constitucional, pode-se afirmar que eles estão em condicionamento recíproco com outros bens também de natureza jurídico-constitucional. Disso se depreende que seu conteúdo e seus limites se determinam com observância de outros bens jurídico-constitucionais tutelados junto com eles.¹²⁸

Nesse sentido é de observar, como assinala Manoel Jorge e Silva Neto, que, ainda que o direito esteja previsto sem nenhuma contenção no texto constitucional, isso não significa que ele possa ser exercido sem qualquer limitação, caso contrário, estar-se-ia a admitir a possibilidade de precedência absoluta de um direito fundamental sobre outro direito igualmente fundamental.¹²⁹

Preliminarmente, cumpre esclarecer que, para os escopos deste trabalho não se fará uma distinção entre as diferentes terminologias adotadas para se referir à intervenção do Poder Público nos direitos fundamentais, sendo a tipologia mais comum a que distingue restrição de regulamentação. Isso porque, como observa Jorge Reis Novais, por mais que seja possível estabelecer conceitos autônomos para regulamentação e restrição, naquela “está também presente, ainda que mediatamente orientada àquele fim, uma intenção restritiva, pelo que não é fácil determinar se – ou a partir de que intensidade – a realização dessa intenção produz efeitos e se constitui em intervenções restritivas”.¹³⁰

Para fins conceituais, pode-se, portanto, adotar a definição de Novais, para quem, em termos genéricos, a restrição pode ser conceituada como qualquer ação ou omissão do poder público que afete o direito fundamental de modo desvantajoso. Aí se incluem tanto os atos que dificultam o acesso pleno ao bem jurídico tutelado quanto aqueles que enfraquecem os deveres e obrigações do Estado que se destinam à garantia do direito fundamental.¹³¹

¹²⁸ HABERLE, 2003, p.33.

¹²⁹ SILVA NETO, 2013a, p. 674.

¹³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.177.

¹³¹ *Ibid.*, p.157.

Como lembra Ingo Sarlet, é certo que “todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção.”¹³²

3.1 TUTELA CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada pode ser conceituada como a capacidade de autodeterminação, ou seja, a capacidade da pessoa humana de determinar o seu próprio comportamento. Essa conceituação, como explica Sarmento, abrange desde as escolhas existenciais até as mais cotidianas, passando também, é claro, pelas decisões de conteúdo patrimonial.¹³³ Essa autonomia recebe proteção constitucional, na medida em que deriva do reconhecimento da dignidade humana e da sua liberdade.¹³⁴

Mas, se a autonomia privada é um dos componentes da liberdade, atributo do homem enquanto ser dotado de razão e capaz fazer as próprias escolhas,¹³⁵ tem-se que ela deverá ser exercida dentro das fronteiras estabelecidas pela lei, pela moral, pela ordem pública e pelos bons costumes, equilibrando-se, de um lado, o interesse do indivíduo e, de outro, o interesse dos demais indivíduos.¹³⁶

Ora, a autonomia privada, como qualquer outro direito, não é absoluta: esbarra especialmente na idêntica cota de liberdade conferida aos demais indivíduos. Assim, a autonomia é a liberdade de agir lícitamente, liberdade de escolha e atuação da pessoa enquanto ser social. Desse modo, essa autonomia, exercida no âmbito da convivência em sociedade, deverá ser orientada pela preservação da dignidade e “por outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito”,¹³⁷ no qual a ordem pública estabelece a supremacia da sociedade sobre o indivíduo.

¹³² SARLET, 2012, p.362.

¹³³ SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada. In: PEIXINHO; GUERRA; NASCIMENTO FILHO, 2006, p.222.

¹³⁴ No mesmo sentido se posiciona Francisco Hupsel, para quem no princípio da dignidade humana “pulsa, também, um aspecto positivo que confere à pessoa humana o poder de sua autodeterminação, inclusive com a remoção de obstáculos que impeçam uma vida digna”. Cf. HUPSEL, Francisco. **Autonomia Privada na Dimensão Civil-Constitucional**: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 87.

¹³⁵ SARMENTO, op. cit., p. 230.

¹³⁶ BORGES, 2007, p.56.

¹³⁷ SARMENTO, op. cit., p. 231.

Há que se ter cautela, porém, quanto à acepção dessa supremacia. A sociedade a que se refere é a sociedade sob a perspectiva solidarista, em que a igualdade substancial é objetivo, um corpo sólido “em que todas as partes se sustentam”.¹³⁸ A moral e os bons costumes, embora relevantes para o exercício da autonomia, tratando-se de conceitos abertos, devem ser interpretados de forma restritiva, de modo a não deixar a tutela da personalidade a cargo da exclusiva vontade da maioria.¹³⁹ Nesse sentido, destaquem-se as palavras de Sarmento:

[...] quando se pensa hoje em liberdade, não se deve limitar o horizonte à opressão que pode ser desencadeada pelo Estado. A sociedade e as múltiplas relações de poder que nela se instauram também podem cercear a liberdade humana, de forma por vezes muito mais despótica e irrefreável do que os poderes públicos teriam condições de fazer.¹⁴⁰

A autonomia privada permite ao indivíduo a consecução de um projeto de vida adequado à sua busca pela felicidade, à sua realização existencial e ao livre desenvolvimento da personalidade. Enxerga-se, assim, essa capacidade de autodeterminação como verdadeiro elemento instrumental da dignidade humana.

Porém, na medida em que os sujeitos são iguais em dignidade, pode-se dizer que são, ao mesmo tempo, titulares e destinatários¹⁴¹ dessa dignidade. Desse modo, a fim de proteger a esfera de dignidade dos indivíduos, é imperioso limitar o poder de autodeterminação de outros indivíduos reciprocamente. Parece claro, portanto, que a liberdade de autodeterminação pode não se realizar de forma absoluta. Para se chegar a esta conclusão, basta imaginar todas as possibilidades de exercício do

¹³⁸ COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 69. Prossegue o autor: “Em suma, a solidariedade é antes de tudo o fato de uma coesão, de uma interdependência, de uma comunidade de interesses ou de destino. Ser solidários, nesse sentido, é pertencer a um mesmo conjunto e partilhar, conseqüentemente – quer se queira, quer não, quer se saiba, quer não – uma mesma história. Solidariedade objetiva, dir-se-á: é o que distingue o seixo dos grãos de areia, e uma sociedade de uma multidão.”

¹³⁹ BORGES, 2007, p. 65.

¹⁴⁰ SARMENTO, 2006, p.227.

¹⁴¹ Adota-se aqui a concepção de Ingo Sarlet, segundo a qual “Titular do direito, notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.188.

direito à liberdade. Não é difícil perceber que a criação e a manutenção de um estado global de liberdade implicam também o sacrifício de liberdades.

3.2 PONDERAÇÃO DE INTERESSES COMO CRITÉRIO DE RESTRIÇÃO

A autonomia privada, como afirmado alhures, compreende a capacidade da pessoa humana de gerir a sua própria vida segundo seus desejos. Essa capacidade abrange de escolhas banais a escolhas complexas, escolhas patrimoniais e escolhas existenciais. Diante da diversidade de situações acobertadas pelo manto da autonomia, é relevante advertir que o ordenamento jurídico não valora todas na mesma medida. Como afirma Sarmiento, “[e]xistem dimensões desta autonomia que ostentam superior importância, por serem consideradas mais relevantes para a garantia e promoção da dignidade da pessoa humana”.¹⁴²

A passagem do Estado liberal para o Estado social, marcada pelas atrocidades das grandes guerras do início do século XX, deslocou o eixo de proteção à pessoa do seu patrimônio para a sua personalidade. Esse fenômeno de despatrimonialização do direito – notadamente do direito civil – permitiu a primazia do ser sobre o ter e a propriedade deixou de ser um fim em si mesma para cumprir uma função social. Demais disso, nessa perspectiva, “os interesses da sociedade se sobrepõem aos do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana”.¹⁴³

Assim, verifica-se que quanto maior o conteúdo patrimonial do exercício da autonomia privada, maior será a sua possibilidade de limitação, em razão da função social da propriedade; ao revés, quanto maior o conteúdo existencial do exercício da autonomia, menor deverá ser a incidência das limitações. Destarte, enquanto a propriedade e a autonomia contratual devem ser exercidas conforme os limites da função social e da boa-fé objetiva, os direitos fundamentais que se referem ao livre desenvolvimento da personalidade têm por parâmetro a régua da dignidade humana.

¹⁴² SARMENTO, 2006, p. 233.

¹⁴³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 364.

Para se analisar as possibilidades de restrição da autonomia privada enquanto exercício do direito geral de liberdade, o referencial a ser utilizado será o da teoria externa das restrições aos direitos fundamentais. Explica-se:

A teoria interna das restrições aos direitos fundamentais entende que os limites ao exercício de um direito são intrínsecos ao próprio direito, daí a designação terminológica que lhe foi atribuída. Assim, o direito e sua restrição não são duas coisas distintas,¹⁴⁴ mas elementos imbricados de uma coisa só, de modo que “a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatores externos”.¹⁴⁵

Esses limites, tais como concebidos pela teoria interna, são chamados de limites imanentes. Tomando-se por empréstimo expressões típicas dos Direito Civil, pode-se dizer que o exercício do direito dentro de tais limites é um exercício regular do direito, ao passo que, ultrapassado o território dos limites imanentes, configura-se o abuso de direito.

Dentro dessa lógica, todos os limites ao exercício de um direito fundamental são limites imanentes, de modo que qualquer restrição ao seu conteúdo, operada pelo Poder Público, tem efeito meramente declaratório e não constitutivo.

Desse modo, segundo Virgílio Afonso da Silva, se se adota a perspectiva da teoria interna, os direitos terão sempre a conformação de regras. Isso porque, uma vez supostamente estabelecidos internamente os precisos contornos do exercício do direito, a norma que o estabelece incide no modo tudo ou nada.¹⁴⁶ Não há, assim, espaço para o sopesamento.

Como bem observa Zanon Junior,

A teoria também apenas aparentemente esvazia a necessidade de ponderação entre direitos constitucionais em oposição. Isto porque, em verdade, o que ocorre é simplesmente um deslocamento do sopesamento, outrora situado no debate sobre um direito e a sua restrição, para o âmbito

¹⁴⁴ SILVA, 2014, p.128.

¹⁴⁵ Ibid. p.129.

¹⁴⁶ Isso não significa, porém, que a construção da teoria interna implique a admissão da existência de direitos fundamentais absolutos, pois os limites de tais direitos são definidos, implícita ou explicitamente, pela Constituição. Cf. SILVA, op. cit., p.131.

interno da norma, no nível da definição dos exatos limites dos direitos fundamentais. E tal deslocamento é desaconselhável, porque implica anacronismo e conservadorismo alheios à plasticidade das relações sociais e econômicas, ao tornar imprescindível a fixação de um específico limite para o direito que, posteriormente, pode apresentar-se severamente restritivo de uma prerrogativa humana, bastando que o caso concreto tenha circunstâncias diferentes.¹⁴⁷

Endossando entendimento semelhante, Virgílio Afonso enfatiza a dificuldade de se definir o que está e o que não está protegido dentro de cada norma de direito fundamental à luz da teoria interna,¹⁴⁸ semelhantemente ao que ocorre com a teoria do suporte fático restrito dos direitos fundamentais.¹⁴⁹

Assim, portanto, considerando-se a linha de intelecção da teoria interna, “fatores de origem externa, como é o caso de restrições decorrentes da colisão entre princípios, são sempre excluídos”,¹⁵⁰ inviabilizando a coexistência de limites imanentes com a exigência de sopesamento.

Para além da impossibilidade, Virgílio Afonso conclui que, no âmbito da teoria interna, não há sequer a necessidade do sopesamento, visto que as colisões deixam de existir.¹⁵¹ Alexy consegue demonstrar essa conclusão em uma hipótese simples: se existe um direito que garante (definitivamente) que determinado comportamento seja facultativo, qualquer norma que venha a impor a obrigatoriedade ou a proibição deste mesmo comportamento não estará restringindo o direito, mas violando-o.¹⁵²

Não há, pois, espaço para a ponderação.¹⁵³ Ocorre, porém, que o conceito de

¹⁴⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Sobre a possibilidade de limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais independente de autorização constitucional expressa. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, v.2, n.21, jan/jun. 2012, p.6-7.

¹⁴⁸ SILVA, 2014, p.133.

¹⁴⁹ O autor observa que: “A característica principal das teorias que pressupõem um suporte fático restrito para as normas de direito fundamental é a não-garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas”. Cf. SILVA, op. cit., p. 79-80. Vale destacar, entretanto, que, segundo o autor, a relação entre a teoria do suporte fático restrito e a teoria interna não é uma vinculação necessária e nem mesmo frequente. *Ibid.*, p.158.

¹⁵⁰ SARLET, 2012, p.364.

¹⁵¹ SILVA, op. cit., p.165.

¹⁵² ALEXY, 2014, p.279.

¹⁵³ Martin Borowski defende que a teoria interna se aplica aos direitos estruturados como regras, ao passo que a teoria externa se aplica aos direitos estruturados como princípios. Cf. BOROWSKY, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 30.

autonomia privada, como expressão do direito geral de liberdade e elemento típico da concreção da dignidade humana é por demais amplo para se conseguir precisar a existência de limites imanentes, de modo que somente na avaliação do caso concreto é que se pode apurar se houve uma restrição legítima ou se se feriu o seu conteúdo.

De outro modo, a teoria externa compreende o direito e suas restrições como objetos distintos: existe o direito e existem as restrições. As restrições não afetam o conteúdo do direito, mas apenas o seu exercício. Isso ocorre porque o direito fundamental em si é, *prima facie*, um direito ilimitado que, a depender das particularidades do caso concreto, será limitado pelas restrições que, repita-se, lhe são extrínsecas.¹⁵⁴ Daí sua melhor adequação à análise que se pretende realizar.

A relação entre direito e restrição nasce a partir da necessidade de equacionar a proteção a diferentes bens jurídicos.¹⁵⁵ Como observa Alexy, “restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais.”¹⁵⁶ Por outro lado, as restrições são também normas jurídicas e, para que elas tenham o condão de limitar o exercício de um direito fundamental, precisam guardar compatibilidade com a Constituição.¹⁵⁷

Ingo Sarlet observa que, na medida em que se baseia na distinção de regras e princípios proposta por Alexy, “a teoria externa acaba sendo mais apta a propiciar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais”.¹⁵⁸

Mas, sendo as restrições estipuladas através de normas, tem-se que as restrições a direitos fundamentais, desde que compatíveis com a Constituição, poderão ocorrer tanto através de normas com natureza de regras quanto através de normas com natureza de princípio. Como informa Virgílio Afonso, usualmente, as restrições se operam por meio de regras de hierarquia infraconstitucional. Assim, por exemplo, a

¹⁵⁴ Cf. SILVA, 2014, p.138 e SARLET, 2012, p.364.

¹⁵⁵ Segundo Ingo Sarlet, a teoria externa “não afasta a possibilidade de direitos sem restrições, visto não haver uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição.” Loc.cit.

¹⁵⁶ ALEXY, 2014, p.281.

¹⁵⁷ ALEXY, loc. cit.

¹⁵⁸ SARLET, op. cit., p. 364.

regra proíbe alguma conduta que *prima facie* é permitida pelo direito fundamental,¹⁵⁹ como acontece, por exemplo, na situação de restrições ao direito de propriedade estabelecidas pelo plano diretor do município ou no impedimento de pessoas casadas contraírem novo matrimônio.

Nessas hipóteses, o autor chama a atenção para o fato de que a colisão apenas aparentemente se dá entre a regra (ex: limitação do direito de construir, proibição de casar) e o princípio (ex: direito de propriedade, autonomia privada), posto que a própria regra já é resultado de uma atividade preliminar de sopesamento entre princípios (nos exemplos trazidos, colidem o direito de propriedade e a supremacia do interesse público; a autonomia privada e a regra da monogamia).

Ainda de acordo com a construção da teoria externa, as restrições a direitos fundamentais poderão também ocorrer através da colisão direta entre princípios. Segundo Alexy,

Um princípio é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou um não direito definitivo de igual conteúdo.¹⁶⁰

No caso de conflito direto entre princípios, a restrição será realizada por meio da atividade judicante. A decisão judicial que estabelecer a precedência de um princípio sobre outro, restringindo o direito, terá a estrutura de regra.¹⁶¹

Situação clássica de conflito direto entre dois princípios, é a que diz respeito à zona nebulosa que se situa entre a liberdade de expressão e comunicação e a proteção à honra, à intimidade e à vida privada dos indivíduos. Na casuística pátria, pode-se tomar como exemplo – entre tantos – a ação promovida pela atriz de televisão Carolina Dieckmann contra a emissora Rede TV por matérias veiculadas no programa "Pânico na TV". No caso, a atriz alegou que teve sua vida privada e familiar violada, ao ser diuturnamente importunada em seus afazeres diários pelos humoristas integrantes do programa. Segundo a atriz, a situação se tornou insustentável quando

¹⁵⁹ SILVA, 2014, p.141.

¹⁶⁰ ALEXY, op. cit., p.284-285.

¹⁶¹ SILVA, op. cit., p.143.

os humoristas posicionaram um guindaste em frente ao condomínio onde ela mora e tentaram filmar o seu apartamento, onde residem, inclusive, seus filhos menores. Na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que confirmou a sentença de primeiro grau, restou consignado que o direito à intimidade da atriz prevalece sobre a liberdade de expressão, mesmo porque a sua imagem sofreu “exposição desnecessária, sem intuito jornalístico ou de informação, mas simplesmente humorístico-jocoso”.¹⁶²

Verifica-se, pois, que do sopesamento realizado no caso concreto acima narrado, restou consignado que o direito fundamental à liberdade de expressão se torna um não-direito em face das limitações trazidas pelo direito fundamental à honra e à intimidade.

Do mesmo modo, interessante conflito de princípios que ocorre na seara familiarista se dá entre o direito à família e o princípio do melhor interesse da criança nas adoções *intuitu personae*. Com efeito, conforme afirmado no capítulo anterior, é possível falar em um direito fundamental à família que abrange o direito de participar de e/ou constituir uma família, incluído aí, por óbvio, o direito à procriação¹⁶³ e à adoção. Pois bem. O direito à adoção, como corolário do direito fundamental à família, é exercido conforme prescrições da Lei n.º 12.010/2009, a qual estipula a obrigatoriedade de um cadastro de postulantes à adoção e de crianças e adolescentes em condições de serem adotados. Ocorre que a adoção *intuitu personae* subverte, ou melhor, desconsidera os postulantes cadastrados, na medida em que a criança, por liberalidade da família biológica, é entregue a outra família de sua escolha.

Em *leading case* que chegou ao Superior Tribunal de Justiça, a mãe biológica da criança, logo após o seu nascimento, compareceu em Juízo, onde manifestou expressamente a vontade de consentir a doação de sua filha para adoção por um casal então identificado. O magistrado plantonista autorizou a permanência da menor, sob a guarda do casal, mas, posteriormente, o Juízo da Infância determinou a busca e apreensão da menor e a sua guarda foi deferida a outro casal constante do Cadastro Nacional de Adoção, que buscou afastar a possibilidade da adoção *intuitu personae*.

¹⁶² TJRJ, Apelação Cível nº 2007.001.15019 e 2007.001.15027 (julgamento em conjunto).

¹⁶³ Quanto ao direito constitucional à procriação, confira-se SILVA NETO, 2013a, p. 941.

Em seu voto, o relator, Ministro Massami Uyeda, asseverou que o procedimento para adoção não se sobrepõe ao princípio do melhor interesse da criança, determinando a imediata entrega da menor ao primeiro casal, bem como a realização de estudo psicossocial e a manifestação do Ministério Público. Argumentou o ministro:

Tem-se, entretanto, que, em tese, não foi levado em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante. Dever-se-ia, preponderantemente, perscrutar o estabelecimento por parte da criança de vínculo afetivo com os ora agravados, que, se presente, torna legítima, indubitavelmente, a adoção intuitu personae.¹⁶⁴

Assim, o registro de pessoas interessadas na adoção e a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Havendo laços de afeto entre a criança e os postulantes à adoção, estes laços haverão de prevalecer, notadamente em face da prevalência do princípio do melhor interesse da criança, mesmo que os pretensos adotantes não se encontrem sequer registrados no cadastro pertinente. Então, em condições que tais, o melhor interesse da criança e o seu direito à convivência familiar estarão em uma relação de precedência em face do direito à adoção de casal que, embora constante do Cadastro Nacional de Adoção, teve sua posição preterida.

3.3 ESPÉCIES DE RESTRIÇÕES

Assumida neste trabalho a opção pela teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, tem-se que essas restrições são elementos extrínsecos ao direito restringível e são, elas mesmas, normas, que podem assumir a natureza de regras ou princípios. Mas, para além de tipificar as normas restritivas em regras ou princípios, é possível classificá-las de acordo com a sua fundamentação constitucional. Ora, se os direitos fundamentais são normas de hierarquia constitucional, a sua delimitação só terá validade se fundamentada em normas de mesma hierarquia.

De acordo com J. J. Gomes Canotilho, essas restrições podem ser divididas em: restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Medida Cautelar n.º 15.097/MG**, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 05/03/2009, DJe 06/05/2009.

(reserva de lei restritiva) e restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.¹⁶⁵

3.3.1 Restrições diretamente constitucionais

Segundo Canotilho, a restrição a um direito fundamental é diretamente constitucional quando “é a lei constitucional que, de forma expressa, procede a um primeiro recorte restritivo do conteúdo juridicamente garantido de um direito fundamental”.¹⁶⁶

Essas restrições são facilmente identificáveis quando posicionadas em cláusula de exceção contida no próprio dispositivo que assegura o direito,¹⁶⁷ como ocorre no inciso XI do art. 5º (*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*) ou no inciso XXXIII do art. 7º (*proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos*).

Cumprido ressaltar, entretanto, que as restrições diretamente constitucionais podem estar dispostas em qualquer parte do texto constitucional. Ingo Sarlet exemplifica:

A título de exemplo, cita-se [...] o direito fundamental à inviolabilidade de correspondência (art. 5º, XII, CF), visto que, apesar de previsto como não sujeito a restrição no dispositivo referido, a inviolabilidade em princípio assegurada poderá ser temporária e excepcionalmente condicionada nas hipóteses de

¹⁶⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.450.

¹⁶⁶ Id., loc.cit.

¹⁶⁷ A previsão da restrição no dispositivo mesmo que estipula o direito não é incoerente com a teoria externa, já que não se trata de limite imanente, mas de limite expressamente colocado pelo legislador constituinte originário. Konrad Hesse, nessa hipótese até se refere a uma *imanência*, mas não se trata, porém de filiação à teoria dos limites imanentes como se depreende da leitura do texto: “Segundo a Constituição, as limitações resultam, em primeiro lugar, da própria *Lei Fundamental*. Isto pode constar *imanentemente* na própria norma de garantia (por exemplo, limitando a proteção da liberdade de assembléia para reuniões pacíficas (art. 8.1 GG)) ou em outras normas constitucionais, seja expressamente (art. 9.2 GG, segundo o qual estão proibidas as associações cujos fins ou atividades sejam contrárias às leis penais ou se dirijam contra o ordenamento constitucional ou o ideal do entendimento entre os povos), seja pela própria matéria, em direito fundamental, por outros direitos ou quaisquer outras normas constitucionais (por exemplo, pelo direito geral da personalidade (art. 2.1, em relação ao art. 1.1 GG) à liberdade de expressão (art. 5.1 GG)). Cf. HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

estado de defesa e de estado de sítio (art. 136, § 1º, I, b; art. 139, III), expressamente previstas na Constituição.¹⁶⁸

Ainda no que tange às restrições diretamente constitucionais, Alexy faz importante observação: as restrições, quando posicionadas em cláusula de exceção contida no próprio dispositivo que assegura o direito, podem levar à compreensão de que se trata não de uma restrição ao direito fundamental, mas de que existam limites no interior dos direitos fundamentais ou *limites iminentes*. Essa compreensão é possível desde que se concorde com a teoria interna. Nesse caso, as restrições diretamente constitucionais não seriam restrições, mas “apenas descrições daquilo que é protegido. Isso teria como consequência a inexistência de restrições diretamente constitucionais. [...] Contudo, uma tal interpretação não é obrigatória por razões conceituais e nem são desejáveis suas consequências”.¹⁶⁹

3.3.2 Restrições indiretamente constitucionais (cláusulas de reserva explícitas)

É certo que a Constituição não tem como estabelecer aprioristicamente todas as limitações possíveis a um direito fundamental.¹⁷⁰ Por essa razão, em algumas situações, confere-se ao legislador a tarefa de fazê-lo. Desse modo, as restrições indiretamente constitucionais são aquelas decorrentes de norma infraconstitucional, mas previstas pela Constituição.

Conforme lembra Ingo Sarlet, a previsão constitucional da possibilidade de restrição de um direito fundamental pode ocorrer tanto de forma mais abrangente, quanto de forma mais específica.¹⁷¹ Em outras palavras, o constituinte pode atribuir ao legislador infraconstitucional uma competência de restrição mais ampla ou uma competência de restrição mais limitada, atendendo a pressupostos ou objetivos específicos¹⁷².

Assim, quando enuncia no inciso XV do art. 5º que “é livre a locomoção no território

¹⁶⁸ SARLET, 2012, p.366.

¹⁶⁹ ALEXY, 2014, p.287.

¹⁷⁰ HESSE, 2009, p. 51.

¹⁷¹ SARLET, op. cit., p. 367.

¹⁷² Alexy refere-se a essas competências de restrição (restrições indiretas) como reservas legais simples e reservas legais qualificadas. Entretanto, pela possibilidade de confusão com a terminologia utilizada no direito constitucional brasileiro para diferenciar a exigência constitucional de lei complementar ou ordinária, referidas expressões não serão utilizadas neste trabalho.

nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”, a Constituição confere ao legislador uma competência de restrição da liberdade de entrada, saída e permanência, sem indicar finalidades específicas ou requisitos para essa restrição, ou seja, sem limitar seu conteúdo.

Por outro lado, a transmissibilidade dos direitos autorais por herança, prevista no inciso XXVII do art.5º, poderá ser restringida pelo legislador infraconstitucional unicamente através do critério temporal.¹⁷³ Trata-se, portanto, de uma competência restritiva limitada.¹⁷⁴

3.3.3 Restrições não expressamente autorizadas pela Constituição

As restrições não expressamente autorizadas pela Constituição ou restrições implicitamente autorizadas pela Constituição são aquelas que, não decorrendo imediatamente do texto constitucional e nem de reserva de lei, são extraídas da pré-compreensão de que não existem direitos absolutos ou ilimitados. Os limites ao seu exercício decorrem da própria ordem jurídico-constitucional.¹⁷⁵

No Brasil, o texto constitucional não traz proibição expressa à restrição de direitos fundamentais pelo legislador ordinário, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949)¹⁷⁶ e com a

¹⁷³ Dispõe o inciso XXVII: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;”

¹⁷⁴ Importante observar que o contraponto da competência de restrição limitada é uma competência restritiva ampla, porém, jamais ilimitada.

¹⁷⁵ Cf. Canotilho, 2003, p.451, onde exemplifica: “o direito de manifestação está sujeito aos limites da ‘não-violência’ e aos limites resultantes da necessidade de proteção do conteúdo juridicamente garantido dos direitos dos outros, como, por exemplo, a liberdade de deslocação.”

¹⁷⁶ Vide art. 19.1: “Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente”. Cf. ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução: Aachen Assis Mendonça, Revisão jurídica: Bonn Urbano Carvelli. Atual. Jan.2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 27 mai. 2016. Quanto a esta exigência, Konrad Hesse faz a seguinte observação: “Se leis limitadoras [...] devem *mencionar* o direito fundamental restringido *com indicação do artigo*, então esse assecuramento, igualmente formal, tem, de antemão, só a tarefa de servir à clareza jurídica e de cumprir uma função de advertência. Ao ele constranger o legislador a compreender o tipo da limitação de direitos fundamentais e de manifestar esse tipo, ele procura obrigá-lo à consideração cuidadosa dos direitos fundamentais”. Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 265-266.

Constituição da República Portuguesa (1976).¹⁷⁷

O silêncio do constituinte brasileiro não pode significar a vedação da restrição. Conforme já destacado anteriormente, admitir a possibilidade de inexistência de limites a um direito fundamental conduz à incoerente conclusão de que um direito fundamental pode ter prevalência absoluta sobre outro direito também fundamental.¹⁷⁸

No mesmo sentido, Gilmar Mendes pondera que a existência de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição é “decorrência lógica da própria necessidade de convivência prática das diversas posições constitucionais”.¹⁷⁹ Mas, como aduz o autor, para além da cláusula geral de reserva contida no inciso II do art. 5º, por cautela, qualquer ação restritiva sem reserva legal expressa deve ser fundamentada também em norma constitucional, a fim de se evitar abusos.¹⁸⁰

Assim, as intervenções ablativas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais exigem uma estrutura eficaz de controle, a fim de se preservar a integridade do bem que se pretende proteger.

3.4 O LIMITE DOS LIMITES

Uma vez apreendida a possibilidade de limitação ou restrição dos direitos fundamentais, cumpre perquirir se existem limites a essa atividade restritiva.

Preliminarmente, é preciso esclarecer que este questionamento só tem cabimento ao se partir da teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, uma vez que, sob a perspectiva da teoria interna, não existem restrições aos direitos fundamentais, mas limites que lhe são imanentes e que estabelecem as fronteiras do âmbito de proteção. Como refere Novais, na teoria interna, essa delimitação é “inerente ao próprio

¹⁷⁷ Vide art. 18, 2: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”. Cf. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em 27 mai. 2016.

¹⁷⁸ SILVA NETO, 2013a, p.674.

¹⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.210.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p.211.

processo de jusfundamentalização dos respectivos conteúdos”.¹⁸¹

Segundo Canotilho, a análise dos limites dos limites é a “3.^a instância do procedimento da restrição de direitos”.¹⁸² Para o autor português, a lei restritiva deve preencher requisitos formais e materiais que assegurem a conformidade da restrição com o texto constitucional. Tais requisitos decorrem de algumas questões, dentre as quais destacam-se aquelas acerca da constitucionalidade formal da lei restritiva, bem como da observância da proteção ao núcleo essencial do direito fundamental e do postulado da proporcionalidade.

A verificação do aspecto formal, como aponta Ingo Sarlet, decorre da posição da Constituição na topografia do ordenamento jurídico, pois “suas normas, na qualidade de decisões do poder constituinte, representam atos de autovinculação fundamental-democrática que encabeçam a hierarquia normativa imanente ao sistema”.¹⁸³ Quanto ao aspecto material, há que se ter em conta que a restrição não pode inviabilizar o efetivo exercício da liberdade constitucionalmente protegida.¹⁸⁴

Para os fins deste trabalho, interessa examinar mais detidamente a proteção ao núcleo essencial do direito fundamental e o postulado da proporcionalidade.

3.4.1 Núcleo essencial do direito fundamental

A Lei Fundamental alemã, no art. 19.2 impõe: “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”.¹⁸⁵ Apesar da nobre intenção da norma, que busca a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, parece ter razão Peter Häberle quando aduz que o dispositivo tem natureza declaratória, sendo mesmo despiciendo. Segundo o jurista alemão, se observadas as limitações materiais do legislador, a partir dos parâmetros constitucionais, não há espaços para o abuso. E, de todo modo, se abuso houver, não é a proibição contida

¹⁸¹ NOVAIS, 2003, p.355.

¹⁸² CANOTILHO, 2003, p. 451.

¹⁸³ SARLET, 2012, p. 368.

¹⁸⁴ Cf. SILVA NETO, 2013a, p. 675 e HESSE, 2009, p. 51.

¹⁸⁵ ALEMANHA, 2011.

no art. 19.2 o meio mais apto para impedi-lo.¹⁸⁶

Talvez concordando com Häberle, o constituinte brasileiro não estabeleceu qualquer parâmetro acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Talvez porque, como aduz Gilmar Mendes, “a ideia de um núcleo essencial decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte”.¹⁸⁷

Entretanto, como observa Virgílio Afonso da Silva, a delimitação do que seja o conteúdo essencial de um direito fundamental não pode ser “um *topos* argumentativo que apele para a simples intuição do aplicador do direito”.¹⁸⁸ Essa definição, segundo o autor, deve se basear na relação entre diversas variáveis, não havendo espaço para teorias absolutas.

Essa compreensão, porém, não é uníssona na doutrina. Apresentando os dois modelos dogmáticos que orientam a proteção do núcleo essencial, Mendes informa que para os adeptos da teoria denominada absoluta, existe “um espaço insuscetível de regulação”¹⁸⁹, independentemente das circunstâncias do caso concreto. Para essa corrente, o conteúdo essencial do direito fundamental é considerado abstratamente e constitui um núcleo duro, inflexível e invariável. Por outro lado, para aqueles que se apoiam na teoria relativa, o núcleo essencial do direito fundamental é aferido concretamente, após a ponderação entre meios e fins, orientada pela proporcionalidade.

Entretanto, para Claudia Perotto Biagi, ambas as teorias apresentam fragilidades: a relativa, primeiro pela ausência de autonomia conceitual e, segundo, porque pode dar azo a uma extrema flexibilidade dos direitos fundamentais; a absoluta, porque, ao estipular um núcleo impenetrável do direito dificulta a demonstração do que seja o mínimo essencial, apresentando uma divisão do conteúdo dos direitos fundamentais

¹⁸⁶ HABERLE, 2003, p. 220. Concordando com a natureza declaratória deste tipo de enunciado, Virgílio Afonso da Silva. Ele complementa: “Isso não significa, é claro, que tais dispositivos sejam desprovidos de função; mas essa função é mais simbólica que constitutiva”. Cf. SILVA, 2014, p.202.

¹⁸⁷ MENDES; BRANCO, 2015, p.215.

¹⁸⁸ SILVA, 2014, p. 184.

¹⁸⁹ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 213.

“artificial e tecnicamente insustentável”.¹⁹⁰

Sem se filiar inteiramente a nenhuma das duas teorias, Ana Paula de Barcellos propõe a adoção de *standards*, construídos através do precedente judicial.¹⁹¹ Neste modelo proposto, haveria uma aplicação inicial da teoria relativa, com a identificação dos enunciados normativos em tensão e aspectos fáticos relevantes e, a partir disso, a construção de uma decisão que tenha caráter de generalidade e que forme um *núcleo consistente* dos direitos fundamentais. Desse modo, a proteção do núcleo dos direitos fundamentais vai sendo forjada em abstrato, mas a partir de casos julgados.

Como a teoria relativa se revela mais pragmática e permeável às mudanças sociais, Virgílio Afonso da Silva resume a aferição da constitucionalidade das restrições – e, conseqüentemente, a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais – da seguinte maneira: partindo-se da teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, tem-se a existência de direitos *prima facie* e direitos definitivos. A redução do espectro do direito *prima facie*, para não violar a matriz constitucional, deverá passar pelo teste da proporcionalidade.¹⁹²

3.4.2 Proporcionalidade

A proporcionalidade tem papel relevante na temática das restrições aos direitos fundamentais, pois, como aponta Virgílio Afonso da Silva, a submissão da restrição ao crivo da proporcionalidade permite diferenciar a restrição a um direito da sua violação.¹⁹³ Ainda segundo o autor, a proporcionalidade guarda íntima relação com o conteúdo essencial do direito fundamental, pois, como dito, perfilhando-se à teoria relativa, ele entende que “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos.”¹⁹⁴

Gilmar Mendes observa que, da forma como veio se desenvolvendo na jurisprudência

¹⁹⁰ BIAGI, Cláudia Perotto. **A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 82-83.

¹⁹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 145 e seguintes.

¹⁹² SILVA, 2014, p. 181 e p. 206.

¹⁹³ *Ibid.*, p.181.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 197.

brasileira, a proporcionalidade se configura como “postulado constitucional autônomo que teria a sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal”, em sua dimensão substantiva.¹⁹⁵ Assevera, ainda, o autor que o postulado é balizador do poder de conformação que compete ao legislador, em face de sua diretriz que proíbe o excesso.¹⁹⁶

Em sentido semelhante, Humberto Ávila afirma que a proporcionalidade é um “postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”.¹⁹⁷ Assim, a aplicação do postulado às restrições de direitos fundamentais, induz ao questionamento acerca da adequação, necessidade e proporcionalidade (em sentido estrito) da medida restritiva em relação ao resultado que, com ela, se deseja atingir. Trata-se, como afirma Ávila, de ponderação inafastável entre o grau de restrição e o grau de promoção da finalidade.¹⁹⁸

3.5 NÚCLEO ESSENCIAL DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Como se verificou no início deste capítulo, a autonomia privada é um dos elementos essenciais do direito geral de liberdade. Assim, o ser humano, como ser racional e volitivo, tem o poder direcionar a própria vida, escolhendo livremente os caminhos que deseja percorrer, trilhando preferências de conteúdo existencial, afetivo e patrimonial. Essas escolhas serão juridicamente legítimas, na medida em que não violem direitos de terceiros ou a ordem pública, devendo estar orientadas pela valorização da pessoa humana.¹⁹⁹

A autonomia privada, portanto, é direito fundamental com estrutura de princípio, conforme a teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Alexy, consistindo em verdadeiro mandamento de otimização. Ou seja, deverá ser sempre preservada e realizada na maior medida possível, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas

¹⁹⁵ MENDES; BRANCO, 2015, p. 224.

¹⁹⁶ No mesmo sentido se posiciona Manoel Jorge e Silva Neto, afirmando que aos transbordar os limites da proporcionalidade, o legislador atinge o núcleo essencial das liberdades tuteladas pela Constituição. Cf. SILVA NETO, 2013a, p.675.

¹⁹⁷ ÁVILA, 2009, p.162.

¹⁹⁸ Ibid., p.173.

¹⁹⁹ BORGES, 2007, p.51.

existentes. Essa apreensão é basilar para a definição do seu âmbito de proteção. Isso porque não é a jusfundamentalidade da autonomia privada que implicará no recorte definitivo de sua proteção, mas a sua estrutura. Tratando-se de direito estruturado como princípio, essa esfera de proteção somente será determinada em concreto, após a atividade de sopesamento dos bens jurídicos em conflito.

Desse modo, mesmo no âmbito do direito das famílias, a autonomia privada poderá ter aplicabilidade em maior ou menor grau, conforme as peculiaridades do caso concreto, podendo ser restringida pelo conflito com outras normas de direito fundamental ou, ainda, por disposição de outras normas, mesmo infraconstitucionais, que tenham sua matriz em direitos também fundamentais.

Para aferir em cada hipótese se a autonomia privada estará em uma relação de precedência ou se deverá ceder, orientará a atividade de ponderação o postulado da proporcionalidade. Isso posto, tem-se que as restrições ao exercício da autonomia privada só se justificam na medida em que tenham o escopo de tutelar outro direito que – apesar de figurar no mesmo patamar hierárquico no ordenamento jurídico –, goza de precedência em relação ao primeiro, em razão das particularidades do caso concreto. Essas restrições trazem consigo, portanto, a imposição de um ônus argumentativo ao legislador e ao julgador para demonstrar tratar-se de legítima restrição e não injusta violação a direito fundamental.

Daniel Sarmento observa que, de acordo com pensadores de viés mais liberal como Dworkin e Rawls, os direitos só poderiam ser ponderados com outros direitos e não com interesses coletivos. Porém, autores mais próximos do ideário do Estado Social, a exemplo de Alexy, “aceitam também a ponderação entre direitos individuais e outras finalidades públicas revestidas de relevância constitucional”.²⁰⁰ Segundo Sarmento, esta última posição é mais adequada a uma compreensão mais personalista da pessoa humana, que vem sendo adotada pelo constitucionalismo contemporâneo, haja vista que não se apoia no individualismo liberal, “mas também não recai no organicismo coletivista que ao colocar a sociedade sempre acima dos seus ‘membros’, abre as portas para totalitarismos de variados matizes ideológicos”.²⁰¹

²⁰⁰ SARMENTO, 2006, p. 232.

²⁰¹ SARMENTO, loc. cit.

No campo do direito das famílias, as transformações do último século são sensíveis e a delimitação da autonomia privada, nesse contexto, ganha especial relevo. A família hierarquizada, casamentária e patriarcal cede espaço aos novos arranjos familiares em que as mulheres assumem posição de destaque, o pátrio poder se transmuda em poder-dever familiar e a dignidade dos membros da família importa mais do que a sua representação social enquanto instituição.

Nesse contexto, a família, mais que do que representar um vínculo jurídico, representa uma comunidade de afeto, espaço para o livre desenvolvimento da personalidade e *locus* de afirmação da dignidade humana. Desse modo, torna-se imperioso redefinir os espaços de atuação da ordem pública e da autonomia privada na geografia familiarista.

Mais de dez anos após a vigência da Constituição e poucos anos antes de entrar em vigor o Código Civil, João Baptista Villela afirmou: “Não creio laborar em equívoco ou exagero, se disser que o direito de família brasileiro é procriacionista, autoritário, determinista, substitutivista, invasivo e extremamente guloso”.²⁰² Exemplificando sua afirmação, aduziu o professor mineiro:

Procriacionista manifesta-se, por exemplo, o direito brasileiro quando a Constituição da República defere o planejamento familiar à “livre decisão do casal”. Está certíssima a Constituição em vedar “qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas”, mas é retrógrada e omissa ao silenciar quanto aos recursos da sanção premial, dentro da técnica política que na obra de Bobbio constitui a função promocional do direito. Para agravar a debilidade do texto constitucional, juízes da infância e da juventude criam obstáculos a bem dizer insuperáveis para a prática da adoção, especialmente a adoção por estrangeiros. Para procriar tudo é permitido. Para dar pais a quem não os tem tudo é dificultado. Função social não é um predicado apenas da propriedade. Também a compete ao contrato, à personalidade jurídica, ao tributo, etc. E, não em grau inferior, à procriação.

São autoritárias nossas leis de família sempre que retiram às pessoas as faculdades inerentes à capacidade negocial que se lhes reconhece. Assim, não há razão de lógica, justiça ou bom-senso para o art. 256 do Código Civil, que subtrai aos cônjuges a possibilidade de alterar o regime de bens que hajam estabelecido. Ou para o art. 258, parágrafo único, que impõe o regime da separação aos maiores de 60 e às maiores de 50 anos.

²⁰² VILLELA, João Baptista. Repensando o Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Repensando o Direito de Família**: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.21.

A súmula 379 do Supremo Tribunal Federal é arrogante ao substituir-se ao cônjuge que, no exercício natural da sua capacidade de exercício, renuncia aos alimentos no acordo de separação. Nada mais prosaico e menos extravagante que a renúncia, por quem seja plenamente capaz, dos direitos patrimoniais de que seja titular. Esta súmula, sem embargo de sua aparente neutralidade, ao pretender, de fato, amparar a mulher, suposta vítima de acordos lesivos, restaura, sob maldisfarçada roupagem, a velha incapacidade por enfermidade do sexo. Quando vamos compreender que a tão proclamada igualdade entre homem e mulher não se alcança a golpes de papel e tinta, senão com vontade política, determinação, coragem e audácia?

Arrogante também e desdenhosa dos direitos da personalidade é a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, quando defere ao Ministério Público o poder de investigar a paternidade, independentemente do assentimento da mãe, expondo-a ao vexame de ter sua vida íntima devassada e exposta. Incorreu o legislador aqui no grave equívoco de tomar questões de estado (civil) por questão de Estado (político).

Especialmente grave tem sido nos últimos anos o furor regulamentatório da República em matéria das chamadas uniões estáveis. Não há na Constituição uma só palavra de onde se possa derivar a suposta necessidade de submeter essas formações espontâneas à cravelha da lei. O que quis e quer a Constituição é, por óbvias razões de justiça social, estender a tais construções informais o manto protetor da lei, especialmente os benefícios da seguridade social.²⁰³

Nas duas últimas décadas, algumas dessas questões foram minimizadas, mas as reflexões do professor mineiro já revelavam o anacronismo da excessiva – e, por que não dizer, indevida – intervenção estatal na família. Nesse contexto, é imperioso perquirir onde termina a publicização e onde começa a constitucionalização das relações jurídicas familiares. Esse questionamento foi bem sistematizado por Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues: “o que faz do Direito de Família uma questão de ordem pública? E, do outro lado da mesma moeda, até onde são alçados os limites das autonomias individuais na seara familiar?”²⁰⁴

Sendo a família, como já afirmado, *locus* de concreção da dignidade humana e de livre desenvolvimento da personalidade, verifica-se a grande relevância que assumem os direitos de liberdade, especialmente o poder de autodeterminação. Desse modo, partindo-se da premissa de que o sujeito é livre para governar a própria vida, desde que não provoque lesões a direitos de terceiros e se oriente segundo a ordem pública e a moral vigente, conclui-se que a autonomia é a regra e a intervenção ou restrição, a exceção. Preservando-se o conteúdo essencial da autonomia privada nas relações de família, conclui-se que a intervenção ou restrição da autonomia só se justifica para

²⁰³ VILLELA, 1999, p. 21-23.

²⁰⁴ TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 90-91.

a proteção de sujeitos vulneráveis.

Em outras palavras, o exame da proporcionalidade no direito das famílias é orientado pela ideia da função social dos direitos subjetivos. Isso porque no Estado democrático, todo direito subjetivo “deve sua existência a uma ordem jurídica objetiva, que irá possibilitar e garantir a integridade de uma vida autônoma, mas em comum, fundada em uma ordem de coisas que tenham como vetor o mútuo respeito, a alteridade e a tolerância”.²⁰⁵

Existe, portanto, no direito das famílias, uma permanente tensão entre a ordem pública e a autonomia privada, pois, se de um lado é dado às pessoas o direito de se autodeterminar e, com isso, constituir, desconstituir e orientar a própria família, de outro, existem interesses no âmbito da unidade familiar que pertencem também ao Estado já que a família é a base da sociedade, servindo à própria conformação do Estado.

Nessa linha de compreensão, Paulo Lôbo lista algumas situações em que é subtraída a decisão exclusiva da família, em face da presença o interesse social ou público. São exemplos: a atenção básica à saúde, incluindo vacinação obrigatória das crianças; a obrigatoriedade de inserção das crianças no ensino formal; a proibição de escolha do sexo dos filhos, mediante manipulação genética; a repressão da violência doméstica e familiar, entre outros.²⁰⁶

Verifica-se dos exemplos acima que, conquanto a autonomia privada tenha sido restringida, preservam-se os interesses de sujeitos vulneráveis, que não podem ficar ao alvedrio de uma parcela de poder doméstico. Nas palavras de Teixeira e Rodrigues,

A família democrática é *locus* propício para que as pessoas possam nela encontrar um espaço que proporcione a realização pessoal, que reflita os acordos firmados entre pessoas livres e capazes, mas também *locus* de acolhida para aqueles que não estão em condições de decidir a própria vida. Trata-se, ao mesmo tempo, de um espaço de liberdade e de solidariedade, no qual é possível a construção do afeto e da solidariedade entre seus

²⁰⁵ TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 93.

²⁰⁶ LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5201>>. Acesso em: 28 maio 2016.

membros, sem hierarquia.²⁰⁷

Com efeito, os sujeitos vulneráveis foram especialmente tutelados pela Constituição de 1988. Desse modo, para além da proteção da família e da dignidade dos seus membros, a criança, o adolescente e os idosos mereceram especial deferência. A presunção de vulnerabilidade dessas pessoas (presunção relativa, no caso do idoso) justifica, em algumas hipóteses, a restrição da autonomia privada, a fim de que se preservem os seus interesses, quando em situação de antagonismo.

À vista do exposto até aqui, vê-se que as mudanças pelas quais passaram as famílias no último século levaram a uma maior privatização das relações jurídicas familiares, privilegiando a autonomia individual e a dignidade de cada um de seus membros. A proteção constitucional à família preserva essa autonomia mas impõe ao Estado um dever de proteção especialmente para impedir situações de violência, para conferir atenção integral e prioritária às crianças e adolescentes, bem como aos idosos, às pessoas com deficiência e à gestante. Sendo assim, em situações em que esses interesses estejam envolvidos, impõe-se a realização da ponderação a fim de se verificar se a restrição à autonomia privada se justifica ou se o seu núcleo essencial foi atingido. É o que se fará nas páginas seguintes.

²⁰⁷ TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 94.

4 AS RESTRIÇÕES À AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS BRASILEIRO

Passados vinte e sete anos da promulgação da Constituição e mais de doze anos de vigência do Código Civil, há entendimento pacífico de que estes diplomas marcam uma transição na hermenêutica do direito privado, que vem sendo chamada de constitucionalização do direito civil.

Na seara familiarista, observa-se que o modelo de família nuclear burguesa, único efetivamente amparado pela legislação anterior à atual Constituição, cedeu espaço a novos arranjos familiares, e a sociedade foi incorporando outras relações de afeto e cuidado calcadas num projeto de vida em comum, ampliando o espectro da liberdade de ser na família.

A natureza das vidas que as pessoas podem levar pode ser considerada substrato da ideia de justiça.²⁰⁸ Nesse sentido, Amartya Sen atribui grande peso ao valor liberdade, pois ela aumenta as possibilidades para que as pessoas busquem seus objetivos e possam escolher entre diferentes estilos e modos de vida, sem que sejam limitadas por imposições ou restrições.²⁰⁹

Tomando por base o princípio da liberdade, Sen afirma que a qualidade de vida de um povo pode ser medida a partir da efetiva liberdade das pessoas, “entendida tanto em termos da existência concreta de oportunidades de escolha individual (possibilidade efetiva de se fazer o que se deseja) quanto da existência de processos de decisão pública que respeitem essa liberdade”.²¹⁰ Com efeito, o enfoque proposto pelo Nobel de economia indiano leva em consideração a pluralidade de anseios que as pessoas nutrem para suas vidas ao invés de estabelecer um único padrão como desejável em si.²¹¹

²⁰⁸ SEN, Amartya. A ideia de justiça. Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. [PDF]

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Amartya Sen: a ideia de Justiça. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 8, p. 305-316, mai-ago. 2012. Disponível em <<http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/7722/5953>>. Acesso em 23 de junho 2015, p.311.

²¹¹ COSTA, 2012, p.312.

Assim, refere o autor que a liberdade de agir independentemente da vontade alheia – ou seja, sem depender da ajuda ou tolerância de quem quer que seja – traz robustez ao conceito de ser livre.²¹² E complementa: “a capacidade de ser feliz é também um aspecto fundamental da liberdade”.²¹³

Desse modo, se a doutrina assente em falar em um direito fundamental à família, assegurado como espaço de busca da felicidade e concreção do fundamento da dignidade da pessoa humana, a questão que se coloca é em que medida esse direito pode ser restringido sem que haja violação dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade e do princípio da dignidade da pessoa humana, informador de toda a ordem jurídica.

De fato, a legislação infraconstitucional é pródiga em restrições da liberdade e da autonomia privada no direito das famílias. Saber se essas restrições invadem ou não o núcleo essencial do direito fundamental, é tarefa que exige a análise individualizada de cada hipótese, valendo-se da técnica de sopesamento dos interesses conflitantes. É o que se pretende fazer neste capítulo.

4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE CASAR (OU NÃO) COM QUEM SE QUER

Tomando-se por base a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, a possibilidade de contrair casamento é a possibilidade de exercício de uma competência. A competência difere da simples permissão porque no exercício da competência existe uma alteração na situação jurídica do sujeito, o que não ocorre no simples exercício de um comportamento permitido.²¹⁴ O exercício da competência relaciona-se, portanto, com o conceito de liberdade, pois, segundo o autor, “o não reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade – e, sem dúvida, um obstáculo especialmente eficaz.”²¹⁵

A despeito das outras formas de constituição de família reconhecidas pela

²¹² SEN, 2011, p. 296.

²¹³ Ibid., p. 270.

²¹⁴ ALEXY, 2014, p. 236-237.

²¹⁵ Ibid., p. 246.

Constituição Federal (união estável e família monoparental) e daquelas reconhecidas por interpretação extensiva, é o casamento que merece o regramento mais extenso e cuidadoso do Código Civil. É cediço que os direitos dos companheiros em muito se assemelham aos direitos do cônjuge, mas a união estável não é casamento e nem pretende ser. O vínculo do matrimônio traz segurança jurídica, na medida em que os contraentes expressam sua vontade de modo inequívoco e em momento preciso, escolhem regime de bens e assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família,²¹⁶ sem que seja necessário o preenchimento de qualquer outro requisito.

Escolher se casar é, pois, exercício da liberdade individual e do poder de autodeterminação.²¹⁷ O direito de se casar, reconhecido no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, compõe o feixe de direitos que expressam a busca pela felicidade e a afirmação da dignidade humana. Mas além de escolher casar (ou não casar), a liberdade deve compreender também o direito de escolher com quem se casar.

A escolha do cônjuge é decisão personalíssima, livre exercício da subjetividade do indivíduo. A esse respeito, no contexto da interdição do casamento inter-racial nos Estados Unidos do século passado, escreveu Hannah Arendt:

O direito de casar com quem quiser é um direito humano elementar comparado ao qual "o direito de frequentar uma escola integrada, o direito de sentar onde lhe apraz num ônibus, o direito de entrar em qualquer hotel, área de recreação ou lugar de diversão, independentemente da pele, cor ou raça" são realmente secundários. Mesmo os direitos políticos, como o direito de votar, e quase todos os outros direitos enumerados na constituição, são secundários em relação aos direitos humanos inalienáveis "à vida, à liberdade e à busca da felicidade" proclamados na declaração da Independência; e a essa categoria pertence inquestionavelmente o direito ao lar e ao casamento.²¹⁸

Impedir, pois, o livre exercício do direito à escolha é restrição arbitrária da liberdade

²¹⁶ Art. 1.565 do Código Civil.

²¹⁷ Segundo Maria Martín Sánchez, a liberdade nupcial positiva engloba o direito em si mesmo, a opção de se casar, ressalvados os impedimentos legais, ao passo que a liberdade nupcial negativa engloba o direito a não se casar, o direito de permanecer solteiro sem que isso implique nenhuma consequência jurídica ou de qualquer outra índole. Cf. SÁNCHEZ. María Martín. **Matrimonio Homosexual y Constitución**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 119.

²¹⁸ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo, Companhia das Letras, 2003. p. 271.

das pessoas, incompatível com a dignidade humana.

Ademais, do mesmo modo que não se justifica a proibição do casamento entre brancos e negros – que hodiernamente soa absurda – não se justifica a restrição ao casamento civil dos homossexuais. O desejo de constituir família intrínseco à vontade de contrair matrimônio não põe em situação de igualdade brancos e negros, heterossexuais e homossexuais? Qual seria o fator de discriminação a justificar o tratamento desigual senão a *densidade da moral social (coletiva)*?²¹⁹

Assim, se é possível mesmo falar em um direito fundamental à família, assegurado como espaço de busca da felicidade e concreção do fundamento da dignidade da pessoa humana, o acesso à família matrimonializada deve ser franqueado sem discriminação. Como afirma Ricardo Maurício Freire Soares, “a busca de uma vida digna expressa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, no exercício da liberdade de ser, de pensar e criar do ser humano”.²²⁰

4.1.1 Casamento Igualitário

Embora a Constituição Federal permita o reconhecimento de uma multiplicidade de entidades familiares, conforme se defende neste trabalho, o Código Civil brasileiro, cuja vigência se deu quase quinze anos após a promulgação do Texto Constitucional, manteve ainda um viés conservador na normatização do Direito de Família, priorizando exaustivo regramento do casamento. Ademais, tanto para o casamento quanto para a união estável foi ratificado o modelo de composição heteroafetiva.

Nesse mesmo período, o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas começava a dar os primeiros passos em países da Europa: a Holanda legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo em 2001, a Bélgica em 2003 e a Espanha em 2005.

²¹⁹ Expressão utilizada por Cristiano Chaves de Farias em FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito e Processo das Famílias**. Salvador: Edições JusPodivm, 2013, p. 45.

²²⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: uma leitura pós-positivista. In: CUNHA JR, Dirley da Cunha; DANTAS, Miguel Calmon. **Desafios do Constitucionalismo Brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p.229.

Em maio de 2011, em decisão histórica, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a união pública, contínua e duradoura entre pessoas do mesmo sexo deve ser considerada união estável, portanto, entidade familiar amparada pela proteção contida no art. 226 da Constituição Federal.²²¹ A partir daí, por silogismo, já que a própria carta constitucional dispõe que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, começaram a surgir pedidos de conversão da união estável homoafetiva em casamento, tribunais do país afora.

A matéria foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça, com a edição da Resolução n.º 175, impedindo a recusa de habilitação, de celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, também chamado de casamento igualitário.

Entretanto, embora os casais homoafetivos atualmente possam se casar civilmente, esse direito não foi concedido pela via legislativa. Temendo a possibilidade de retrocesso que se avizinha em face da atuação da bancada mais conservadora do Congresso Nacional, o movimento LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros) luta pela aprovação do Projeto de Lei n.º 5120/2013, que altera a redação do código civil para permitir o casamento entre pessoas, e não apenas entre homem e mulher.²²²

Desse modo, apesar da apreciação pelo Poder Judiciário, enquanto a matéria não for efetivamente debatida e decidida pelo Poder Legislativo, o assunto merece o interesse da academia.

5.1.1.1 A opção semântica

Durante muito tempo, a homossexualidade foi tratada como distúrbio sexual, merecendo até mesmo um código na Classificação Internacional de Doenças (CID). Na condição de doença, era referida como *homossexualismo*. Com a retirada desta

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/RJ**, p. 106. Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011.

²²² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 5.120/2013**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>>. Acesso em 02.06.2015.

orientação sexual da Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1990, o termo homossexualismo foi substituído por homossexualidade,²²³ uma vez que o sufixo “ismo”, dentre outras significações,²²⁴ denota as patologias (botulismo, reumatismo, alcoolismo etc.), ao passo que o sufixo “dade” é formador de substantivos abstratos a partir de adjetivos (a exemplo de atualidade, honestidade, fraternidade).

No Brasil, depois que as questões envolvendo relações homossexuais chegaram ao Poder Judiciário e surgiu a necessidade reconsiderar as normas incidentes em tais relações (da esfera cível para a familiarista), uma nova expressão foi cunhada pela desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias: *homoafetividade*. A expressão não se destina a referir a orientação sexual do indivíduo, mas o exercício dessa sexualidade no bojo de uma relação afetiva e duradoura:

A orientação que alguém imprime na esfera da sua vida privada não admite restrições. Desimporta a identificação do sexo do par, se igual ou diferente, para se emprestarem efeitos jurídicos aos vínculos afetivos, no âmbito do Direito das Famílias. [...] O exercício da sexualidade, a prática da conjunção carnal ou a identidade sexual não é o que distingue os vínculos afetivos. A identidade ou diversidade do sexo do par gera espécies diversas de relacionamento. Assim, melhor é falar em relações homoafetivas ou heteroafetivas do que em relações homossexuais ou heterossexuais.²²⁵

O neologismo foi abraçado pela doutrina e pela jurisprudência. Quando do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 132/RJ pelo Supremo Tribunal Federal, a expressão foi consagrada no acórdão da lavra do Ministro Carlos Ayres Britto, de cuja ementa, em razão da extensão, se extraem apenas os seguintes excertos:

[...] UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos

²²³ ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. **Manual de Comunicação LGBT**. 2010, p. 11. Disponível em: <<http://www.unaids.org.br/biblioteca/Manual%20de%20Comunica%E7%E3o%20LGBT.pdf>>. Acesso em 02.06.2015.

²²⁴ Além de doenças, o sufixo “ismo” é empregado para sistemas políticos (capitalismo, comunismo, totalitarismo), religiões (cristianismo, judaísmo, islamismo), esportes (atletismo, hipismo) e ideologias (marxismo, feminismo, anarquismo). Como se vê, em nenhuma das categorias se encaixa a orientação sexual.

²²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Família Homoafetiva**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/28_-_fam%EDlia_homoafetiva.pdf> Acesso em 02.06.2015.

fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. [...] 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.²²⁶

Atualmente, na esteira da terminologia utilizada na Argentina, cujo parlamento aprovou em julho de 2010 uma lei que autoriza o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, o movimento LGBT utiliza a expressão “casamento igualitário” na campanha pela legalização do casamento civil entre pares homoafetivos. A razão para a utilização dessa expressão pode ser extraída da justificativa do Projeto de Lei n.º 5.120/2013.

Para os autores do referido projeto, a vedação ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo viola o direito fundamental à igualdade, tal como já ocorreu antes na história com relação à interdição do direito de voto às mulheres e à segregação de brancos e negros. Sustentam os parlamentares Jean Wyllys e Érika Kokay que assim como hodiernamente não se refere mais a voto *feminino* ou a casamento *inter-racial*, “chegará o dia em que não haja mais ‘casamento homossexual’, porque a distinção resulte tão irrelevante como resultam hoje as anteriores e o preconceito que explicava a oposição semântica tenha sido superado”.²²⁷

A expressão “casamento igualitário”, portanto, se pretende afirmativa não de um

²²⁶ BRASIL, ADPF 132, 2011.

²²⁷ BRASIL. Projeto de Lei n.º 5120/2013.

direito especial ou distinto aos homossexuais, mas da titularidade do mesmo direito ao casamento civil das pessoas de orientação heterossexual.²²⁸ Diante da razoabilidade dos argumentos, esta é a terminologia utilizada no presente trabalho.

4.1.1.2 A ponderação de interesses

Como já afirmado algumas vezes neste trabalho, até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito de família estava imbricado ao conceito de casamento. Assim, só eram reconhecidas como entidades familiares aquelas constituídas através do vínculo jurídico do matrimônio, a denominada família nuclear burguesa, notadamente hierarquizada e patriarcal.

Ao suprimir a cláusula de exclusão, “que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores”,²²⁹ a Constituição promoveu importante transição paradigmática no campo do Direito de Família, uma vez que não estabeleceu “modelo preferencial de entidade familiar”.²³⁰

Entretanto, o art. 226 do Texto Constitucional, em seus parágrafos, elencou apenas três tipos de entidades familiares, o que gerou debates doutrinários acerca da natureza deste elenco, se taxativa ou exemplificativa. A grande maioria dos autores contemporâneos parece concordar que se trata de rol aberto. Manoel Jorge e Silva Neto coloca que o fundamento da dignidade da pessoa humana, aliado ao princípio da não discriminação e à tutela da intimidade, veda qualquer óbice ao reconhecimento de outras entidades familiares. Em pertinente observação, ele aduz que se, por exemplo, um pai ou mãe de uma família monoparental resolver constituir nova união, sendo esta homoafetiva, não há como se desnaturar vínculo familiar.²³¹

Paulo Lôbo também observa:

O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de

²²⁸ “Os mesmos direitos com os mesmos nomes” é um dos slogans da campanha pela aprovação do projeto de lei.

²²⁹ LÔBO, 2002, p. 104.

²³⁰ Ibid., p.106

²³¹ SILVA NETO, 2013a, p. 939.

exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.²³²

A jurisprudência também já se debruçou sobre o tema, ainda que de forma tangencial. No Recurso Especial n.º 1217415/RS, por exemplo, ao julgar processo de adoção póstuma, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a existência da família anaparental:²³³

Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA.²³⁴

Segundo Nayara Oliveira, “as transformações sociais, construídas na segunda metade do século XX e reconstruídas nesse início do século XXI, redefiniram também os laços familiares”. Pode-se visualizar uma mudança radical na composição familiar e também nas relações sociais. É nesse contexto que se encontra a nova família “que se caracteriza pelas diferentes formas de organização, relação e em um cotidiano marcado pela busca do novo. Os arranjos diferenciados podem ser propostos de diversas formas, renovando conceitos preestabelecidos”.²³⁵

Assim, diante das considerações acima, pode-se afirmar que o paradigma da família exclusivamente matrimonial se encontra superado, entretanto, em que pese a pluralidade de entidades familiares existentes na sociedade contemporânea, não se pode negar que “permanece ainda a forma de organização nuclear da família, ou seja, o casamento monogâmico ainda é o que predomina atualmente”.²³⁶

Com efeito, a compreensão de que o rol de entidades familiares previstas na Constituição Federal é meramente exemplificativo representa a ruptura com o

²³² LÔBO, 2002, p. 93.

²³³ A família anaparental é a comunidade familiar formada sem a presença de pai ou mãe, a exemplo daquela composta apenas por irmãos. A designação foi dada por Sergio Rezende de Barros, “pois ‘ana’ é prefixo de origem grega indicativo de ‘falta’, ‘privação, como em ‘anarquia’, termo que significa falta de governo”. Cf. BARROS, Sergio Resende. **Direitos Humanos e Direito de Família**. Palestra proferida no dia 29 de agosto de 2003, na XII Jornada de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>> Acesso em 18 abr.2016.

²³⁴ REsp 1217415/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012

²³⁵ OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. **Recomeçar: família, filhos e desafios**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009, p. 67.

²³⁶ OLIVEIRA, 2009, p. 66.

paradigma da família nuclear burguesa, mas, não é capaz de resolver ainda todas as suas anomalias. Embora seja fácil subsumir ao Texto Constitucional diferentes arranjos familiares tais como uniões consensuais de parceiros separados ou divorciados, com ou sem filhos de outros casamentos; mães ou pais sozinhos com filhos de filiação híbrida; irmãos sozinhos; avós com os netos etc., o mesmo não se pode dizer das famílias formadas por pares homoafetivos. Isso ocorre porque no direito positivo brasileiro, tanto o casamento como a união estável exigem a diversidade de sexos como requisito de existência.

A interdição do casamento homoafetivo restringe os direitos fundamentais de constituição de família, de autodeterminação sexual e de proteção à vida privada do indivíduo. Conforme visto nos capítulos antecedentes, a restrição a direito fundamental não prescinde da filtragem constitucional. Desse modo, a restrição impõe um ônus argumentativo ao legislador, que deve demonstrar que a medida restritiva é necessária, adequada e proporcional.

A argumentação racional em favor da restrição deve necessariamente se basear em razões objetivas.²³⁷ Como adverte Amartya Sen, “mesmo as pessoas bastante dogmáticas tendem a ter algum tipo de razão, possivelmente muito crua, em apoio a seus dogmas”,²³⁸ ou seja, a razão, por si só, não exclui os preconceitos e a intolerância, pois estas se baseiam também em uma argumentação racional (primitiva e falha). Cabe, assim, à própria racionalidade passar de uma argumentação ruim a uma boa argumentação. A questão central, nesse caso, é submeter as opiniões prevalecentes e as razões alegadas a um exame crítico e de proporcionalidade.

Sendo assim, há que se fazer um sopesamento entre o direito fundamental à constituição de família e à autodeterminação sexual e as razões que embasam a norma que disciplina ser o casamento um vínculo jurídico entre um homem e uma mulher.

²³⁷ A razão, em seu sentido objetivo, segundo Comparato, tem o duplo sentido de fundamento (razão de ser) de algo, ou de argumento ou justificativa de uma decisão. Cf. COMPARATO, Fabio Konder. **Ética**: Direito, moral e religião no mundo moderno. 2ª ed. rev. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 469.

²³⁸ SEN, 2011, p.15.

O Projeto de Lei n.º 6.583/ 2013, que visa a instituir o Estatuto da Família,²³⁹ prescreve logo em seu segundo artigo que se define entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher. A proposição pretende, assim, – em descompasso com o que vem sendo decidido pelos tribunais – restringir o direito à formação de família dos pares homoafetivos. A justificativa do projeto de lei diz apenas que “Uma família equilibrada, de autoestima valorizada e assistida pelo Estado é sinônimo de uma sociedade mais fraterna e também mais feliz”, sem apresentar, porém, razões para o caráter excludente do conceito.

O exercício do direito à autodeterminação sexual e da livre constituição de família não se mostra capaz de atingir direitos de terceiros, de modo que a sua restrição se mostra, de antemão, desproporcional.

O primeiro argumento dos favoráveis à legitimidade da restrição do direito de casar aos pares homossexuais reside no Texto Constitucional. Segundo Ives Gandra Martins, as entidades familiares formadas por par heterossexual representam a vontade do constituinte originário, fato que, por si só, garante a constitucionalidade da interdição. Demais disso, segundo o autor, a restrição do casamento (e união estável) aos homossexuais não ofende a dignidade humana, a igualdade de cidadania, a segurança jurídica e a liberdade.²⁴⁰

Cumprido, inicialmente, analisar o primeiro argumento. De fato, o constituinte originário fez constar expressamente no art. 226 que a união estável²⁴¹ é vínculo jurídico estabelecido entre um homem e uma mulher e, decerto, a Constituição não traz palavras inúteis.²⁴² Entretanto, como visto no capítulo 2, o princípio da unidade é princípio interpretativo que prescreve que a Constituição é um todo unitário e sistemático, de modo que as suas normas devem ser interpretadas preservando-se sua harmonia. Nesse sentido, inclusive, decidiu o STF quando admitiu a união estável

²³⁹ Este projeto de lei visa a instituir o Estatuto da Família, no singular, diferentemente do PL n.º 5.120/2013, que se intitula Estatuto das Famílias, no plural. Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 6.583/2013**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>>. Acesso em 31.05.2016.

²⁴⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Família é aquela que perpetua sociedade. **Revista Consultor Jurídico**, 12 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>> Acesso em 31 mai. 2016.

²⁴¹ O requisito da heterossexualidade no casamento é fixado pelo Código Civil e não pela Constituição.

²⁴² Cf. SILVA NETO, 2013a, p. 733.

entre pessoas do mesmo sexo.²⁴³

Ainda que assim não fosse, seria possível ventilar que o § 3º do art. 226 seria uma norma constitucional inconstitucional, conforme formulação de Otto Bachof, cujas palavras vale reproduzir:

Esta questão pode parecer, à primeira vista, paradoxal, pois, na verdade, uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar-se a si mesma. Contudo, poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito fundamental da Constituição [...]

[...] caberá examinar primeiro a tese segundo a qual um preceito do documento constitucional pode ser inconstitucional e carecer, por isso, de obrigatoriedade jurídica em virtude de uma contradição com um preceito de grau superior do mesmo documento constitucional.

No facto de o legislador constituinte se decidir por uma determinada regulamentação tem de ver-se a declaração autêntica, ou de que ele considera essa regulamentação como estando em concordância com os princípios *basilares* da Constituição, ou de que, em desvio a estes princípios, a admitiu conscientemente como exceção aos mesmos. É certo que o legislador constituinte não pode, ao admitir tais exceções, infringir simultaneamente uma norma de direito supralegal, em especial a proibição do arbítrio imanente a qualquer ordem jurídica! Se o fizer, a norma excepcional será, sem dúvida, não vinculativa – não, porém, em virtude da contradição com o princípio, mas antes em virtude do carácter arbitrário da exceção.²⁴⁴

Bachof, assim, defende que o texto constitucional poderá apresentar contradições, quando a contradição constitua uma legítima exceção à regra principal. Essa legitimidade, no entanto, existirá na medida em que a restrição não seja arbitrária, ou, por que não dizer, desproporcional.

Nessa linha de compreensão, destaque-se o posicionamento do Ministro Luiz Fux, no julgamento da ADPF n.º 132, para quem uma entidade familiar constituída por par homoafetivo “por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de

²⁴³ Trecho da ementa da ADPF n.º 132 dispõe: “Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas”.

²⁴⁴ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Edições Almedina, 2008, p.55 e 57.

indiferença”.²⁴⁵

No mesmo sentido, María Martín Sánchez observa que o direito de se casar não pertence a nenhuma categoria especial de direitos que exijam o preenchimento de algum requisito específico; ao contrário, faz parte da categoria de direitos pessoais relacionados ao livre desenvolvimento da personalidade. Sendo assim, “só em face de um benefício constitucional maior, capaz de superar o juízo de proporcionalidade, se poderia restringir esse direito a determinado grupo de pessoas”,²⁴⁶ quais sejam, as heterossexuais.

Ultrapassado o primeiro argumento contrário à possibilidade do casamento igualitário, cumpre analisar os demais. De acordo com Ives Gandra, a restrição ao direito de casar (ou mesmo de se unir em união estável) aos pares homoafetivos não viola a dignidade humana porque a esses pares é facultado “celebrar um contrato à luz do Direito Civil com previsão de obrigações e direitos mútuos, inclusive as de natureza patrimonial”.²⁴⁷

De fato, à qualquer pessoa maior e capaz é dado o direito de celebrar contratos com qualquer conteúdo lícito. Ocorre que tais contratos não têm o condão de conferir *status* de família aos contratantes e, por consectário, não pode lhes outorgar a proteção constitucional que é conferida à família, nem produzir efeitos na esfera sucessória e previdenciária, por exemplo. Ademais, como já afirmado anteriormente, os direitos conexos ao direito fundamental à família são direitos referentes ao livre desenvolvimento da personalidade e não apenas direitos de conteúdo patrimonial.

A dignidade, além de valor-fonte do sistema jurídico, é característica inerente à condição humana, sem a qual não se alcança a plenitude como pessoa.²⁴⁸ Sociedade de fato não é família e sócio não é cônjuge. São vínculos jurídicos de natureza completamente diversa e, portanto, com proteção distinta. Assim, a restrição

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/RJ**, p. 106. Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011.

²⁴⁶ SÁNCHEZ, 2008, p. 127, tradução livre.

²⁴⁷ MARTINS, 2011.

²⁴⁸ SÁNCHEZ, op. cit., p. 106.

injustificada ao direito de livremente constituir família fere a dignidade. A ordem jurídica não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem viver de fato.²⁴⁹

Prosseguindo em seus argumentos, Ives Gandra defende inexistir também violação ao direito de liberdade, já que os pares homoafetivos “poderão contrair obrigações e deveres, viver juntos, participar socialmente de qualquer reunião, cursar qualquer universidade ou ter qualquer emprego”.²⁵⁰

O autor tem razão ao afirmar que todos esses direitos são franqueados aos pares homoafetivos, independentemente de serem casados ou não. Com efeito, todas as condutas descritas por ele – e outras que poderiam ser enumeradas – pertencem à esfera da liberdade do indivíduo, entretanto, não abrangem toda a esfera de liberdade do indivíduo. Não garantem o poder de autodeterminação na constituição de família, em claro cerceamento à liberdade.

O último argumento, ao qual Ives Gandra dedica boa parte de seu texto e que é bastante reverberado pelo senso comum, é o de que não há qualquer violação à isonomia na interdição do casamento aos homossexuais, porque há “nítida diferença biológica [...] que impede a equiparação”.²⁵¹ A diferença biológica, que para o autor repercute juridicamente, é a impossibilidade de gerar prole. Diferença essa que é apta a validar o *discrímen*.

Ora, ao reconhecer a família como base da sociedade e conferir especial proteção do Estado, a Constituição Federal não fez qualquer menção à necessidade de prole para a configuração da entidade familiar. Ao contrário, consignou que o planejamento familiar é livre decisão do casal, o que, naturalmente, inclui o direito de não ter filhos. Partir do pressuposto de que a impossibilidade de gerar prole é distinção que justifica o tratamento desigual implica necessariamente a mesma negativa de natureza de família aos casais inférteis. Além disso, ignora dois fatores de extrema relevância ao contexto que são as técnicas de reprodução assistida e as milhares de crianças à espera de adoção.²⁵²

²⁴⁹ SEN, 2008, p.38.

²⁵⁰ MARTINS, 2011.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² Segundo dados do CNJ, existem 6.599 crianças à espera de adoção. Data-base: maio/2016.

Cercear a alguém o direito de constituir família é restrição de seu poder de autodeterminação, logo, de sua liberdade. O sopesamento não logrou demonstrar, ainda, tratar-se de restrição legítima, uma vez que sequer é possível identificar qual o interesse em conflito que pesa em favor da restrição.

4.2 Sobre alguns Impedimentos Matrimoniais

O art. 1.521 do Código Civil prescreve cinco tipos de impedimentos ao casamento, três deles decorrem do parentesco. São eles: parentesco em linha reta, parentesco em linha colateral, parentesco por afinidade, pessoas casadas e cônjuge sobrevivente e o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Inobstante sejam todas situações moralmente reprováveis, cumpre analisar, à luz do Texto Constitucional, se a interferência do direito em algumas delas é justificável e proporcional.

Para os fins deste trabalho serão analisados apenas os impedimentos decorrentes da monogamia e do parentesco, em situações em que, em princípio, não há situação de abuso e/ou vulnerabilidade de uma das partes.

4.2.1 Irmãos biológicos ou adotivos

O art. 1.521 do Código Civil estabelece nos incisos IV e V a interdição do casamento aos irmãos, unilaterais ou bilaterais, e do adotado com o filho do adotante. A opção por se referir expressamente ao vínculo civil demonstra que a proibição não se funda exclusivamente na questão biológica, mas também em valores morais.

De acordo com Cristiano Chaves de Farias, num primeiro momento,

A proibição do incesto é justificável normativamente. Trata-se, pois, de uma norma-regra compatível com os valores constitucionais e com as diretrizes gerais do sistema de proteção do Direito das Famílias. Em primeiro lugar, porque os estudos biológicos indicam uma alta probabilidade de malformações físicas e psíquicas das pessoas oriundas de relacionamentos entre parentes. Depois, por força da densidade da moral social (coletiva),

também é estendido tal impedimento a vários modelos de parentesco.²⁵³

Ocorre que, em determinadas situações, o impedimento matrimonial, estabelecido a pretexto de se proteger a família, pode se converter em indevida restrição que sacrifica a própria família.

Explica-se. O impedimento matrimonial abrange, como dito, os vínculos biológicos e civis e o casamento celebrado com violação de impedimento é nulo de pleno direito. Demais disso, à exceção das pessoas casadas, mas separadas de fato, aqueles que não podem casar não podem também constituir união estável.

Desse modo, é possível imaginar, por exemplo, que irmãos biológicos que tenham sido criados por famílias diferentes se conheçam na vida adulta e entabulem relacionamento amoroso desconhecendo (ou não) o seu parentesco. Caso prossigam nesse relacionamento e venham mesmo a constituir prole, a lei lhes impedirá de serem reconhecidos como entidade familiar, visto que não podem casar, tampouco constituir união estável. Ou seja, o núcleo composto de pai, mãe e filhos não terá a especial proteção constitucional conferida à família, em face do vínculo biológico que une o casal. Este casal, então, não será beneficiado, especialmente, pelos efeitos previdenciários e sucessórios dessa união, além de quaisquer outros relativos à proteção da família, enquanto base da sociedade.

Situação como a descrita ocorreu na Alemanha e adquiriu repercussão mundial, com o agravante de que nesse país, o incesto é crime. Trata-se do caso *Stübing vs. Germany*, que chegou até a Corte Europeia de Direitos Humanos.²⁵⁴

Patrick Stübing nasceu em 1976 e aos três anos foi levado a um orfanato, de onde saiu aos sete, após ser adotado. Ele permaneceu sem nenhum contato com a família biológica até o ano de 2000, quando conheceu a mãe e a irmã Susan, então com 16 anos. Pouco tempo depois, a mãe biológica de Patrick e Susan faleceu e o relacionamento entre ambos se intensificou e os dois se apaixonaram. Passaram a

²⁵³ FARIAS, 2013, p. 45.

²⁵⁴ A descrição completa do caso que passa a ser apresentada está disponível no acórdão da CEDH. Cf. UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Stübing vs. Germany**, n. 43547/08, 2012. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/> eng?i=002-2153> Acesso em 30 mai. 2016.

viver juntos e tiveram quatro filhos.

Como na Alemanha as relações sexuais incestuosas constituem conduta criminosa, Patrick foi preso e os três filhos mais velhos do casal foram colocados sob a tutela do Estado. Quanto a Susan, o tribunal local levou em consideração o laudo psicológico e concluiu que a sua personalidade dependente, agravada pela morte da mãe, e dificuldades cognitivas tornavam-na parcialmente inimputável e ela não foi sentenciada.

Em 2007, Stübing ingressou com uma reclamação constitucional, alegando que a decisão violava o seu direito à autodeterminação sexual, além de ser discriminatória e desproporcional. Demais disso, interferia no seu direito à convivência familiar já que ele fora separado de Susan e dos filhos. A reclamação foi julgada improcedente por sete votos a um.

A decisão considerou que a legislação penal restringia o direito à autodeterminação sexual, proibindo a relação sexual entre irmãos. Entretanto, o Tribunal Constitucional entendeu que a lei não violava o núcleo essencial do direito à vida privada e, na medida em que proibia apenas um pequeno feixe de comportamentos sexuais, não era capaz de atingir a dignidade humana. Ainda segundo a corte, o relacionamento sexual entre irmãos pode afetar a família e a sociedade e trazer consequências para as crianças advindas da relação.

Considerou-se também que o legislador perseguiu objetivos que não eram incompatíveis com a Lei Fundamental e que, portanto, a restrição à autodeterminação sexual era legítima. As relações incestuosas, na opinião dos julgadores, trazem prejuízos à família, ao casamento e à sociedade como um todo; as crianças de uma relação incestuosa podem ter dificuldades de se adequar à estrutura familiar e de confiar nos seus guardiães. Em suma, o incesto pode abalar fortemente as estruturas da família.

A voz dissonante neste julgamento foi a do ministro Winfried Hassemer. Além de considerar a pena desproporcional, o magistrado entendeu que questões de eugenia não podem servir de sustentáculo para imputações criminais. Ademais, segundo ele,

não se sustentaria o argumento de proteção à família, haja vista que a conduta criminalizada era tão-somente o ato sexual. Outros atos libidinosos e relações sexuais entre parentes não consanguíneos não são tipificados, de modo que, antes de se buscar proteger o casamento e a família, a norma parece ser impelida apenas por juízos morais. Complementa ainda o ministro que não pode ser a proteção à família a *ratio legis*, pois o crime alcança, inclusive, condutas já não mais nocivas, por exemplo, a filhos adultos que estejam já cuidando das próprias vidas. Por fim, aduziu o magistrado que havia outras medidas disponíveis que poderiam proteger a família de modo similar ou até mais eficaz, tais como medidas de apoio à juventude e as medidas tomadas pelos tribunais de família.

O recurso à Corte Europeia de Direitos Humanos não alterou a decisão do Tribunal Constitucional alemão. A Corte levou em consideração a ausência de consenso entre os Estados membros acerca da criminalização das relações incestuosas consensuais entre irmãos adultos. Vinte e quatro dos quarenta e quatro Estados consultados preveem a responsabilização penal e, mesmo nos países que não a preveem, o casamento entre irmãos é proibido, o que denota uma percepção de que as relações amorosas entre irmãos não são aceitas nem pelos ordenamentos, nem pela sociedade como um todo. Por outro lado, não se verificou uma tendência empírica no sentido de descriminalizar essas condutas. A Corte Europeia de Direitos Humanos considerou, ainda, que se trata de situação que se encontra no âmbito das exigências da moral, mas que se inclui na ampla margem de apreciação das autoridades nacionais,²⁵⁵ inobstante o fato de se referir a aspectos extremamente íntimos da vida do indivíduo. Assim, concluiu que os tribunais locais ficaram dentro do seu âmbito de apreciação, quando da condenação de Stübing por incesto.

²⁵⁵ A doutrina da margem de apreciação é uma técnica jurídica presente no âmbito do direito internacional, especialmente na Corte Europeia de Direitos Humanos, que permite aos Estados participantes aplicar o direito nacional em determinados casos. A teoria é uma construção jurisprudencial e se baseia na subsidiariedade da atuação dos tribunais internacionais e no fato de que “em âmbitos sensíveis como o da moralidade e o da religião não há consenso entre os Estados”. A ela se dirigem algumas críticas, principalmente porque o reconhecimento de que a atuação do Estado se deu dentro da margem nacional de apreciação é casuístico e impreciso, o que “pode representar um risco de fragilização do direito internacional dos direitos humanos, caso seu uso torne-se indiscriminado”. Cf. SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?. **Anuario mexicano de derecho internacional**, México, v. 15, p. 195-238, dic. 2015. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100006&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 16 jun. 2016.

A proibição da família incestuosa se fundamenta, portanto, em dois critérios: um biológico, outro moral. O critério biológico leva em consideração a probabilidade de má formação da prole, por incompatibilidade genética. Militam contra este critério alguns argumentos, quais sejam: 1) as pessoas não se unem em matrimônio necessariamente para procriar e, caso assim queiram, podem optar por filhos adotivos ou fertilização heteróloga; 2) pessoas com idade avançada ou outras patologias também apresentam maior risco de má formação da prole e nem por isso são impedidas de casar ou mesmo de procriar; 3) impedir a formação de família com base em probabilidade de má-formação da prole seria indesejada hipótese de eugenia.

O segundo critério que fundamenta a restrição é de índole eminentemente moral. Em diversas culturas, em diversos períodos da história, o incesto é merecedor de reprovação social, malgrado a endogamia tenha servido em diversos momentos como forma de manutenção de patrimônio e poder dentro do mesmo grupo familiar.²⁵⁶ A questão é se esse julgamento moral deve ser assumido pelo direito.

O professor americano Jonathan Haidt desenvolveu um experimento buscando demonstrar que o julgamento moral precede a argumentação racional. Em seu experimento, ele apresenta situações projetadas para evocar fortes respostas morais sobre o que é certo ou errado, mas que são difíceis de justificar racionalmente. Os resultados apontam o peso que as emoções e intuições exercem na tomada de decisão moral.

Uma das situações apresentadas por Haidt em seu experimento descreve justamente um incesto entre irmãos. As circunstâncias foram pensadas para refutar imediatamente os principais argumentos que condenam o fato:

Julie e Mark são irmãos. Eles estão viajando juntos pela França, durante as férias de verão da faculdade. Uma noite eles estão sozinhos em uma cabana à beira da praia. Eles decidem que seria interessante e divertido se eles

²⁵⁶ Lévi-Strauss informa que: “O caso do Egito antigo é mais perturbador, porque descobertas recentes sugerem que os casamentos consanguíneos - particularmente entre irmã e irmão - representaram talvez um costume espalhado entre os pequenos funcionários e artesãos, e não limitado, conforme se acreditava outrora, à casta reinante e às mais tardias dinastias.” Cf. LÉVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas Elementares do Parentesco**. Tradução: Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982, p.48.

tentassem ter uma relação sexual. No mínimo seria uma experiência nova para cada um deles. Julie já tomava anticoncepcional mas Mark usa preservativo também, por segurança. Os dois gostam da experiência mas decidem não repeti-la. Eles matêm essa noite como um segredo especial que os faz se sentirem ainda mais próximos. O que você acha disso? É tranquilo que eles tenham se relacionado sexualmente?²⁵⁷

De acordo com Haidt, a reação imediata mais comum é as pessoas responderem que isso é errado, depois elas começam a apresentar razões. As razões mais comuns, segundo ele, envolvem anomalias genéticas ou um possível prejuízo no relacionamento de Julie e Mark. Mas na história apresentada, o contexto invalida esses argumentos já que eles se preveniram de uma possível gravidez e o segredo fez com que eles ficassem ainda mais próximos.

Num primeiro momento, o que se percebe é que as pessoas desconsideram certos fatos da história. Mas, mesmo quando estes fatos são lembrados, e os interlocutores não conseguem mais apresentar argumentos racionais que justifiquem a sua opinião, ainda assim, não mudam o julgamento inicial.²⁵⁸ Haidt aduz que esse estado cognitivo indica que as pessoas têm crenças e certezas que independem das justificativas que elas dão ou, em outras palavras, saber que algo é errado e por que é errado são processos completamente distintos.

Ora, se situações há em que não é possível argumentar racionalmente em favor de uma restrição a um direito fundamental, é imperioso concluir que essa restrição não é razoável. Vale lembrar Hesse, quando diz que “só se admitem restrições quando se revestem do interesse do bem comum, isto é, quando se podem justificar com considerações objetivas e razoáveis do bem comum e se compadecem também do princípio de proporcionalidade (em sentido amplo)”.²⁵⁹ Ou seja, a restrição a um direito fundamental tem que ser adequada à obtenção do objetivo público perseguido.

Inobstante se tratar de tema tabu e que causa desconforto, Lévi-Strauss (assim como Freud) acredita que é mais presente na realidade fática do que se imagina:

²⁵⁷ HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment. **Psychological Review**, Vol 108(4), Oct. 2001, p. 814–834. Tradução nossa.

²⁵⁸ Haidt denomina essa situação de perplexidade moral: a pessoa tem uma certeza de algo, mas não consegue encontrar razões para justificar a sua crença.

²⁵⁹ HESSE, 2009, p. 51.

Mas não há nada mais duvidoso que esta suposta repugnância instintiva. Porque o incesto, embora proibido pela lei e pelos costumes, existe, sendo mesmo, sem dúvida, muito mais frequente do que levaria a supor a convenção coletiva de silêncio. Explicar a universalidade teórica da regra pela universalidade do sentimento ou da tendência é abrir um novo problema, porque o fato admitido como universal não é tal de modo algum.²⁶⁰

Desse modo, tratando-se de irmãos maiores e capazes, com relacionamento desenvolvido em contexto não abusivo e incapaz de gerar prejuízos a terceiros, é de se concluir que não há interesse jurídico tutelável que faça a balança do sopesamento ser desfavorável à autonomia privada dos envolvidos.²⁶¹

4.1.2.2 Afins em linha reta

O parentesco por afinidade na linha reta não se extingue mesmo com a dissolução do vínculo conjugal ou da união estável. Desse modo, a regra que impede o casamento dos parentes afins em linha reta produz efeitos *ad eternum*. Isso significa que mesmo que uma pessoa se case, por exemplo, cinco vezes, manterá os vínculos de afinidade com os parentes de todos os cônjuges antecedentes.

A interdição de casamento dos parentes afins em linha reta é de cunho essencialmente moral. Busca-se evitar a desconstituição de um lar e uma ruptura familiar decorrente de fatores endógenos. Ocorre que a generalidade e a eficácia temporal da proibição pode conduzir a situações em que o impedimento seja apenas restrição arbitrária da autonomia privada. Para ilustrar o quanto exposto, tome-se o seguinte exemplo, que não se trata de situação hipotética:

Em 1999, o comerciante Cláudio Alves Francisco, de 31 anos, se casou com sua ex-sogra, Benedita Barbosa Machado, de 70 anos. A celebração foi apenas religiosa e precisou ser autorizada por dom Nelson Westrupp, bispo da Diocese de São José dos Campos, São Paulo. Francisco havia ficado viúvo de Nilcéia Telmo Machado, filha de Benedita, três anos antes, e continuou morando no fundo da casa da sogra, também

²⁶⁰ LÉVI-STRAUSS, 1982, p. 55.

²⁶¹ Cristiano Chaves de Farias, admite que em situações excepcionais, como nas hipóteses em que os irmãos desconhecem o vínculo biológico, por exemplo, existe uma derrotabilidade da norma regra que impede o casamento. Mas essa derrotabilidade só se verifica nos *extreme cases* e não apenas pelo sopesamento entre a autonomia privada dos indivíduos e a inexistência de lesão a direitos de terceiros. Cf. FARIAS, 2013, p. 49.

viúva. Depois disso, genro e sogra se ajudaram na superação do trauma e passaram a namorar. A união teve o aval da maioria dos filhos dela.²⁶²

Conforme se vê, no exemplo acima, não houve dano a qualquer bem jurídico que se pretendesse tutelar através do impedimento matrimonial. As partes envolvidas, maiores e capazes, no exercício do seu direito à livre constituição de família e à autodeterminação sexual resolveram se unir em matrimônio e constituir nova entidade familiar. A despeito do casamento religioso havido, em face do impedimento matrimonial, não podem ser reconhecidos juridicamente como família. Em situações que tais, que não são raras,²⁶³ a moral do legislador se sobrepõe à autonomia privada, restringindo indevidamente direito fundamental e atingindo a esfera da dignidade dos indivíduos.

O que se observa é que a restrição ao direito de casar, nessas hipóteses, impede a formação do vínculo jurídico e limita a proteção constitucional a esses agrupamentos, mas é incapaz de obstar que as relações afetivas se estabeleçam no mundo dos fatos. Impõe-se reconhecer, destarte, a ineficácia da restrição na tutela da família, bem como a sua natureza de indevida intervenção estatal no poder de autodeterminação dos sujeitos.

4.1.2.3 O imperativo da monogamia

A proibição de que pessoas casadas contraiam novo casamento, contida no art. 1.521, VI do Código Civil, consagra o sistema monogâmico do direito das famílias brasileiro. Equivocadamente denominada de princípio, a monogamia é opção do legislador brasileiro e da absoluta maioria dos países ocidentais,²⁶⁴ consagrada na norma

²⁶² Conforme informações da Folha de São Paulo, São Paulo, quinta, 14 de janeiro de 1999, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff14019906.htm>>; e do Diário do Grande ABC, 14 de janeiro de 1999, disponível em: <<http://www.dgabc.com.br/Noticia/201705/genro-e-ex-sogra-casam-amanha-em-jacarei>>. Acesso em 02 jun. 2016.

²⁶³ Exemplificativamente, pode-se ainda mencionar, pela notoriedade do caso, o casamento do cineasta Woody Allen com a sua ex-enteada Soon Yi Previn, filha de sua ex-companheira Mia Farrow.

²⁶⁴ A permissão da poligamia está geralmente associada à religião, especialmente ao islã. O Alcorão autoriza a poligamia somente ao varão (poliginia), negando-a à mulher e limitando a quatro o número de esposas, desde que o varão consiga sustenta-las igualmente. A poligamia feminina, também chamada de poliandria, é fenômeno raro, mesmo em nível mundial. Há registros da sua prática ainda atualmente no Nepal e em algumas aldeias isoladas do Himalaia.

proibitiva supra referida.

O direito canônico foi fundamental para o desenvolvimento da predominante concepção de família e de conjugalidade monogâmica. A Igreja Católica foi a primeira instituição a fazer do casamento um ato solene e regulou-o de forma tão detalhada que mesmo o movimento de secularização pós Revolução Francesa não foi capaz de apagar tamanha influência.²⁶⁵

Rodrigo da Cunha Pereira defende que a opção do legislador pelo sistema monogâmico não é uma escolha por valores morais ou moralizante, mas uma questão de organização jurídica da família, um mecanismo de se barrar o que ele chama de excessos. Segundo o autor, a contenção desses e de outros excessos é que viabiliza a civilização.²⁶⁶ Malgrado diversos autores entendam ser a monogamia princípio estruturante do direito das famílias, essa concepção não é uníssona: embora não se negue a centralidade das famílias monogâmicas nas sociedades cristãs ocidentais, também não se pode negar a existência de arranjos familiares que fujam desse padrão.²⁶⁷

Antes de se adentrar, porém, nesse mérito, é preciso esclarecer que a monogamia não se confunde com a fidelidade. Trata-se de uma forma de organização da família conjugal que é passível de conviver com a traição e a infidelidade, do mesmo modo em que a fidelidade pode ser preservada em relações poligâmicas.²⁶⁸ O que o sistema monogâmico não admite é o estabelecimento de mais de uma relação conjugal,²⁶⁹ seja através do casamento, seja através da união estável.

Dessa maneira, ao impor a monogamia como uma regra jurídica, o Estado opta por um modelo exclusivo de conjugalidade, no qual cabem apenas duas pessoas, independentemente dos desejos dos envolvidos. Embora essa opção atenda aos

²⁶⁵ SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia: A sua Superação como Princípio Estruturante do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 69-70.

²⁶⁶ PEREIRA, 2012, p. 131.

²⁶⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas e o Princípio da Monogamia. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. **Anais...** Belo Horizonte, out. 2005.

²⁶⁸ PEREIRA, op. cit., p. 128-129.

²⁶⁹ Toma-se de empréstimo aqui o conceito adotado pela psicologia, no qual a conjugalidade é a comunhão de vida estabelecida pelo casal, independentemente do vínculo jurídico do matrimônio.

anseios da parcela prevalente da sociedade, não se coaduna com o princípio da pluralidade consagrado no Texto Constitucional. A imposição da monogamia nega o *status* de família a situações fáticas cada vez mais visíveis: os núcleos familiares paralelos ou simultâneos e aqueles compostos por mais de duas pessoas na relação afetiva, que vêm sendo chamados de uniões poliafetivas ou, simplesmente, designados de poliamor.

Embora o poliamor seja tema que tenha ganhado visibilidade apenas mais recentemente, a partir de notícias de pessoas que procuraram regular os efeitos patrimoniais dessas uniões celebrando escritura de união estável,²⁷⁰ as famílias simultâneas constituem tema enfrentado pelo Judiciário brasileiro já há mais de uma década,²⁷¹ especialmente para se lhes reconhecerem efeitos sucessórios e previdenciários. Ou seja, trata-se de realidade sociológica que ainda busca reconhecimento jurídico. A negativa desse reconhecimento, em ambas as hipóteses de constituição familiar, funda-se no imperativo da monogamia.

Com efeito, mesmo com o crescente reconhecimento pela doutrina do *status* de família das relações anteriormente designadas de concubinárias, a jurisprudência dos Tribunais Superiores recalitra em promover tal ampliação hermenêutica. Insistem – STJ e STF – em colocar a união estável simultânea ao casamento (ou a outra união estável) à margem da seara familiarista, negando-lhes os efeitos da proteção constitucional.

Nesse sentido, é imperioso analisar os seguintes julgados, que revelam a tese adotada pelas instâncias superiores:

No julgamento do Recurso Especial n.º 1096539/RS, o Superior Tribunal de Justiça

²⁷⁰ Importante ressaltar que a união estável é situação de fato e a escritura reguladora dessa união que vem sendo adotada por muitos companheiros, para além de seu valor simbólico, destina-se apenas à regulação de efeitos patrimoniais, possuindo, quanto ao vínculo afetivo, efeito meramente declaratório.

²⁷¹ Nesse sentido, confira-se o Recurso extraordinário n.º 158700, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, julgado em 30/10/2001. A decisão de primeiro grau havia reconhecido como união estável a relação simultânea ao casamento, mas foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o que foi corroborado pelo Supremo Tribunal Federal. Cf. RE 158700, Relator(a): Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, Julgado Em 30/10/2001, Dj 22-02-2002 Pp-00055 Ement Vol-02058-02 Pp-00436.

confirmou entendimento já adotado pela Corte, de impossibilidade de se reconhecer o vínculo jurídico da união estável concomitante a casamento não desfeito. Em seu voto, o Ministro Luis Felipe Salomão assentou:

[...] não se discute a possibilidade de, no mundo dos fatos, haver mais de uma união com vínculo afetivo e duradouro, com o escopo de constituição de laços familiares, o que evidentemente acontece.

O que se perquire é se, ainda que de fato haja vínculos afetivos desse jaez, o ordenamento jurídico confere-lhes alguma proteção.

[...]

O exemplo positivado de relações sociais que não geram efeitos jurídicos, ao menos no âmbito do direito de família - e até que o legislador opte por uma solução diferente, se optar -, é o chamado concubinato (antigamente dividido em puro e impuro), verificado nas relações afetivas não eventuais, quando no mínimo uma das partes está impedida de se casar ou, se casada, não se separou de fato de seu cônjuge.

[...]

Ou seja, mesmo que determinada relação não eventual reúna as características fáticas de uma união estável, em havendo o óbice, para os casados, da ausência de separação de fato, não há de ser reconhecida a união estável.²⁷²

Percebe-se que o entendimento adotado pelo Ministro – e que é predominante no Superior Tribunal de Justiça – nega a atribuição de efeitos jurídicos a situação de fato, mesmo que ela se revista de todas as características previstas na norma. Privilegia-se a letra fria da lei em detrimento da realidade viva e pulsante.

O mesmo se verifica no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão

²⁷² REsp 1096539/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 25/04/2012. Do mesmo modo, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.348.458/MG, a Ministra Nancy Andrighi, em aparente incongruência, afirmou: “07. Com efeito, uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 08. Isso não significa que o direito deva simplesmente ignorar a existência das relações plúrimas, múltiplas, simultâneas ou paralelas. Até porque elas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses”. Ou seja, apesar de não negar a existência das uniões simultâneas e o direito à busca da felicidade, negou o reconhecimento do *status* de companheira à recorrente com base no imperativo da monogamia. Cf. REsp 1348458/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014.

decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.²⁷³

Admitir, nos dias atuais, a existência de concubinato, mesmo quando presentes todos os requisitos indicativos de união estável, negando-lhe efeitos jurídicos decorrentes da proteção constitucional à família é virar as costas a toda principiologia constitucional já examinada no capítulo inicial deste trabalho. Como afirma Marcos Alves da Silva, retroage-se “ao passado de desclassificação da família não matrimonializada que só encontrava amparo por meio de uma analogia forçada com a sociedade de fato, mas que, como família jamais vista ou considerada”.²⁷⁴

Entender, portanto, a monogamia como princípio estruturante do direito das famílias implica negar reconhecimento a famílias existentes no mundo dos fatos. Restringe-se, pois, a liberdade de constituição de família. Resta saber se a restrição atinge ou não o núcleo essencial dessa liberdade. Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

[...] a monogamia somente é relevante para o direito de família quando seu avesso violar a dignidade da pessoa humana. Se assim não for, não cabe ao Estado ser o tutor da construção afetiva coexistencial, assumir o lugar do “não”. A negação ao desejo mútuo, correspectivo, nesse caso, já se apresenta por meio do juízo de reprovação social movido por uma moral média. A coerção estatal não encontra, aqui, o espaço em que legitimamente possa ser exercida.²⁷⁵

Demais disso, observa Marcos Alves da Silva que quando se desloca o tema da monogamia do âmbito da regulação religiosa e moral para o jurídico, promove-se sobrecarga de demanda para o direito. E, no caso do direito brasileiro, não é equivocado dizer que ocorre, ainda, violação do pacto constitucional, haja vista ser este fundado em uma principiologia que tem como referência a pessoa humana e sua dignidade.²⁷⁶

²⁷³ RE 397762, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 03/06/2008, DJe-172 Divulg 11-09-2008 Public 12-09-2008 Ement VOL-02332-03 PP-00611. Este acórdão vem servindo de precedente a outros julgamentos da Corte, a exemplo do MS 33555/DF, ocorrido recentemente.

²⁷⁴ SILVA, Marcos Alves da. A monogamia em questão repensando fundamentos jurídicos da conjugalidade contemporânea. IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, Famílias: Pluralidade e Felicidade. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, p. 168.

²⁷⁵ RUZYK, 2005. O mesmo raciocínio se aplica tanto às famílias simultâneas quanto às relações poliafetivas.

²⁷⁶ SILVA, M., 2013, p. 187-188.

4. 2 O DIREITO DE ESCOLHER O REGIME DE BENS

Como consectário do direito ao casamento, está o direito de escolher o regime de bens que vigorará na constância do vínculo matrimonial. O Código Civil estabelece como regime padrão, a comunhão parcial de bens, sendo, porém, lícito às partes estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

Algumas pessoas, entretanto, não têm essa liberdade de escolha, sendo-lhes imposto o regime de separação de bens. Entre essas pessoas estão os idosos maiores de 70 anos. Decerto, dirige-se o dispositivo à proteção do patrimônio das pessoas idosas que podem vir a se casar com outras mais jovens, estas não por afeto, mas apenas interessadas em eventual proveito econômico. Todavia, valer-se dessa premissa para justificar a presença de tal imposição no ordenamento é medida não apenas desarrazoada, mas inconstitucional.

A Lei 10.741/03, mais conhecida como Estatuto do Idoso, buscando dar efetividade ao programa constitucional, garante a todos com idade igual ou superior a 60 anos especial proteção legal, a fim de se lhes assegurar "todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade".

A dignidade humana assegura à pessoa o papel de protagonista nas preocupações do Estado. Sendo assim, o leque de direitos e garantias fundamentais deve ser interpretado de forma a dar efetividade ao aludido postulado. Desse modo, quando se fala em direito à vida, não se pode restringir o conceito apenas à condição biológica, pois, mais que isso, o direito à vida diz respeito a uma vida digna, com todas as suas implicações.

O Estatuto do Idoso ao deferir especial proteção aos que se encontram na "melhor idade" busca dar efetividade ao princípio da isonomia, lembrando a todos – sociedade e Poder Público – que eles também fazem jus a uma vida digna, não devendo ser esquecidos à margem da inclusão social. O que o diploma visa a coibir é o preconceito que as pessoas mais idosas sofrem, sobretudo no acesso ao trabalho, ao lazer e à

saúde. É por essa razão que a especial proteção se justifica e não por se imputar ao idoso qualquer tipo de incapacidade.

Ao contrário, nos tempos modernos, o "peso" da idade se revela cada vez mais tarde. A crescente preocupação com a saúde física e mental, o maior acesso à informação e o culto à vaidade são fatores que favorecem o retardamento de uma eventual senilidade e permitem aos idosos reconstituir suas vidas afetivas.

As normas jurídicas ao restringirem direitos fundamentais devem ter seu conteúdo formulado com racionalidade, justa medida e adequação aos seus fins. A ausência desses requisitos pode conduzir a aberrações normativas seja por ausência de congruência ou pelos exageros que atingem o núcleo essencial do direito fundamental restringido. Desse modo, "as razões que justificam a utilização de bom senso e moderação pelo legislador são óbvias e necessárias".²⁷⁷

Como dito anteriormente, a senilidade é condição cada vez mais tardia nos dias atuais. Segundo dados do censo demográfico realizado pelo IBGE em 2000, mais de 8% da população é formada por idosos, sendo boa parte deles provedores de seus lares, com uma renda média então equivalente a pouco mais de três salários mínimos.²⁷⁸

Diante dessa situação, é natural que muitos idosos, viúvos, separados, divorciados ou mesmo solteiros queiram refazer sua vida e encontrar um novo companheiro, dando uma nova chance ao amor e, muitas vezes a si mesmos. O desejo de estabelecer uma comunhão de vida permeada pelo afeto e colaboração mútua é inerente à maior parte dos seres humanos, independentemente da idade.

A imposição do regime de separação obrigatória de bens ao maior de setenta anos revela-se, assim, completamente equivocada, mesmo porque parte de premissas falsas. A primeira delas é a de que o novo casamento se dará entre pessoas de idade muito diversas e por um provável interesse econômico. A segunda é a de que na constância desse casamento não haverá esforço comum para aquisição/preservação

²⁷⁷ RESENDE, Antônio José Calhau de. O princípio da razoabilidade dos atos do poder público. **Revista do Legislativo ALMG**, Belo Horizonte, n. 26 abr-dez 1999. Disponível em <[http://www.almg.gov.br/revistalegis/Revista26/calhau 26.pdf](http://www.almg.gov.br/revistalegis/Revista26/calhau%2026.pdf)>. Acesso em 01 mar. 2007.

²⁷⁸ Conforme dados colhidos no sítio do IBGE na internet.

do patrimônio do casal.

Essa restrição à autonomia privada do idoso alça-o à condição de incapaz, violando os valores constitucionais da isonomia, da dignidade humana e da liberdade.

Todavia, a desproporcionalidade da medida não reside apenas aí. Adotando a máxima de "dois pesos, duas medidas" o legislador não fez qualquer ressalva ao maior de 70 anos que desejar estabelecer a sua comunhão de vida através da união estável. Aos companheiros, quaisquer que sejam as idades, fica assegurado o direito ao regime da comunhão parcial de bens ou qualquer outro estabelecido em contrato de convivência, haja vista que norma restritiva de direitos não admite interpretação extensiva.

Dentro da proteção constitucional conferida à família, encontra-se dispositivo que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento, em claro estímulo à oficialização das uniões afetivas pelo vínculo civil. O artigo 1.641 do Código Civil, porém, caminha em sentido contrário.

A despeito da imposição do regime de separação de bens ao maior de 70 anos, a súmula 377 do STF, aprovada em 1964, permite a partilha dos aquestos adquiridos pelo esforço comum na constância do casamento, mesmo nos regimes de separação de bens, obstando-se, assim, o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges. O que se percebe é que desde a vigência da lei civil anterior, o Supremo já tentava dirimir os efeitos nefastos de tal restrição à autonomia dos cônjuges, orientação que não foi seguida pelo legislador da nova codificação.

Nessa linha de compreensão, destaque-se a seguinte decisão de 1975:

1. Alemães casados pelo regime da separação de bens de acordo com a lei nacional de ambos, que se radicaram no Brasil após o casamento. Se o marido e a mulher se mantiveram sempre unidos e conjugaram esforços para levar a cabo a formação do patrimônio comum, ainda que a cooperação da esposa tenha sido limitada ao trabalho doméstico, tem ela indiscutivelmente o direito, até mesmo natural, de compartilhar daquele complexo de bens, como dispõe o art. 259 do Código Civil. Não importa que o marido e a mulher sejam estrangeiros e hajam celebrados o casamento pelo regime da separação de bens, nos termos da lei nacional de ambos, porque, no pormenor da comunhão dos aquestos, o importante e decisivo é o esforço comum e construtivo desenvolvido pelo casal no domicílio em que ele construiu ou formou O patrimônio pelo trabalho constante e conjugado do

marido e da mulher. Trata-se de uma realidade que o direito positivo se limita a homologar, tão difícil e sua negação. 2. Recurso extraordinário provido, nos termos do verbete 377 da Súmula do STF.²⁷⁹

A despeito da indiferença do legislador de 2002 para com a Súmula 377, não se pode dizer que a mesma não subsista mais, pois as mesmas razões que sempre ensejaram sua aplicação continuam a se configurar nos dias atuais. Assim, a restrição trazida pelo inciso II do art. 1.641 peca em duas frentes: a uma por desconsiderar a realidade fática e permitir a possibilidade de enriquecimento indevido de uma das partes em detrimento da outra; a duas porque restringe a autonomia privada do idoso, maculando a sua dignidade.

Desse modo, não há qualquer justificativa apta a sustentar a imposição de um regime de separação de bens aos nubentes idosos, constituindo essa imposição indevida intervenção na autonomia privada. É de se salientar, como observam Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, que “uma pessoa com setenta anos pode (e isso acontece com frequência) chefiar o Poder Executivo e escolher os destinos econômicos de toda a nação, malgrado não possa, estranhamente, escolher o seu próprio regime de bens”.²⁸⁰

A imposição do regime de separação de bens no casamento do maior de 70 anos disposta no Código Civil atinge o núcleo essencial dos direitos à liberdade e à isonomia, assim como a dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, restrição nitidamente inconstitucional.

4.3 O DEVER DE VIDA EM COMUM, NO DOMICÍLIO CONJUGAL

Durante os quase cem anos de vigência do Código Civil de 1916, a desigualdade de direitos entre homem e mulher foi sendo mitigada paulatinamente: primeiro pelo Estatuto da Mulher Casada em 1962, depois pela Lei do Divórcio em 1977 até a consagração do princípio da isonomia de gêneros pela Constituição de 1988. Nessa trilha, “o Código Civil de 2002 suprimiu os deveres particulares do marido e da mulher,

²⁷⁹ RE 78811, Relator(a): Min. Antonio Neder, Primeira Turma, julgado em 29/04/1975, DJ 06-06-1975 PP-03949 Ement VOL-00988-01 PP-00234 RTJ VOL-00074-01 PP-00194

²⁸⁰ FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 341.

um dos pilares da desigualdade de tratamento legal entre os cônjuges, compatibilizando-se, nesse ponto, com os valores constitucionais”.²⁸¹

Entretanto, a despeito do novo paradigma de uma família igualitária e calcada em laços de afetividade, os direitos de liberdade foram também restringidos pelo legislador infraconstitucional nas relações conjugais já estabelecidas, o que não deixa de ser um fato curioso, haja vista a disposição contida no art. 1.513 do Código Civil, de que é defeso a qualquer pessoa interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Com efeito, ao estabelecer determinados deveres conjugais, o legislador regula situações que afetam a liberdade, a intimidade e a privacidade dos cônjuges e que não guardam qualquer interesse público.²⁸² Os deveres de fidelidade recíproca e de vida em comum no domicílio conjugal importam profunda interferência na esfera de autodeterminação familiar.

Outrossim, antes da vigência da Emenda Constitucional n.º 66/2010, a imposição de tais deveres abria espaço para que o seu cumprimento ou descumprimento fossem discutidos judicialmente quando de averiguação de eventual culpa na separação do casal, expondo sobremaneira a intimidade das pessoas e da família.²⁸³

Como afirmado acima, dentre os deveres recíprocos estabelecidos para os cônjuges, está o dever de vida em comum no domicílio conjugal, também chamado de dever de coabitação. Este dever, reproduzido da codificação anterior, era interpretado pela

²⁸¹ LÔBO, Paulo. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6929>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

²⁸² LÔBO, 2005.

²⁸³ Nesse sentido, observe-se a seguinte ementa: LIMITES DO DEBITO CONJUGAL. ONUS DA PROVA. O COITO ANAL, EMBORA INSERIDO DENTRO DA MECANICA SEXUAL, NAO INTEGRA O DEBITO CONJUGAL, PORQUE ESTE SE DESTINA A PROCRIACAO. A MULHER SOMENTE ESTA SUJEITA A COPULA VAGINICA E NAO A OUTRAS FORMAS DE SATISFACAO SEXUAL, QUE VIOLENTEM SUA INTEGRIDADE FISICA E SEUS PRINCIPIOS MORAIS. A MULHER QUE ACUSOU O MARIDO DE ASSEDIO SEXUAL NO SENTIDO DE QUE CEDESSE A PRATICA DA SODOMIA, E NAO DEMONSTROU O ALEGADO, RECONHECIDAMENTE DE DIFICIL COMPROVACAO, ASSUME OS ONUS DA ACUSACAO QUE FEZ SEM NADA PROVAR. A PROVA, NOS TERMOS DO ARTIGO 333, INC-I, DO CPC, INCUMBE A QUEM ALEGA. PROCEDENCIA DA RECONVENCAO OFERECIDA PELO VARAO. (Apelação Cível Nº 595116724, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 07/03/1996)

doutrina clássica como a obrigação dos cônjuges de viverem na mesma casa e também de manterem relacionamento sexual.²⁸⁴

Essa compreensão é fruto de um contexto machista no qual nasceu o Código de 1916. Prevalcia então um modelo de família despreocupado com a realização pessoal de seus membros, especialmente a mulher, sendo o casamento um meio de legalização das relações sexuais e de procriação, pouco importando o desenvolvimento de laços de afetividade.²⁸⁵

A imposição de um dever de coabitação, também chamado de débito conjugal, leva “à absurda conclusão de que o consorte subjugado seria devedor de uma prestação sexual, ao passo que o seu par ocuparia a posição de credor dessa mesma prestação”.²⁸⁶ Maria Helena Diniz chega a afirmar que pelo dever de coabitação, um cônjuge tem direito sobre o corpo do outro para o atendimento de relações íntimas, sendo possível exigir o cumprimento da obrigação. Apoiando-se em Laurent, a autora afirma se tratar de dever de ordem pública, pois não haveria casamento sem vida sexual.²⁸⁷

A imposição de tais deveres aos cônjuges pelo legislador, seja para viverem sob o mesmo teto, seja para cumprirem o *débito conjugal*, não se coaduna com o postulado da dignidade da pessoa humana e viola a autonomia privada dos consortes. Com efeito, nada impede que o casal resida em casas diferentes, se assim desejar ou as circunstâncias exigirem, como acontece quando um deles trabalha em localidade diversa da do outro. Exigir comportamento em sentido diverso quando as próprias partes assim convencionaram é indevida intromissão em sua esfera de liberdade.

O direito sobre o corpo do outro, como propugna Diniz, é direito inexistente na ordem jurídica constitucional pátria. O direito ao próprio corpo é direito fundamental da

²⁸⁴ Cf. FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 305 e GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 308.

²⁸⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo: A Possibilidade de Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 211-212.

²⁸⁶ Ibid., p. 211.

²⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 5: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 134

personalidade e, portanto, indisponível, intransmissível e irrenunciável.²⁸⁸ Qualquer interpretação em sentido contrário viola os direitos à integridade física, à saúde psíquica, à autodeterminação sexual e, é claro, à dignidade. E, não é demais esclarecer, a violação desse direito constitui crime contra a dignidade sexual, conforme disposições do Título VI do Código Penal.

De todo modo, não se pode olvidar que o descumprimento do dever conjugal de coabitação hodiernamente não tem grande relevância jurídica, uma vez que não cabe mais ao Estado perquirir o que levou à insuportabilidade da vida em comum.²⁸⁹ Os motivos pertencem, como quer a Constituição, à esfera da intimidade dos indivíduos.

4.4 O FIM DA SEPARAÇÃO JUDICIAL COMO MECANISMO DE PERSCRUTAÇÃO DA VIDA CONJUGAL

Antes do advento da Emenda Constitucional n.º 66/2010, o sistema jurídico pátrio previa duas etapas distintas para a completa dissolução do vínculo conjugal, ressalvadas as hipóteses de divórcio direto. Desse modo, antes de vencidos dois anos de separação de fato, os cônjuges deveriam entrar primeiro com uma ação de separação judicial, para, apenas posteriormente, requererem a definitiva dissolução do vínculo através do divórcio.

A Emenda Constitucional n.º 66 modificou a redação do § 6º do art. 226 da Constituição, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos para a concessão do divórcio.

A justificativa do Projeto da Emenda Constitucional enfatizou a necessidade de se preservar a intimidade e a vida privada dos pretensos ex-consortes, que, através do instituto da separação judicial, experimentavam uma exposição – muitas vezes

²⁸⁸ Salvo por exigência médica ou para fins de transplante, como dispõe o art. 13 do Código Civil.

²⁸⁹ Stolze e Pamplona defendem se tratar de dever jurídico que poderá trazer como consequência além do divórcio, a possibilidade de anulação do casamento, apresentando precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual se consignou que a obtenção de absoluta recusa de manutenção de relações sexuais após o casamento demonstra a existência de erro essencial quanto à pessoa do outro. Cf. GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 311.

constrangedora – nos tribunais, “contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação”.²⁹⁰

Vê-se, pois, que o objetivo da emenda era, de fato, suprimir o instituto da separação judicial do ordenamento jurídico, ao contrário do que ainda sustentam alguns civilistas, em clara inversão da hierarquia normativa. Nesse sentido, Gagliano e Pamplona observam, ainda, que o projeto final aprovado pelo Senado Federal retirou a expressão “na forma da lei” que constava ao final do dispositivo, colocando uma pá de cal em qualquer tentativa contrária à simplificação do rompimento do vínculo conjugal promovida pela Emenda Constitucional.²⁹¹

Sendo assim, tem-se que a alteração promovida no § 6º do art. 226 teve duplo efeito: o de extinguir a separação judicial do sistema jurídico e o de acabar com a exigência de lapso temporal para a concessão do divórcio.

A separação judicial era medida equivalente ao antigo desquite, cuja finalidade era a de extinguir a sociedade conjugal sem pôr fim ao vínculo matrimonial. Desse modo, cessavam o regime de bens e os deveres dos cônjuges, entretanto, não lhes era permitido novo casamento, ainda que nenhum deles desejasse qualquer reconciliação.

Demais disso, em sede de ação de separação judicial, cabia a qualquer dos cônjuges imputar ao outro qualquer violação dos deveres do casamento que tornasse insuportável a vida em comum, constituindo condutas violadoras, por exemplo, o adultério, o abandono voluntário do lar e a conduta desonrosa. A separação somente poderia ser requerida consensualmente, se os cônjuges fossem casados há mais de um ano.

Ou seja, a separação judicial era concedida pelo juiz, após apurar circunstâncias

²⁹⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 413/2005**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=290450>>. Acesso em 07.06.2016.

²⁹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55.

concernentes à vida privada do casal. Nos litígios, buscava-se a atribuição de culpa pelo fim do relacionamento amoroso, imputando-se ao culpado penalidades como a impossibilidade de manutenção do nome de casado e a restrição dos alimentos ao estritamente necessário à sobrevivência.²⁹² Privilegiava-se mais o casamento enquanto instituição do que a dignidade e autonomia das pessoas ligadas pelo vínculo conjugal.

Ao livre direito de se casar com quem se quer deve corresponder o direito de livremente desconstituir esse vínculo conjugal. Cessada a comunhão de vida, não há por que se perscrutar de quem é a culpa pelo fim, mesmo porque comunhão pressupõe sintonia, algo que é comum. Sendo assim, o direito de dissolver o vínculo matrimonial é verdadeiro direito potestativo,²⁹³ não havendo porque se apenar, por qualquer modo, aquele que não deseja mais manter um relacionamento amoroso falido.

Desse modo, como assevera Leonardo Moreira Alves, verifica-se a derrocada do elemento culpa em favor da simples verificação da ruptura da convivência sadia dos consortes. Em favor dessa mudança de procedimento milita, ainda, o fato de que, na separação judicial, se o interessado não lograsse comprovar a culpa do consorte, o pedido de separação seria indeferido, de modo que seria imperativa a manutenção do casamento, mesmo contra a vontade das partes, atingindo frontalmente sua dignidade e sua autonomia.²⁹⁴

Antes da Emenda Constitucional, ainda, convivia ao lado da separação judicial a possibilidade de divórcio direto, mas este condicionado à prova da separação de fato por dois anos. Destarte, mesmo que os cônjuges estivessem de comum acordo com o fim do casamento, sem ressentimentos e ávidos por começarem nova vida sozinhos, não tinham a autonomia de findar a relação jurídica matrimonial se não decorrido o

²⁹² Rolf Madaleno assevera que qualquer debate acerca da culpa apenas prorroga a dissolução do vínculo, trazendo constrangimentos desnecessários às partes. Para o autor, “Isso não significa extinguir a culpa do sistema judicial, mas terá, por evidente, outro foro legal de discussão, em ação autônoma de alimentos ou eventual ação de indenização pelo consorte que foi vítima de danos morais ou estéticos”. Cf. MADALENO, Rolf. *Separações e Anulações - Culpa e Responsabilidade ou o Fim da Conjugalidade*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2015, p. 610-611.

²⁹³ Cf. ALVES, 2010, p. 191.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 192.

extenso lapso temporal. Tratava-se, pois, de restrição desproporcional da autonomia privada que, adequadamente, não mais vigora no ordenamento jurídico.²⁹⁵

4.5 AUTORIDADE PARENTAL E PROTEÇÃO DOS SUJEITOS VULNERÁVEIS

A Constituição Federal, no dispositivo dedicado à família, fez menção expressa ao princípio da paternidade responsável. Daí se infere, como visto no Capítulo 2, que para além da preocupação com o planejamento familiar, a parentalidade responsável impõe o dever de proteção integral à criança e ao adolescente.

A autoridade parental²⁹⁶ é conferida igualmente aos pais, constituindo-se verdadeiro poder-dever. Através da autoridade parental, os pais devem propiciar a criação e manutenção de vínculos afetivos saudáveis e necessários ao desenvolvimento da criança e do adolescente, além de zelar por sua formação e educação.

A grande mudança de paradigma nessa relação pais e filhos, proporcionada pela Constituição Federal, foi o posicionamento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, merecedores de respeito e consideração e detentores de dignidade. Como destacam Ana Carolina Brochado Teixeira e Marcelo de Mello Vieira, “o desenvolvimento da personalidade é um processo dinâmico, dialético e ininterrupto que ocorre em todas as fases da vida de qualquer pessoa”,²⁹⁷ mas, por certo, merece especial atenção quando se trata de pessoa em fase peculiar de desenvolvimento.

A partir de seu reconhecimento como sujeitos de direitos em condição especial de desenvolvimento, as crianças e os adolescentes recebem especial atenção nas

²⁹⁵ Como observa Madaleno, o divórcio unilateral sem causa respeita o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas e reconhece transcendência à autonomia privada dos consortes, quando não mais desejam seguir vinculados pelo elo do matrimônio. *Ibid.*, p. 607.

²⁹⁶ Adota-se aqui a expressão autoridade parental ao invés de poder familiar, como já vem fazendo parte da doutrina, inspirada na expressão francesa *autorité parentale*. Como observa Euclides Oliveira, a expressão poder familiar, utilizada pelo Código Civil não é tecnicamente a mais adequada para designar a autoridade parental: seja porque compreende mais deveres do que poderes, seja porque é atribuição reservada apenas aos pais e não a toda a família. Cf. OLIVEIRA, Euclides. *Alienação Parental e as Nuances da Parentalidade - Guarda e Convivência Familiar*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2015, p. 310.

²⁹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. *Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990*. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>>. Acesso em 05 jun. 2016.

relações familiares, deixando de ser objetos de relações jurídicas para se transformarem em personagens ativos, cujos interesses devem ser considerados na organização daquele grupo.²⁹⁸ A família, enquanto primeiro *locus* de convivência, deve ter a responsabilidade de fazer valer os direitos das crianças e de adolescentes, levando em consideração suas emoções e suas opiniões.

Assim, incumbe aos pais, na qualidade de detentores da autoridade parental, propiciar aos filhos um ambiente de proteção e respeito capaz de lhe proporcionar uma formação cidadã. O poder-dever familiar traz consigo as funções tanto de autoridade quanto de cuidado. Nesse aspecto, a autonomia privada dos pais quanto à educação dos filhos resta um tanto quanto diminuída, na medida em que a legislação infraconstitucional lhes impõe alguns deveres e limita o exercício da disciplina.

4.5.1 Dever de Cuidado

Além de ser o primeiro *locus* de convivência da pessoa, a família, em regra, é também a responsável pelos vínculos de afeto mais duradouros da vida. Desde cedo, através de relações de cuidado, a criança estabelece laços de afetividade e apreende as regras da convivência humana. Nessas relações de afeto e responsabilidade, o indivíduo vai moldando a sua personalidade e desenvolvendo capacidades.

Embora o afeto seja bem não passível de ser exigido judicialmente, o dever de cuidado é responsabilidade inerente à parentalidade responsável. Assim, a criança, na sua condição de pessoa em formação tem o direito de ser cuidada, a fim de se lhe assegurar o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, conforme determina o Estatuto da Criança e do Adolescente. No exercício desse dever, algumas se situações se tronam questões sensíveis.

4.5.1.1 Matrícula obrigatória em rede regular de ensino e homeschooling

Dentre outros deveres estabelecidos em prol do desenvolvimento infantil, o Estatuto

²⁹⁸ TEIXEIRA; VIEIRA, 2015.

da Criança e do Adolescente determina, no seu art. 55, que os pais têm a obrigação de matricular seus filhos na rede regular de ensino. A infringência a este dever pode até mesmo ser enquadrada em conduta típica de abandono intelectual, prevista no art. 246 do Código Penal, com pena prevista de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Destarte, os pais que optam pela educação doméstica, ou *homeschooling*,²⁹⁹ infringem o Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo, ainda, responder criminalmente, como acima descrito. Entretanto, os pais que optam por esta modalidade de educação defendem a existência de um fundamento constitucional para tanto, na medida em que o art. 205 da Constituição dispõe que a educação, direito de todos, é dever do Estado e da família. Defendem os pais que esse modelo educacional motiva mais o educando, dada a sua dinâmica, bem como evita que eles estejam submetidos a práticas abusivas como o bullying. A socialização da criança é feita em outros espaços de convivência, como parques, atividades esportivas, condomínios, clubes etc.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 3.179/2012 que tem por escopo assegurar o direito de opção das famílias com relação ao exercício da responsabilidade educacional para com seus filhos através da educação doméstica. Outros projetos semelhantes já foram intentados e não obtiveram êxito e enquanto o atual projeto não se converter em lei, os pais deverão conviver com a obrigatoriedade da matrícula dos filhos na rede regular de ensino.

4.5.1.2 Vacinação obrigatória

Ainda no que tange às obrigatoriedades relacionadas ao dever de cuidado, o art. 14, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente determina a obrigatoriedade da vacinação de crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias. Embora haja atualmente alguns estudos que contestem a eficácia das vacinas, referindo

²⁹⁹ O *homeschooling* é um modelo educativo alternativo em que as crianças e adolescentes em idade escolar são educados em casa, ao invés de frequentarem estabelecimentos regulares de ensino. A prática vem crescendo no Brasil, mesmo à revelia da lei, e já conta com uma associação de caráter nacional, a ANED - Associação Nacional de Educação Domiciliar.

também à toxicidade e efeitos colaterais das mesmas,³⁰⁰ o fato é que o Programa Nacional de Imunização estabelece um calendário de vacinação para as crianças menores de 5 anos e a caderneta de vacinação é documento obrigatório para a matrícula das crianças na rede pública de ensino.

A restrição à autonomia privada dos pais no que diz respeito à vacinação é tão severa, que a criança pode até ser vacinada contra a vontade daqueles, como aconteceu muito recentemente no interior de São Paulo. Em fevereiro de 2016, um bebê recém-nascido recebeu as vacinas obrigatórias na Santa Casa de São José do Rio Preto, após uma ordem judicial. A mãe da criança e o pai, que é belga, queriam que a criança fosse vacinada no exterior, onde eles residem. Após a recusa da mãe à aplicação das vacinas no hospital, o Ministério Público foi acionado e a Vara da Infância e Juventude concedeu liminar para que a mãe autorizasse a vacinação imediatamente.³⁰¹

4.5.1.3 Recusa de transfusão de sangue em filho menor

Questão que também desafia os limites da autonomia privada no exercício da autoridade parental é a que diz respeito à recusa de tratamento médico a filho menor por motivos religiosos. Como já afirmado acima, o poder familiar é poder-dever que deve ser exercido em benefício da prole. Se por um lado é certo que, via de regra, os pais agem sempre de acordo com aquilo que acreditam ser melhor para os filhos, por outro, não se pode desconsiderar que as escolhas parentais podem não ser referendadas no futuro. Embora times de futebol, posições políticas e práticas religiosas sejam frequentemente transmitidas pela convivência familiar, essa não é uma regra absoluta: existe sempre a possibilidade de escolha de caminhos diferentes.

Nesse aspecto, cumpre perquirir se, no exercício da autoridade parental podem os

³⁰⁰ Algumas informações sobre a controvérsia acerca da vacinação podem ser colhidas na reportagem de capa da revista Super Interessante de fevereiro de 2001: VACINAS fazem bem ou mal? **Revista Super Interessante**. São Paulo: Editora Abril, n. 161, fev. 2001. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/vacinas-fazem-bem-ou-mal>> Acesso em 06 jun. 2016.

³⁰¹ Conforme informações do Portal G1: MÃE obrigada a vacinar filho no Brasil diz ter se sentido coagida por hospital. **G1**. Rio de Janeiro: globo.com, 25 fev. 2016. Disponível em: <<http://glo.bo/1UuTs5j>>. Acesso em 06 jun. 2016. Decisão semelhante já havia ocorrido em 2013, na comarca de Jacareí/SP, como informa a Folha de São Paulo: JUSTIÇA obriga pais a vacinar os filhos no interior de São Paulo. **Folha de São Paulo**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 01 out. 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1t36iS9>>. Acesso em 06 jun. 2016.

pais impedir que seja realizado procedimento médico em prol da saúde de filho absolutamente incapaz. Para tanto, toma-se de exemplo a recusa de recebimento de transfusão de sangue pelas pessoas da religião das Testemunhas de Jeová.

Com base na interpretação de algumas disposições da Bíblia, os adeptos dessa religião não celebram festas pagãs, não competem em modalidades esportivas e, entre outras restrições, não recebem nem doam sangue. Todas essas condutas são amparadas pela proteção constitucional à liberdade religiosa. Com efeito, para as pessoas que têm a religião como fundamento primordial em sua vida, o direito à liberdade religiosa está imbricado à própria noção de dignidade.

Desse modo, não há como, em um primeiro momento, pretender que as pessoas que professam a religião das Testemunhas de Jeová sejam submetidas contra a sua vontade a procedimento de transfusão de sangue. Essa solução, contudo, não é peremptória. Em casos mais complexos, a solução perpassa pela ponderação de interesses: colocam-se na balança o direito à vida e/ou à integridade física de um lado, e o direito à liberdade de crença de outro, na tentativa de equilibrar os pratos,³⁰² o que nem sempre é possível.

Tratando-se de pessoa maior e capaz, a solução vai depender das particularidades do caso concreto: gravidade do quadro, situação de urgência etc. Entretanto, quando se tratar de incapaz, a solução não se orienta pelos mesmos balizadores. Isso porque falta ao menor incapaz a maturidade necessária para fazer uma escolha religiosa com tão severas consequências. Considera-se aqui o princípio da reversibilidade de opção, segundo o qual, “ninguém pode ser obrigado por outrem a qualquer opção pessoal irreversível”.³⁰³

Destarte, não havendo tratamento alternativo disponível que garanta a integridade física e a saúde do menor, resta constitucionalmente autorizada a restrição à autonomia privada no exercício da autoridade parental, com o escopo de proteger a pessoa da criança ou adolescente, sem que isso configure violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos.

³⁰² Cf. SILVA NETO, 2013b, p. 121.

³⁰³ SILVA NETO, 2013b, p. 93.

4.5.2 Exercício Cotidiano da Autoridade

Além das obrigações decorrentes do dever de cuidado, incumbe aos pais a promoção do desenvolvimento integral da criança e do adolescente. Nesse sentido, além de cumprir os deveres estipulados em lei, é função dos pais dirigir-lhes a educação propiciando uma formação cidadã. Nesse mister, o exercício da autoridade deverá ocorrer de forma moderada, de modo a se preservar a dignidade dos filhos.

4.5.2.1 Lei da Palmada

Importante restrição que se impôs ao exercício da autoridade parental foi trazida pela Lei n.º 13.010/2014, apelidada equivocadamente de Lei da Palmada. A ementa da referida lei diz que ela estabelece o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante. Desse modo, o poder correccional dos pais é limitado em benefício da dignidade dos filhos.

A despeito da polêmica que causou quando da sua edição e da denominação que recebeu, a lei, de fato, não proíbe a palmada, mas o uso da força física que resulte em sofrimento físico ou lesão, assim como condutas que humilhem, ridicularizem e ameacem gravemente o menor, afetando sua autoestima e saúde psíquica.

O abuso nos meios de correção ou disciplina já eram tipificados pelo Código Penal, como crime de maus-tratos. A aprovação da Lei da Palmada, portanto, tem um cunho evidentemente pedagógico, como assinalado pela justificativa do Projeto de Lei:

[...] tendo como premissa que nada pode justificar o uso de formas de disciplina que sejam violentas, cruéis ou degradantes na educação de crianças e adolescentes, o projeto possui uma dimensão pedagógica e educativa que permitirá, de plano, estimular e ampliar o debate em torno de tais formas de violações, desaconselhar sua adoção por quaisquer responsáveis e, extensivamente, fomentar alternativas sadias emancipatórias de educação e relacionamento com nossas crianças e adolescentes, afirmando em particular o direito à convivência familiar e comunitária. A sanção ou punição, ressalvado o devido processo legal, deve ser vista como

medida excepcional e de última natureza.³⁰⁴

Como se vê, a intenção da norma, além de adequar o país a objetivos estratégicos de organismos internacionais, a exemplo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e do Comitê dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, é de fomentar as discussões de medidas de correção que não atinjam direitos fundamentais das crianças e adolescentes, mesmo porque a norma não criminaliza condutas e nem impõe penalidades aos pais que desobedecem o comando normativo.³⁰⁵

Percebe-se, assim, que a restrição imposta à autonomia dos pais na educação dos filhos é menos gravosa do que os danos causados pelos excessos. O sopesamento dos bens jurídicos em conflito demonstra que a integridade física e psíquica da criança e do adolescente estão em relação de precedência face a autoridade parental. Em uma sociedade ainda com pouco acesso à educação e com fraco sentimento de cidadania, ainda são frequentes castigos abusivos, que violam a dignidade da criança. É o que se depreende dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TORTURA, COM RESULTADO MORTE. VÍTIMA CRIANÇA DE 2 (DOIS) ANOS E 7 (SETE) MESES, QUE ESTAVA SOB OS CUIDADOS DO PACIENTE. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.

1. A gravidade em abstrato do crime e a repercussão dos fatos, bem como a afirmação genérica de necessidade da prisão para assegurar a credibilidade da Justiça, são fundamentos inidôneos para a decretação da prisão preventiva. Precedentes.

2. Na espécie, entretanto, embora parte da fundamentação invocada seja inidônea, também foram apresentados fundamentos válidos para a decretação da prisão preventiva.

3. O decreto de prisão preventiva expôs o modo de execução do crime, apto a revelar, nas circunstâncias do caso, a periculosidade social do paciente e, em consequência, a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública: agressões feitas em criança de 2 (dois) anos e 7 (sete) meses de vida, porque esta se levantou da cama durante a noite, necessitando trocar a fralda, seguindo-se novas agressões, consistentes em socos na cabeça e no abdômen da criança - causando lesões que a levaram à morte -,

³⁰⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 7672/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>>. Acesso em 06.06.2016.

³⁰⁵ De acordo com a lei, os pais e demais responsáveis que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, estarão sujeitos a encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; encaminhamento a cursos ou programas de orientação; obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; ou advertência. De acordo com o Código Civil, os pais que castigam imoderadamente os filhos podem também perder o poder familiar.

simplesmente porque a vítima, inquieta, se levantou novamente da cama, afirmando o paciente que deseja aplicar castigo pessoal à criança, pois esta não o estava deixando dormir um pouco mais.

4. Ordem denegada.³⁰⁶

PENAL. MAUS-TRATOS - CASTIGO IMODERADO - CONFIGURAÇÃO. EXPOSIÇÃO DE PERIGO À SAÚDE DE CRIANÇA DE 05 (CINCO) ANOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA - ATENUANTE QUE NÃO IMPLICA REDUÇÃO DA PENA AQUEM DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1 - Realiza o tipo penal descrito no art. 136, do Código Penal, o pai que, a pretexto de aplicar uma corrigenda no filho, por ter ateado fogo em uma sandália quando brincava com brasa por ocasião de um churrasco, (o pai que) dá uma surra em criança de 05 (cinco) anos, utilizando-se de uma sandália, de modo a deixar os hematomas registrados no Laudo de Exame de Corpo de Delito, descritos como "equimose violácea na região orbitária direita" (fls. 06/07).

2 - Conquanto os fatos descritos na denúncia não se revelem capazes de expor a perigo a vida da vítima o foram para a saúde da criança, porque resultaram na lesão apontada no Laudo de Exame de Corpo de Delito, que de igual modo é núcleo do tipo penal.

3 - A confissão espontânea não aproveita ao acusado para a redução da pena aquém do mínimo legal. Súmula 231, do STJ: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." 4 - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 5 - Sem custas e sem honorários.

6 - Sentença mantida por seus próprios fundamentos, com Súmula de julgamento servindo de acórdão, na forma do artigo 82, § 5º, da Lei nº 9.099/95.³⁰⁷

A intervenção do Estado, através de normas como a supra referida, justifica-se como medida protetiva das crianças e adolescentes como sujeitos vulneráveis, dentro do contexto familiar e doméstico. A coibição dos abusos, malgrado represente restrição da autonomia dos pais na educação dos filhos, representa a realização dos princípios da dignidade humana, do melhor interesse da criança e da parentalidade responsável.

4.5.2.2 Imposição de uso de contraceptivos ao adolescente

A iniciação sexual precoce é fato cada vez mais comum. A emancipação feminina, a progressiva aceitação da homossexualidade, os meios de comunicação de massa, o culto ao corpo – tudo parece contribuir para que adolescentes despertem cada vez mais cedo a curiosidade e o desejo sexual.

O início da vida sexual, embora seja um processo natural, muitas vezes ocorre em

³⁰⁶ HC 121.548/ES, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 04/03/2010, DJe 19/04/2010.

³⁰⁷ TJDF APJ 20130310231296, Relator: Asiel Henrique de Sousa, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 05/05/2015, DJE: 21/05/2015, Pág.: 347.

momento que a pessoa ainda não tem maturidade suficiente para entender e administrar certos riscos. É o caso dos adolescentes, que estão ainda desenvolvendo a própria personalidade.³⁰⁸

Nessa senda, ganha relevo a seguinte questão: podem os pais, no exercício da autoridade parental, administrar métodos contraceptivos à filha menor, mesmo contra a sua vontade?

Essa pergunta só pode ser respondida à luz dos princípios constitucionais, sendo o principal deles, o princípio da parentalidade responsável. Com efeito, como já aludido anteriormente, o referido princípio impõe aos pais uma responsabilidade não apenas relativa ao planejamento familiar, mas também em relação a todos os direitos decorrentes do princípio da proteção integral à criança.

Desse modo, sem prejuízo à sua saúde, pode a filha menor ser obrigada a tomar contraceptivos ou implantar dispositivo intrauterino, por exemplo? Trata-se de conflito entre a autoridade parental e o poder de autodeterminação da adolescente.

O uso compulsório da contracepção, ainda que não seja medida definitiva como a esterilização, é medida que restringe o direito fundamental à procriação.³⁰⁹ Se é certo que em adultos maiores e capazes tal medida se revela inconstitucional, quando se refere a adolescentes a resposta só pode ser obtida após a ponderação dos interesses envolvidos.

O direito fundamental à procriação, como decorrência do livre planejamento familiar, não pode ser dissociado também do princípio da parentalidade responsável. Nesse contexto, embora tal direito seja inerente a todas as pessoas, o seu exercício poderá

³⁰⁸ Vale esclarecer que as reflexões aqui propostas tomam por base adolescentes maiores de 14 anos, pois quanto aos menores, o Superior Tribunal de Justiça já fixou a tese de que “o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar”. Cf. Recurso Representativo de Controvérsia. REsp 1480881/PI, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015.

³⁰⁹ O direito fundamental à procriação é corolário do livre planejamento familiar insculpido no § 7º do art. 226 da Constituição Federal. Nesse sentido, confira-se SILVA NETO, 2013a, p. 940.

ser restringido quando se tratar de pessoa cuja personalidade ainda está em desenvolvimento, como é o caso do adolescente. Isso porque o adolescente que viva sob a guarda e companhia dos pais não tem ainda o necessário desenvolvimento biopsíquico que lhe permita exercer a parentalidade responsável. Desse modo, afigura-se constitucionalmente válida a medida restritiva não definitiva do direito à procriação. Nesse sentido é o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Maranhão:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA REALIZAÇÃO DE ESTERILIZAÇÃO (LAQUEADURA TUBÁRIA). ADOLESCENTE PORTADORA DE DOENÇA MENTAL. PROVA PERICIAL QUE AFASTA A IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA PLEITEADA. RETARDO MENTAL LEVE E REVERSÍVEL. ADOÇÃO DE OUTROS MÉTODOS CONTRACEPTIVOS QUE RESGUARDAM A INTEGRIDADE DA ADOLESCENTE. SENTENÇA MANTIDA.

I – Comprovado ser leve e reversível o comprometimento mental da adolescente na qual se pretende a realização de intervenção cirúrgica de laqueadura tubária como método contraceptivo permanente, impõe-se indeferir o pedido de alvará judicial.

II – Além de demonstrar tais aspectos sobre o grau de debilidade mental, a prova pericial concluiu pela possibilidade de utilização de métodos contraceptivos alternativos, os quais se revelam como soluções menos violadoras dos direitos constitucionais assegurados à adolescente.

III – Recurso desprovido. ³¹⁰

O exercício da autoridade parental, portanto, limitando o poder de autodeterminação da adolescente nessas hipóteses, é medida que tem o objetivo de preservá-la e de garantir o completo desenvolvimento de sua personalidade, não constituindo, assim, indevida restrição a direito fundamental.

4.6 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A MULTIPARENTALIDADE

De acordo com o contexto social, em cada sociedade e em cada época histórica o conceito de família vai sendo forjado. Assim, a concepção de família é reflexo da trajetória da própria sociedade. Em cada momento, a vida doméstica vai assumindo diferentes formatos, evidenciando que a família não é instituição natural, mas uma instituição cultural.

Até mais da metade do século passado, a concepção de família era pautada no

³¹⁰ Apelação Cível nº 38.882/2010, Segunda Câmara Cível, Relator: Des. Marcelo Carvalho Silva, DJMA 25/05/2011, p. 41.

modelo marido, mulher e filhos. Hodiernamente, embora essa configuração familiar ainda persista e seja predominante, outros arranjos familiares se tornam cada vez mais comuns. Tal fato foi expressamente reconhecido pela Constituição, quando tratou, por exemplo, da família monoparental.

As mudanças sociais e econômicas retiraram da família o papel de unidade de reprodução e modificaram a divisão dos papéis familiares, acarretando mudanças significativas nas relações entre homem, mulher, pais, filhos. Na família pós-moderna, as pessoas se unem, primordialmente, por razões afetivas e por possuírem um projeto de vida em comum “em que compartilham um cotidiano, e, no decorrer das trocas intersubjetivas, transmitem tradições, planejam seu futuro, acolhem-se, atendem os idosos, formam crianças e adolescentes”.³¹¹

Consequência dessa nova concepção de família, mais livre e mais centrada na felicidade de seus membros, que podem mais facilmente constituir e desconstituir laços conjugais, é o crescente número de famílias reconstituídas ou recombinações – ou, simplesmente, famílias mosaico. Nesses novos arranjos, casais se desfazem e refazem e filhos ganham novos irmãos, unilaterais ou “emprestados”.³¹² Em novas estruturas de convivência familiar, a afetividade ganha importância cada vez maior e, em muitos casos, supera a força dos laços de consanguinidade. Instaure-se, como convencionou chamar a doutrina, o vínculo socioafetivo.

4.6.1 Parentalidade Socioafetiva

Em fins da década de 70, João Baptista Villela já sustentava a necessidade de se desbiologizar a paternidade, alegando que “a paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um fato cultural”.³¹³ Com efeito, segundo o autor, procriação e

³¹¹ SZYMANSKI, Heloisa. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança. **Revista Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 71, a. 23, set. 2002, p. 10.

³¹² Em que pese o maior relevo dado a esses novos arranjos familiares apenas mais recentemente, as famílias recombinações não são tão novidade assim. Em 1968, uma história real inspirou o filme americano *Yours, Mine and Ours*, traduzido no Brasil como *Os Meus, os Seus e os Nossos*. Na história, dois viúvos decidem se casar e formar uma única família com os dez filhos dele e os oito filhos dela. Dentre os dilemas da nova família está a adoção cruzada e o uso de um sobrenome comum.

³¹³ VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 27, n. 21, mai. 1979, p. 401.

paternidade são conceitos distintos:

O homem tem o poder de pôr em ação mecanismos da natureza de que decorre o nascimento de uma pessoa. Ou abster-se de fazê-lo. E, diante do nascimento da pessoa, tem de novo o poder de comportar-se em relação a ela por modos vários, que vão desde o seu mais radical acolhimento à sua absoluta rejeição.³¹⁴

Assim, a parentalidade, mais que um vínculo biológico é um vínculo de afeto e cuidado. Como afirma Villela, é no nascimento emocional, mais que no fisiológico, que a paternidade se constrói.³¹⁵ Com a profusão de famílias recombinaadas, torna-se cada vez mais comum que essas relações de cuidado se estabeleçam entre os filhos e os novos companheiros ou cônjuges dos pais que detêm a guarda.

Nessa linha de intelecção, Cristiano Cassettari conceitua a parentalidade socioafetiva como “o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas”.³¹⁶ Desse modo, como assevera Euclides Oliveira, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva é a evolução da situação da posse do estado de filho e dos que antigamente eram denominados de “filhos de criação”.³¹⁷

O vínculo jurídico decorrente da socioafetividade, portanto, é consequência de uma situação de fato, na qual se verifica o exercício da autoridade parental, independentemente da existência de laços consanguíneos que gerem tal responsabilidade. Desse modo, alguém que não é genitor biológico exerce a função de criar e educar filhos menores, atuando no desenvolvimento de sua personalidade. Como demonstram Teixeira e Rodrigues, inverte-se a lógica da relação parental: não é o fato de ser pai ou mãe que gera a titularidade da autoridade parental, mas o exercício de fato da autoridade parental – através das condutas de criar, educar e assistir e dar afeto – que gera vínculo de parentalidade.³¹⁸

³¹⁴ Ibid., loc cit.

³¹⁵ Ibid., p. 415.

³¹⁶ CASSETTARI, Cristiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 16.

³¹⁷ OLIVEIRA, 2015, p. 293.

³¹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. **E- Civitas**, Belo Horizonte, volume VI, número 2, dez. 13.

O reconhecimento desse vínculo de parentalidade, decorrente de laços de afetividade, implica, como defende Cassettari, na atribuição aos filhos afetivos dos mesmos direitos conferidos aos filhos biológicos, em razão da igualdade prevista na Constituição.³¹⁹

A parentalidade socioafetiva é uma construção doutrinária e jurisprudencial, que toma por base o poder de autodeterminação, ou seja, a escolha de ser pai ou mãe, mesmo na inexistência de laços biológicos, tal qual acontece na adoção. Essa construção foi possível graças aos princípios constitucionais que se aplicam ao direito das famílias e à vagueza contida no art. 1.593 do Código Civil, que dispõe: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou *outra origem*”.

Como afirmou a Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial nº 1.401.719/MG, esse amplo reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva, com a possibilidade de que ela até prevaleça sobre a verdade biológica em algumas hipóteses, representa verdadeira quebra de paradigmas, haja vista que o direito brasileiro sempre alimentou uma tendência de se priorizar a genética, especialmente após a possibilidade de realização de exames genéticos precisos acerca do vínculo biológico.³²⁰

Questão importante a respeito dos vínculos socioafetivos diz respeito à possibilidade de sua renúncia. Em regra, a parentalidade socioafetiva é reconhecida em benefício dos filhos, mas Cassettari questiona se igual direito não se confere aos pais:

[...] não teria o pai ou a mãe, que possui laços afetivos com seus filhos, o direito de não perderem a paternidade ou maternidade no caso desse filho desejar investigar sua origem genética, descobrindo ser filho biológico de outra pessoa, mediante exame de DNA realizado no trâmite de um processo judicial, que em razão disso acaba sendo julgado procedente? ³²¹

Em resposta ao questionamento proposto, o autor afirma que tal direito deve ser reconhecido como via de mão dupla, uma vez que não é possível “fazer distinção entre

³¹⁹ CASSETTARI, 2015, p. 16.

³²⁰ REsp 1401719/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013

³²¹ CASSETTARI, op. cit., p. 17.

pais e filhos, tentando valorar a importância do afeto para um ou outro”.³²² Funda-se o autor, ademais, nos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, esse não é o entendimento que vem sendo esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, onde se coloca que o fundamento da socioafetividade é o interesse do menor. Esse posicionamento não isonômico do Tribunal fica nítido nos julgados que ora se transcrevem:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. AUSÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECONHECIMENTO. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. A chamada "adoção à brasileira", muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora.

2. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.

3. No caso, ficou claro que o autor reconheceu a paternidade do recorrido voluntariamente, mesmo sabendo que não era seu filho biológico, e desse reconhecimento estabeleceu-se vínculo afetivo que só cessou com o término da relação com a genitora da criança reconhecida. De tudo que consta nas decisões anteriormente proferidas, deduz-se que o autor, imbuído de propósito manifestamente nobre na origem, por ocasião do registro de nascimento, pretende negá-lo agora, por razões patrimoniais declaradas.

4. Com efeito, tal providência ofende, na letra e no espírito, o art. 1.604 do Código Civil, segundo o qual não se pode "vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro", do que efetivamente não se cuida no caso em apreço. Se a declaração realizada pelo autor, por ocasião do registro, foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com o infante vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade social em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

5. A manutenção do registro de nascimento não retira da criança o direito de buscar sua identidade biológica e de ter, em seus assentos civis, o nome do verdadeiro pai. É sempre possível o desfazimento da adoção à brasileira mesmo nos casos de vínculo socioafetivo, se assim decidir o menor por ocasião da maioridade;

assim como não decai seu direito de buscar a identidade biológica em qualquer caso, mesmo na hipótese de adoção regular. Precedentes.

³²² Ibid., p. 18.

6. Recurso especial não provido.³²³

FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 326 DO CPC E ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL.

1. Ação de investigação de paternidade ajuizada em 25.04.2002. Recurso especial concluso ao Gabinete em 16/03/2012.
2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica.
3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.
4. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho.
5. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos.
6. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão.
7. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.
8. Ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito do recorrido à sua ancestralidade. Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética.
9. Recurso especial desprovido.³²⁴

Verifica-se, então, que a autonomia privada no que tange à constituição de vínculos parentais-filiais recebe tratamento diferenciado pelo Superior Tribunal de Justiça. Se por um lado não é dado àquele que exerce a parentalidade socioafetiva possibilidade de desconstituição dessa relação jurídica parental; por outro, franqueia-se ao filho afetivo a possibilidade de afastar ascendência socioafetiva em favor de um direito à ancestralidade.

É certo que a parentalidade socioafetiva é fator de construção da identidade e da

³²³ REsp 1352529/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/02/2015, DJe 13/04/2015.

³²⁴ REsp 1401719/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013

definição da personalidade da criança e do adolescente, enquanto pessoas em desenvolvimento. Desse modo, a relação jurídica parental não pode ficar à mercê das incertezas, da volatilidade dos relacionamentos amorosos ou até mesmo de interesses meramente patrimoniais, desconstituindo-se ao alvedrio dos impulsos egoísticos. Por outro lado, não se pode também desconsiderar a importância dos vínculos de afeto para aqueles que, ao contrário de muitos que renunciam esse mister, escolhem exercer a paternidade ou maternidade de maneira comprometida, dedicando seu tempo, seu afeto e seus recursos àqueles com quem não têm laços de consanguinidade.

Nesse aspecto, parece assistir razão a Cristiano Cassettari quando entende que não é justo conferir apenas aos filhos o direito de ver reconhecida a parentalidade socioafetiva, se não também aos pais.

4.6.2 Multiparentalidade

Como visto dos julgados acima colacionados, não raro a parentalidade socioafetiva pode colidir ou coincidir com a parentalidade biológica. Nas famílias mosaico, muitas vezes, os filhos têm a presença concreta de mais de uma figura paterna e/ou mais de uma figura materna ou, ainda, o estabelecimento de vínculo jurídico socioafetivo atinge a memória de pais biológicos já falecidos. Como afirmam Teixeira e Rodrigues, as relações não precisam ser excludentes ou mutuamente impeditivas, mas podem ser complementares.³²⁵

Assim, pois, a admissão da multiparentalidade revela-se mecanismo apto a tutelar a realidade de muitas famílias em que os laços de sangue e de afeto convivem harmonicamente em benefício do agrupamento familiar. No Brasil, dois *leading cases* ilustram bem essa adequação do direito à realidade:

Em 2011, o juízo de primeiro grau da Comarca de Ariquemes, Rondônia reconheceu a dupla paternidade de uma menina, fazendo constar em seu registro civil os nomes do pai biológico e do pai afetivo socioafetivo, sem prejuízo da manutenção do registro

³²⁵ TEIXEIRA; RODRIGUES, 2013.

materno. A mãe da criança estabeleceu união estável com o pai afetivo quando já estava grávida de outra pessoa. O companheiro, ciente do fato, voluntariamente registrou a menina, quando do seu nascimento e exerceu as funções de pai não apenas enquanto durou a união, mas também após o término da relação amorosa. Apenas quando a criança completou 11 anos de idade é que lhe foi apresentado seu pai biológico e eles então iniciaram afetivo convívio. A mãe, então, ingressou com ação anulatória de registro, para desconstituir a paternidade registral e assentar a paternidade biológica. No curso do processo, porém, o laudo psicossocial revelou que a menor mantinha relação de afeto com ambos os pais e com as respectivas famílias e que o desejo de alteração do registro pertencia exclusivamente à genitora. Diante de tais fatos, tanto a representante do Ministério Público quanto a magistrada entenderam que o melhor interesse da criança reclamava o reconhecimento da dupla paternidade.³²⁶

Em 2012, foi a vez do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconhecer a dupla maternidade sem prejuízo da filiação paterna. A ação foi proposta por madrasta e enteado, mãe e filho socioafetivos, para verem reconhecido seu vínculo de parentalidade sem que se suplantasse a filiação biológica materna. O autor havia perdido sua mãe biológica apenas três dias após o parto, em decorrência de acidente vascular cerebral. Poucos meses depois, seu pai conheceu a nova esposa, com a qual se casou quando a criança tinha dois anos e, a partir daí, foi criado por ela como filho. Os requerentes argumentaram que, embora a madrasta pudesse simplesmente adotar o enteado, era desejo comum respeitar a memória da mãe biológica, bem como os laços mantidos com a família dela, com quem ambos mantinham estreito relacionamento. O juízo de primeiro grau deferiu apenas a inserção do nome da madrasta no registro civil do enteado, negando a dupla maternidade. No segundo grau a decisão foi revertida, em acórdão assim ementado:

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos

³²⁶ Ibid.

princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido.³²⁷

Percebe-se, então, que a multiparentalidade é capaz de compatibilizar eventuais conflitos entre a verdade biológica e a socioafetiva e/ou registral, diante da insuficiência do sistema biparental nas famílias contemporâneas, “haja vista que a realidade é mais rica de possibilidades do que o Direito”.³²⁸ Impedir o seu reconhecimento é medida que viola os direitos à liberdade e à dignidade, tão caros às entidades familiares e ao sistema constitucional contemporâneo.

³²⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0006422-26.2011.8.26.0286**, 1ª Câmara de Direito Privado, Relator Alcides Leopoldo e Silva Júnior, julgado em 14 de agosto de 2012.

³²⁸ TEIXEIRA; RODRIGUES, 2013.

6 CONCLUSÕES

O presente trabalho foi desenvolvido com o escopo de se verificar em que medida pode o Estado interferir na família. Partindo-se da compreensão da família enquanto direito fundamental, investigou-se qual o limite constitucionalmente autorizado para a restrição desse direito, analisando-se as normas restritivas da legislação pátria. Percebeu-se que a resposta passa necessariamente pela compreensão da teoria dos direitos fundamentais e pela técnica da ponderação de interesses. Finda a pesquisa, extraíram-se as seguintes conclusões:

A Constituição brasileira representa marco significativo no tratamento jurídico conferido às famílias. Conquanto a anterior legislação civil fosse eminentemente machista, patriarcal e patrimonialista, a sociedade já demonstrava fortes sinais de mudança. A Constituição cidadã de 1988, refletindo esse espírito, incorporou os valores democráticos também na proteção dada à família, que além de ser considerada base da sociedade, passou a ser reconhecida também como locus principal do exercício do direito à felicidade.

A democracia no tratamento jurídico das famílias se expressa através do reconhecimento da existência de multiplicidade de entidades familiares, sem qualquer hierarquia entre elas, superando-se assim o paradigma da família centrada no casamento, a família mononuclear burguesa.

Outro avanço importante no tratamento jurídico das famílias, propiciado pela Constituição Federal é o reconhecimento da isonomia entre o homem e a mulher, bem como daquela existente entre os filhos. Assim, para o direito pátrio, não existe qualquer exercício de autoridade de um cônjuge ou companheiro sobre o outro, bem como não é possível conferir tratamento jurídico diferenciado aos filhos, sejam eles biológicos ou adotivos, decorrentes ou não de união conjugal.

A proteção constitucional conferida à família destina-se muito mais às pessoas de seus componentes do que à família enquanto instituição. A família deve ser o espaço primário de concreção da dignidade humana, através do respeito à autonomia e à liberdade dos sujeitos.

Para que a proteção à família prevista pela Constituição se efetive, os princípios constitucionais têm relevância primordial, seja para a realização da atividade hermenêutica, seja para a conferência de direitos. Entre eles, o princípio da solidariedade teve o condão de elevar o cuidado à condição de valor jurídico que informa as relações familiares.

Embora as normas que tutelem as famílias não estejam no Título concernente aos direitos e garantias fundamentais do Texto Constitucional, não é possível negar a fundamentalidade de seu conteúdo. As normas que tutelam as famílias protegem dos nascituros aos idosos buscando assegurar a dignidade e o direito à felicidade de cada um.

O reconhecimento da fundamentalidade do direito à família traz a possibilidade de exercício de diversos direitos de liberdade nessa esfera, com as delimitações cabíveis em seu âmbito de proteção. Tomando-se por base a teoria do suporte fático amplo, referido direito abarca uma multiplicidade de condutas que poderão sofrer ingerências estatais limitadas.

O exercício da autonomia privada permite aos indivíduos conduzirem a própria vida de acordo com as próprias convicções e desejos. Entretanto, na medida em que nenhum direito é absoluto, o exercício da autonomia privada esbarra nos direitos de liberdade e na dignidade de outras pessoas. A restrição à autonomia privada pode ocorrer em maior ou menor grau, conforme apresente maior ou menor conteúdo patrimonial ou existencial.

As restrições à autonomia privada justificam-se na medida em que o exercício do direito atinja a esfera jurídica de outrem. A verificação acerca da possibilidade de restrição é feita com base na técnica da ponderação de interesses, ou sopesamento. Através dela, os interesses conflitantes são considerados de acordo com as particularidades do caso concreto para que seja possível determinar qual deles deve prevalecer.

As restrições aos direitos fundamentais devem ter fundamento constitucional, direto ou indireto. Malgrado seu objetivo seja limitar o exercício dos direitos fundamentais,

não podem elas, as restrições, ser ilimitadas. Assim, as restrições aos direitos fundamentais devem ser orientadas pela proporcionalidade e pela preservação do núcleo essencial do direito fundamental.

No direito brasileiro o regramento excessivo do casamento traz uma série de restrições à autonomia individual no direito das famílias. Muitas delas não resistem à técnica da ponderação, pois não apresentam fundamento constitucional.

O exercício da autonomia privada na seara das famílias implica primeiramente o direito de constituir família, o que pode acontecer através do casamento, caso seja esse o desejo do par afetivo. Entretanto, a disciplina jurídica do casamento no Brasil não permite que pares homoafetivos contraiam matrimônio ou união estável. Trata-se de restrição que fere, além da autonomia privada, a isonomia, além de obstar a realização do postulado da dignidade. Embora o casamento e a união estável sejam possíveis atualmente no Brasil, faz-se necessária, ainda, a superação dessa restrição pela via legislativa.

Do mesmo modo, a liberdade de constituição de família é obstada através dos impedimentos matrimoniais. Quase todos eles são impedimentos fundados em valores morais. Entretanto, na medida em que o direito à felicidade é direito de todos e que o exercício dessa liberdade não tem, em princípio, o condão de lesar terceiros, referidas restrições também não se sustentam após a técnica da ponderação. Ademais, os impedimentos matrimoniais não dão conta de impedir que as pessoas vivam as suas relações afetivas, servindo apenas para não se reconhecer ali uma entidade familiar, inclusive com possibilidade de prejuízo a sujeitos vulneráveis, como é o caso dos filhos menores.

A interdição a que os idosos escolham o regime de bens aplicável ao próprio casamento é também indevida restrição à autonomia privada, fulminando o núcleo essencial do direito fundamental. Inobstante sejam capazes e possam reger todos os aspectos da própria vida, não podem os maiores de setenta anos decidir qual regime de bens adotar, em clara afronta ao princípio da isonomia, que atinge também a sua dignidade.

Os deveres conjugais impostos aos cônjuges pelo Código Civil também não passam imunes pela filtragem constitucional. Referidas determinações legislativas não podem se sobrepor a vontade do casal para determinar como este deva viver a própria vida. Assim, é corolário da liberdade a escolha da vida em comum sob o mesmo teto ou não, do mesmo modo que pertencem à intimidade as questões atinentes à vida sexual do casal. Demais disso, o direito ao próprio corpo é direito personalíssimo, intransmissível e irrenunciável, não sendo possível ser objeto de suposto direito conjugal.

A tutela da liberdade de constituição de família se estende para tutelar também a sua desconstituição. Assim, o advento da Emenda Constitucional n.º 66 privilegiou a autonomia privada dos ex-consortes ao tempo em que colocou fim às impertinentes judicializações das questões particulares que põem fim à vida conjugal.

As restrições à autonomia privada têm maior campo de aplicação quando se trata da proteção aos sujeitos vulneráveis. O sistema constitucional de proteção à criança e ao adolescente autoriza que a autonomia privada sofra uma série de mitigações no exercício da autoridade parental. Assim, o dever de cuidado que incumbe aos pais traz consigo obrigações que podem ser contrárias aos desejos da família. A matrícula no ensino regular, a vacinação, a submissão a tratamento médico quando houver risco de vida são exemplos nos quais o interesse estatal na proteção dos infantes se sobrepõe à autonomia parental.

Do mesmo modo, o exercício dessa autoridade é restringido pelo direito à integridade física e psíquica dos filhos, não sendo permitidos pelo ordenamento castigos imoderados, que impinjam dor ou sofrimento ao menor. Não obstante, é lícito aos pais administrar mecanismo contraceptivo à filha adolescente desde que não traga riscos à sua saúde e que se garanta a sua reversibilidade. Preserva-se, nesse caso, o próprio desenvolvimento da personalidade e da maturidade do adolescente.

Durante muito tempo o direito de família privilegiou os laços de sangue em detrimento dos laços de afeto e todas as normas atinentes a filiação por essa baliza se orientavam. A partir do momento em que as famílias passaram a ser mais facilmente desfeitas e refeitas, novos e diferentes núcleos familiares se formaram e as relações

de afeto adquiriram relevo. Nesse contexto, ganham importância duas circunstâncias que, embora não previstas expressamente pelo ordenamento, vêm sendo acolhidas pelo Poder Judiciário com amparo na autonomia privada e nos valores constitucionais que regem a família. Trata-se da filiação socioafetiva e da multiparentalidade, sendo a segunda consequência da primeira.

A filiação socioafetiva permite que a parentalidade de fato, ou seja, a parentalidade que é exercida no cotidiano, mas que não se apoia em vínculos biológicos, seja reconhecida juridicamente para atribuir aos sujeitos a condição de pai/mãe e filho, com todos os efeitos jurídicos daí decorrentes. Privilegiam-se a liberdade e o afeto, tão caros ao direito das famílias.

Como a realidade pulsante é rica em possibilidades, existem situações em que a filiação socioafetiva convive harmonicamente com a filiação civil ou biológica: pessoas que têm o privilégio de ter duas mães e/ou dois pais. Para situações que tais, o Poder Judiciário vem admitindo a possibilidade múltiplos vínculos jurídicos de parentalidade, ao que se denomina multiparentalidade. Em que pese o silêncio legislativo, tal medida ampara a liberdade dos envolvidos na constituição de vínculos afetivos paterno ou materno-filiais, sendo, portanto, perfeitamente compatível com os valores constitucionais.

REFERÊNCIAS

ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. **Manual de Comunicação LGBT**. 2010, p. 11. Disponível em: <<http://www.unaids.org.br/biblioteca/Manual%20de%20Comunica%E7%E3o%20LGBT.pdf>>. Acesso em 02.06.2015.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales**. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução: Aachen Assis Mendonça, Revisão jurídica: Bonn Urbano Carvelli. Atual. Jan.2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 27 mai. 2016.

_____. **German Civil Code** (Bürgerlichen Gesetzbuches). Tradução: Langenscheidt Translation Service. 2015. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>. Acesso em 29 mai. 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 493-516, jul-dez. 2008.

ALVES, José Augusto Lindgren. A Declaração dos Direitos Humanos na Pós-Modernidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 51/52, p.59-80, 1999.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo: A Possibilidade de Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo, Companhia das Letras, 2003.

ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Edições Almedina, 2008.

BAHIA, Saulo José Casali. A Igualdade como Direito Fundamental. In: CRUZ, Ariele Chagas; SARMENTO, George; SEIXAS, Taysa Matos (org.). **Direitos Humanos Fundamentais**: estudos sobre o art.5º da Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Sergio Resende. **Direitos Humanos e Direito de Família**. Palestra proferida no dia 29 de agosto de 2003, na XII Jornada de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>> Acesso em 18 abr.2016.

BELTRÁN, Carmelo Pérez. Nuevas modificaciones del Código Argelino de la Familia: estudio introductorio y traducción. **Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos**, Sección Árabe-Islam, Granada, v. 54, 2005, p. 143-167.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaio sobre a Liberdade**. Tradução: Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Unb.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Notas sobre a jusfundamentalidade: ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 52 n. 208 out./dez. 2015 p. 81-100.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Igualdad y Libertad**. Tradução: Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993.

_____. **Teoria Geral do Direito**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOROWSKY, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BOUHDIBA, Abdelwahab. **A Sexualidade no Islã**. Tradução: Alexandre de Oliveira Torres Carrasco. São Paulo: Globo, 2006.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de Fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 17 mai. 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de Julho de 1934, Art. 138, d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 17 mai. 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 17 mai. 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 17 mai. 2016.

_____. **Lei n.º 4.121**, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em 19 mai. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/RJ**, p. 106. Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2650/DF**. Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2011, DJe-218 DIVULG 16-11-2011 PUBLIC 17-11-2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n.º 915424/SP**. Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 20/10/2015, Acórdão Eletrônico DJe-241 Divulg 27-11-2015 Public 30-11-2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5136 MC**, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2014, Processo Eletrônico DJe-213 Divulg 29-10-2014 Public 30-10-2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 78811**, Relator: Min. Antonio Neder, Primeira Turma, julgado em 29/04/1975, DJ 06-06-1975 PP-03949 Ement VOL-00988-01 PP-00234 RTJ VOL-00074-01 PP-00194.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 158700**, Relator(a): Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, Julgado Em 30/10/2001, Dj 22-02-2002 Pp-00055 Ement Vol-02058-02 Pp-00436.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 397762**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 03/06/2008, DJe-172 Divulg 11-09-2008 Public 12-09-2008 Ement VOL-02332-03 PP-00611.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1217415/RS**, p. 10. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Medida Cautelar n.º 15.097/MG**, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 05/03/2009, DJe 06/05/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1217415/RS**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 121.548/ES**, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 04/03/2010, DJe 19/04/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1401719/MG**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1352529/SP**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/02/2015, DJe 13/04/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1096539/RS**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 25/04/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1348458/MG**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/05/2014, DJe 25/06/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1480881/PI**, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 5.120/2013**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>>. Acesso em 02.06.2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 6.583/2013**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>>. Acesso em 31.05.2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 7.672/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>>. Acesso em 06.06.2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 3.179/2012**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>>. Acesso em 06.06.2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 413/2005**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=290450>>. Acesso em 07.06.2016.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARBONELL, Miguel. **Los Derechos Fundamentales em Mexico**. Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional De Los Derechos Humanos. México, 2004.

_____. Familia, Constitución y derechos fundamentales. In: LARA, Rosa María Álvarez de (coord). **Panorama Internacional de Derecho de Familia: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados**, T.I. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARTER, Ian. Positive and Negative Liberty. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Edward N. Zalta, 2016. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/liberty-positive-negative/>>. Acesso em 23 mai. 2016.

CASARIN, Júlio César. Isaiah Berlin: afirmação e limitação da liberdade. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 16, n. 30, p. 283-295, Jun. 2008.

CASSETTARI, Cristiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Amartya Sen: a ideia de Justiça. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 8, p. 305-316, mai-ago. 2012. Disponível em <<http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/7722/5953>>. Acesso em 23 de junho 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Edições JusPodivm, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Família Homoafetiva**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/28_-_fam%EDlia_homoafetiva.pdf> Acesso em 02.06.2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 5: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **APJ 20130310231296**, Relator: Asiel Henrique de Sousa, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 05/05/2015, DJE: 21/05/2015, p. 347.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Tradução: Marcos Pugliesi. São Paulo, Martin Claret, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

EUA. Supreme Court. Griswold v. Connecticut (No. 496). **Legal Information Institute**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/381/479#writing-USSC_CR_0381_0479_ZD>. Acesso em 24 mai. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição do Direito de Família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet**. Ano II, n. 3, Curitiba, 2011. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3/anima3-Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em 18 mai. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito e Processo das Famílias**. Salvador: Edições JusPodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**, v. 6. 5. ed. Salvador: Edições JusPodivm, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Los Fundamentos de Los Derechos Fundamentales**. 3.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FRITZ, Karina Nunes. Tribunal alemão reconhece direito à identificação de doador de sêmen. **Revista Consultor Jurídico**. 16 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-16/direito-civil-atual-tribunal-alemao-reconhece-identificacao-doador-semen>> Acesso em: 29 mai. 2016.

FURKEL, Françoise. **L'évolution récente du droit de la famille en Allemagne**. Conferência apresentada na Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 16 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.atds.org.tn/CONF%20FURKELL%202%20droit%20famille%20Tunis.pdf>> Acesso em 29 mai. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; _____. **O Novo Divórcio**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, ano 60, n. 236, jan-jun. 2011, p. 161-182.

HÄBERLE, Peter. **La Garantia del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales**. Tradução Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment. **Psychological Review**, Vol 108(4), Oct. 2001, p. 814–834.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O Conceito de Família e sua Organização Jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2015.

HUPSEL, Francisco. **Autonomia Privada na Dimensão Civil-Constitucional**: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais. Salvador: JusPodivm, 2016.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Tradução: Claudia Lima Marques. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 759, ano 88, janeiro 1999, p. 24 a 40.

JUSTIÇA obriga pais a vacinar os filhos no interior de São Paulo. **Folha de São Paulo**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 01 out. 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1t36iS9>>. Acesso em 06 jun. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas Elementares do Parentesco**. Tradução: Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

LÔBO, Paulo. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: **Família e Cidadania: o novo CCB e a vacatio legis: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002.

_____. A repersonalização das relações de família. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5201>>. Acesso em: 28 mai. 2016.

_____. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6929>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

_____. Direito de Família e os Princípios Constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2015.

LUHMANN, Niklas. **Los Derechos Fundamentales como Institución: Aportación a la sociología política**. Universidad Iberoamericana, 2010.

LUQUE, Toni Jiménez. **Argelia: Del Código de Familia del 84 a las enmiendas de 2005 y las acciones de las mujeres desde la independencia hasta la actualidad**. Observatori Solidaritat, Barcelona, [20--].

MADALENO, Rolf. Separações e Anulações - Culpa e Responsabilidade ou o Fim da Conjugalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2015.

MÃE OBRIGADA a vacinar filho no Brasil diz ter se sentido coagida por hospital. **G1**, Rio de Janeiro: globo.com, 25 fev. 2016. Disponível em: <<http://glo.bo/1UuTs5j>>. Acesso em 06 jun. 2016.

MAHIEDDIN, Nahas M. L'évolution du droit de la famille en Algérie: nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au Code algérien de la famille du 9 juin 1984, **L'Année du Maghreb** [on line], II, 2005-2006. Disponível em: <<http://anneemaghreb.revues.org/93>>. Acesso em 28 mai. 2016.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Apelação Cível nº 38.882/2010**, Segunda Câmara Cível, Relator: Des. Marcelo Carvalho Silva, DJMA 25/05/2011, p. 41.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Família é aquela que perpetua sociedade. **Revista Consultor Jurídico**, 12 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>> Acesso em 31 mai. 2016.

MARX NETO, Edgard Audomar; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. A Democratização das Relações Familiares: Casamento e Conciliação entre igualdade, liberdade e responsabilidade. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 19, 2010. Fortaleza. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p.8052-8073.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O Valor Jurídico do Cuidado: Família, Vida Humana e Transindividualidade. III Jornada Interdisciplinar de Pesquisa em Teologia e Humanidades, v.3, n.1. **Anais...** Curitiba, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

_____. O Princípio da Solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. Tradução: Peter Naumann. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, v. 15, n. 21, 2008, p. 75-106.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Euclides. Alienação Parental e as Nuances da Parentalidade - Guarda e Convivência Familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2015.

OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. **Recomeçar: família, filhos e desafios**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

PAULA, Felipe de. **A (De)Limitação dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. N. 15-16, 1994, p. 613-633.

_____. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial Del Estado, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 58, mai-ago. 2006, p. 195-201.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

_____. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002

PIOVESAN, Flávia. A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 51/52, p.81-101, 1999.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional [2005]. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em 27 mai. 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Os Direitos da Personalidade**. 17 jan. 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/index.html>>. Acesso em 28 nov. 2013.

RESENDE, Antônio José Calhau de. O princípio da razoabilidade dos atos do poder público. **Revista do Legislativo ALMG**, Belo Horizonte, n. 26 abr-dez 1999. Disponível em <<http://www.almg.gov.br/revistalegis/Revista26/calhau26.pdf>>. Acesso em 01 mar. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 595116724**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 07/03/1996, RJTJRS, 176/763.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RÜCKERT, Joachim. O BGB - um código sem oportunidade? Tradução: Thiago Reis. **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series**, n. 2013-02. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2231513>>. Acesso em 29 mai. 2016.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas e o Princípio da Monogamia. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. **Anais...** Belo Horizonte, out. 2005.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Moraes. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?. **Anuario mexicano de derecho internacional**, México, v. 15, p. 195-238, dic. 2015. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100006&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 16 jun. 2016.

SÁNCHEZ. María Martín. **Matrimonio Homosexual y Constitución**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0006422-26.2011.8.26.0286**, 1ª Câmara de Direito Privado, Relator Alcides Leopoldo e Silva Júnior, julgado em 14 de agosto de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais. **Revista Consultor Jurídico**, 23 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>>. Acesso em 22.04.2016.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, out-dez. 2005.

SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Tradução: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. [PDF]

SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia: A sua Superação como Princípio Estruturante do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. A monogamia em questão repensando fundamentos jurídicos da conjugalidade contemporânea. IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, Famílias: Pluralidade e Felicidade. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, p. 159-172.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 607-630.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **A teoria jurídica do assédio e sua fundamentação constitucional**. São Paulo: LTr, 2012.

_____. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. São Paulo: LTr Editora, 1999.

_____. A Suprema Corte dos Estados Unidos e o Direito à Intimidade. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, v. 28/29, p. 173-190, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: uma leitura pós-positivista. In: CUNHA JR, Dirley da Cunha; DANTAS, Miguel Calmon. **Desafios do Constitucionalismo Brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n.192, p.95-109, out/dez. 2011.

SZYMANSKI, Heloisa. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança. **Revista Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 71, a. 23, set. 2002, p. 9-25.

TASIOULAS, John. Human Rights, Legitimacy, and International Law. **The American Journal of Jurisprudence**, Vol. 58, N. 1, 2013, p. 1-25.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____; _____. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. **E- Civitas**, Belo Horizonte, volume VI, número 2, dez. 13.

_____; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>>. Acesso em 05 jun. 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua Trajetória ao Longo das Seis Últimas Décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (org.). **60 anos da Declaração Universal dos Direitos**

Humanos: conquistas do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Stübing vs. Germany**, n. 43547/08, 2012. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-2153>> Acesso em 30 mai. 2016.

VACINAS fazem bem ou mal? **Revista Super Interessante**. São Paulo: Editora Abril, n. 161, fev. 2001. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/vacinas-fazem-bem-ou-mal>> Acesso em 06 jun. 2016.

VIDIGAL, Miza Maria Barreto de Araújo; TAFURI, Maria Izabel. Parentalização: uma questão psicológica. **Latin-American Journal of Fundamental Psychopathology Online**. v. 7, n. 2, p. 65-74, novembro de 2010.

VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 27, n. 21, mai. 1979, p. 400-418.

_____. Repensando o Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Repensando o Direito de Família**: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Sobre a possibilidade de limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais independente de autorização constitucional expressa. **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, v.2, n.21, jan/jun. 2012.