

A INTENSIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS PARA O DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

THE INTENSITY OF CONSTITUTIONAL AND INFRA-CONSTITUTIONAL PRINCIPLES FOR THE CONTEMPORARY FAMILY LAW

CESAR CALO PEGHINI¹

“Se você passar por uma guerra no trabalho, mas tiver paz quando chegar em casa, será um ser humano feliz. Mas, se você tiver alegria fora de casa e viver uma guerra na sua família, a infelicidade será sua amiga”. Augusto Cury.

RESUMO

Como se faz nítido, o Direito de Família hodiernamente sofre grandes alterações, tal fato social repercute na concepção jurídica do instituto e, frente a crescente vertente entre os doutrinadores contemporâneos em constitucionalizar as normas, não pode ser negada a implementação de princípios ao atual Direito de Família. O presente artigo pretende analisar inicialmente um breve conceito do Direito de Família e posteriormente indicar os princípios norteadores atinentes ao tema, verificando por fim, seus principais efeitos.

Palavras-chave: Direito de Família; Conceito de Direito de Família; Princípio aplicados ao Direito de Família.

ABSTRACT

As is clear, the Family Law in our times undergoes major changes, such social fact reflected in the legal institute design and front the growing strand among contemporary scholars in constitutionalise standards, it cannot be denied the implementation of principles to current law Family. This article intends to initially analyze a brief concept of the Family Law and later indicate the guiding principles relating to the subject, verifying finally, its main effects.

Keywords: Family right; Family Law concept; Principle applied to family law.

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, Curso de Extensão em Direito Imobiliário pela Faculdade Autônoma de Direito - Fadisp, Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Escola Paulista de Direito, Pós-graduado (LLM) em Direito Civil pela Instituição Toledo de Ensino, Mestrado pela Faculdade Autônoma de Direito – Fadisp e Doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP.

INTRODUÇÃO. 1. CONCEITO DE DIREITO DE FAMÍLIA; 2. PRINCÍPIOS DO NOVO DIREITO DE FAMÍLIA; 2.1. Princípio da não Intervenção ou da Liberdade de planejamento familiar; 2.2. Princípio da função social da família (art. 226, da CF); 2.3. Princípio de Proteção da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III, da CF); 2.4. Princípio da Solidariedade Familiar (art. 3º, I da CF); 2.5. Princípio da Igualdade entre Filhos (art. 227, §6º e art. 1.596, do CC); 2.6. Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros e a chefia familiar; 2.7. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente; 2.8. Princípio a proteção ao idoso; 2.9. Princípio da Afetividade e pluralidade familiar (reconhecimento de outras entidades familiares); **CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

Introdução

Inicialmente, deve ser registrado que o Direito de Família hodiernamente sofre grandes alterações, tal fato social repercute na concepção jurídica do instituto e, frente a crescente vertente entre os doutrinadores contemporâneos em constitucionalizar as normas, não pode ser negada a implementação de princípios ao atual Direito de Família.

O presente artigo será dividido em dois momentos, desta forma um breve conceito do Direito de Família se faz necessário pontual, para somente após indicar os princípios, dentre eles: a não Intervenção ou da Liberdade de planejamento familiar; A função social da família (art. 226, da CF); A Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III, da CF); A Solidariedade Familiar (art. 3º, I da CF); A Igualdade entre Filhos (art. 227, §6º e art. 1.596, do CC); A igualdade entre cônjuges e companheiros e a chefia familiar; O Melhor Interesse da Criança e do Adolescente; A proteção ao idoso; A afetividade e pluralidade familiar (reconhecimento de outras entidades familiares).

Por fim, o método de pesquisa realizado é se fez por meio do critério dedutivo e indutivo na referida ordem.

1. Conceito de Direito de Família

Direito de família é o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos: casamento, união estável, relações de parentesco, filiação e direito assistencial². Além destes, acrescenta o tema relativo às novas famílias, ou, novas entidades familiares, as quais justificam a expressão “direito das famílias”³.

Essas novas entidades familiares constam do Projeto de Lei n.º 470/2013 (Estatuto das Famílias do IBDFAM), bem como no texto constitucional⁴. Ambos os institutos serão analisados no próximo bloco.

Ademais há na Codificação Civil uma preocupação com os efeitos dessas respectivas relações, sejam de cunho patrimonial, moral ou assistencial⁵.

Sendo assim, de forma didática, observa a essência do direito existencial ou pessoal, pautado em normas de ordem pública e normas de direito patrimonial ou também tida como ordem de direito privado.

² Referido conceito é retirado dos ensinamentos de Maria Helena Diniz, nos quais são inçados vários doutrinadores in: DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 18.

³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6. Ed.. São Paulo: RT, 2010.

⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 1. Ed.. Atlas. São Paulo. 2013. p. 2.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família 11. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 19.

As normas de ordem pública não podem ser contrariadas por convenção entre as partes, sob pena de nulidade absoluta (normas cogentes). Já as normas de ordem privada podem ser contrariadas (normas dispositivas)⁶.

Como exemplo citado por Flávio Tartuce⁷, se houver entre as partes uma união estável, será nulo o contrato de namoro por fraude à lei imperativa (art. 166, VI do CC), isto porque as normas existenciais da união estável são de ordem pública (art. 226, §3º da CF e art. 1.723 do CC). Entretanto, é válido o contrato de convivência, o qual prevê outro regime para união estável que não seja o da comunhão parcial de bens (art. 1.725, do CC), bem como os regimes de casamento (art. 1.639 a 1.688 do CC) – questão patrimonial de ordem privada.

Quanto ao objeto do direito de família, Maria Helena Diniz muito bem aponta ser o próprio ente familiar, a sua regulamentação e sua proteção⁸, bem como assevera ter vários caracteres (biológico, psicológico, econômico, religioso, político e jurídico) e é “*marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não somente no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade*”⁹.

Em continuidade ao analisar os lineamentos históricos, Silvio de Salvo Venosa¹⁰ pondera com elementos abarcados pela doutrina que o Histórico da evolução familiar passa desde a Poligamia nas tribos primitivas (relação instintivas), perdurando até hoje em algumas sociedades, à *Monogamia* nos dias atuais, haja vista a forte influência da Igreja.

Outra evolução, embora no mesmo lapso temporal tratado acima, refere-se ao casamento que tinha uma grande *vinculação com a igreja*, o qual usufruía como base fundamental à procriação e criação dos filhos com o caráter perpétuo¹¹.

Desta maneira, foi lenta e gradual a transformação do nosso ordenamento jurídico decorrente da evolução da sociedade¹², da liberalização dos costumes e da profunda mudança de valores e princípios, levada a efeito ao longo dos anos.

Observa Rodrigo da Cunha Pereira¹³:

“com a revolução feminista, a mudança dos costumes, o declínio do patriarcalismo, a mulher adquire um lugar de sujeito e não mais de assujeitada ao homem. As relações extramatrimoniais e sem o selo da oficialidade do casamento começaram a aumentar”.

Com a evolução da sociedade, a doutrina e a jurisprudência refletiram e levaram ao legislador a, aos poucos, abrandar o tratamento preconceituoso dado ao concubinato, para adaptar-se à nova realidade social.

6 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 1. Ed.. Atlas. São Paulo. 2013. p. 7.

7 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 2.

8 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 19.

9 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 19.

10 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 14. Ed.. Atlas. São Paulo. 2014. p. 3.

11 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 51.

12 “Mas a sociedade, na constante função criadora e recriadora de princípios e normas, motivadora das mudanças nas relações sociais, sensibilizando os estudiosos e operadores do direito, não se furtava a provocar o Judiciário e o Legislativo apresentando esta realidade, que, mesmo não sendo nova, passou a ser cada vez mais constante, principalmente em razão da indissolubilidade do casamento” IN: CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 7.

13 PEREIRA, Rodrigo da Cunha, “Da União Estável” In: ANAIS DO III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - Família e Cidadania – O Novo CCB e a Vacatio Legis, Belo Horizonte, União OAB/MG – Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, 2000, p.212.

Não obstante há uma nítida desvinculação do Estado com os dogmas religiosos com algumas alterações legislativas, dentre elas a Lei n.º 6.515/77, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e a Emenda Constitucional nº 66/10, bem como reconhece a família monoparental.

Porém, o período da *monogamia* passa por algumas alterações, dentre elas inicialmente a *discriminação da união livre e dos filhos ilegítimos*, que somente foi superada após Constituição de 1988 a qual prevê a isonomia em relação aos filhos, legítimos ou não, e reconhecimento da união estável como entidade familiar¹⁴ que será tratado no próximo tópico de forma mais aprofundada.

Nesse diapasão, o Direito de Família poder ser conceituado como a entidade familiar como instituto complexo¹⁵, decorrente de um ente despersonalizado, base da sociedade, cuja natureza é baseada pela afetividade¹⁶, não cabendo ao Estado defini-la, mas sim promovê-la.

Uma vez verificado o conceito, o direito de família sofre ainda com a sua aplicação prática, qual seja: sua devida compreensão, que depende de critérios hermenêuticos imbuídos na importância e a deficiência do positivismo jurídico¹⁷.

Tal situação somente pode ser superada, segundo entendimento da doutrina, com o resgate dos princípios na atual concepção social. Ideia essa, derivativa de todos os elementos apresentados até então, ou seja, o contexto social atual e histórico, qual prima o ponto de vista do afeto, do amor, da ética e da valorização das pessoas¹⁸.

Passamos assim, aos princípios constitucionais e materiais do Direito de Família Contemporâneo e sua introdução no sistema normativo.

2. Princípios do Novo Direito de Família

Conforme muito bem registra Maria Helena Diniz¹⁹, com um novo milênio, as alterações sociais foram emblemáticas, dentre elas: liberação sexual; a conquista do poder da mulher; desbiologização; e a proteção dos conviventes dentre outros elementos.

Referido fenômeno refletiu nitidamente na organização familiar sob vários aspectos, aos quais, serão os princípios do direito de família invocados como uma forma moderna de solução para dos conflitos atendendo as necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges²⁰.

Dentre os elementos basilares, não se pode negar a importância dos princípios constitucionais – baseados no direito civil constitucional -, de suma importância para uma devida interpretação dos institutos civis baseadas.

Tal providência tem uma significância impar, tendo em vista ser possível reconhecer a aplicação das normas constitucionais que protegem a pessoa humana em uma aplicação imediata nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais)²¹ – art. 5º, §1º, da CF.

14 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 1. Ed.. Atlas. São Paulo. 2013. p. 7.

15 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 39.

16 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 5.

17 Referida questão foi devidamente apontada in: ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. 2. Ed.. Atlas. São Paulo. 2012. p. 3.

18 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 5.

19 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 32.

20 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 22.

21 In: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 60.

21 In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Para tanto, Roberto Senise Lisboa²² nota que:

“(...) Por tudo aquilo que foi até aqui exposto, conclui-se que a sistemática e a tópica devem interagir, possibilitando-se ao julgador a realização da justiça distributiva observando-se os princípios civis constitucionais, entre os quais destacam-se, para fins de regulação da família: a dignidade humana, a solidariedade familiar, a busca da erradicação da pobreza, o reconhecimento das entidades familiares e a igualdade entre os filhos.”

Diante do exposto, analisa em conjunto os referidos princípios, com os infraconstitucionais.

2.1. Princípio da não Intervenção ou da Liberdade de planejamento familiar

Nos termos do disposto no art. 1.513, do CC, o legislador vedou qualquer pessoa de direito público, ou direito privado interferir de forma coativa nas relações familiares.

Trata da valorização da autonomia privada nas relações familiares (direito de autorregulação) que decorre da liberdade constitucional.

Como exemplo Flávio Tartuce²³ ao citar Euclides de Oliveira, este assevera haver no direito de família a autonomia privada, tem relação com a “escalada do afeto”, qual seja: ficar; namorar; noivar; conviver; e casar, ou seja, o Estado não pode intervir na vontade das pessoas, bem como na forma de sua administração enquanto essa não for prejudicial.

Sendo assim, pode-se afirmar que há dentro do direito de família a preponderância da autonomia da vontade, mas que poderá ser mitigada por disposições contrárias como as políticas de controle de natalidade e planejamento familiar (art. 226, §7º, da CF)²⁴.

Tanto é assim, que a esterilização pontuada na Lei n.º 9.263/96 estabeleceu ser equivalente ao planejamento familiar. Para tanto, com intuito de efetivar a esterilização verifica-se necessário ter mais de 25 anos, ou ter dois ou mais filhos (desde que maior de 18). Além disso, intervalo de 60 dias entre manifestação e cirurgia.

Não obstante, conforme poderá ser notado há vários outros limitadores de caráter principiológico nos termos abaixo.

2.2. Princípio da função social da família (art. 226, da CF)

A família é a base da sociedade (célula *mater*), tendo especial proteção do Estado. Assim, a família deve ser analisada de acordo com o contexto da sociedade e sua evolução, o que abrange o avanço tecnológico e as diversidades regionais.

Função social conforme Orlando Gomes trata de uma finalidade coletiva, que nos termos do art. 113 do CC, os negócios jurídicos, inclusive familiares, devem ser interpretados conforme os usos do lugar da celebração.

22 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Direito de Família e sucessões*. 6. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2010. p. 37.

23 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 20.

24 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 100.

Não obstante a eventual conotação de desagregação ou crise casamento, onde há incitações até mesmo de decadência desse instituto, tais afirmações não podem prevalecer²⁵, pois não só o casamento, mas a própria família cria novas concepções, ela amolda e se reformula para atender novos anseios.

Tudo isso, pois não há instituto maior que cumpra sua função social do que a própria família, pois sem a mesma, não há evolução social, ou até mesmo a existência da continuidade social²⁶.

Sendo assim, diante da complexa instituição, passa-se há outros princípios norteadores do direito de família.

2.3. Princípio de Proteção da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III, da CF)

Conceituar a dignidade da Pessoa Humana não é uma tarefa fácil tendo em vista todos os seus desdobramentos, extensão de sua aplicabilidade e até mesmo uma movimentação equivocada de sua banalização²⁷.

Flávio Tartuce²⁸ cita em sua obra o entendimento de Kant, para qual a dignidade humana é aquilo que a pessoa é como ser racional, considerando-se um fim em si mesmo. Já Para Maria Helena Diniz²⁹ dado princípio: “constitui base da comunidade Familiar (biológica e afetiva), garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente”.

Um nítido exemplo na atual realidade brasileira trata da moradia e a casa própria, elas têm relação com a dignidade humana, pois segundo a Súmula nº 364 do STJ³⁰, o imóvel em que reside pessoa solteira, separada ou viúva é bem de família e, portanto, impenhorável³¹.

Isso porque, segundo o STJ, o fim social da Lei n.º 8009/90 (lei do bem de família) não é proteger um grupo de pessoas, mas a pessoa, a sua dignidade e o direito constitucional a moradia (art. 6º da CF).

Tal decisão transcende, pois cria uma nova entidade familiar não prevista no art. 226, da Carta Magna, pois as pessoas arroladas na referida Súmula não constam no referido rol, criando assim, um novo conceito de direito de família³².

2.4. Princípio da Solidariedade Familiar (art. 3º, I da CF)

Conforme Flávio Tartuce, a solidariedade significa responder ou preocupar-se com outro, com base na *Teoria do Cuidado* de Guilherme de Oliveira³³.

25 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 39.

26 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 100.

27 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 75.

28 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 7.

29 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 37.

30 Súmula 364 do STJ: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

31 Observação se faz necessária quanto à alteração da lei de bem de família (Lei n.º 8009/90) e a possibilidade de penhorabilidade do bem se advindo de créditos trabalhistas, por empregados domésticos, conforme Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015.

32 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 7.

33 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 13.

Em complementação ao indicado, Roberto Senise Lisboa³⁴, adverte ter a solidariedade familiar duas eficácias a primeira a externa, relacionada à ideia do poder público e a sociedade civil realizar políticas de atendimento às entidades familiares, bem como a segunda, a eficácia interna que é do dever de colaboração para o desenvolvimento biopsíquico entre os membros da entidade.

Arremata referido autor que essa solidariedade é ampla, pois atende o âmbito Patrimonial, Moral, Afetiva e Espiritual³⁵.

A solidariedade patrimonial foi aumentada pelo CC/02, pois mesmo o cônjuge culpado pode pleitear alimentos necessários do inocente se não tiver condições para trabalho nem parentes que possam prestar os alimentos (art. 1.694, §2º e art. 1.704, parágrafo único do CC)³⁶.

Porém uma questão vai além dentro deste critério, de necessidade e possibilidade, o qual está conexo ao princípio da solidariedade, que é o da razoabilidade.

2.5. Princípio da Igualdade entre Filhos (art. 227, §6º e art. 1.596, do CC).

Todos os filhos havidos ou não durante o casamento são iguais perante a lei, sendo vedada qualquer forma de distinção ou discriminação. Portanto, não podem ser utilizadas as expressões “filhos adulterinos”, “filhos ilegítimos”, “espúrios” e “bastardos”³⁷.

Essa igualdade atinge os filhos adotivos, os filhos havidos de fecundação artificial heteróloga (com material genético de terceiro) e, por fim, os filhos socioafetivos (filhos de criação que decorrem de uma posse de estado)³⁸.

Assim não se admite qualquer distinção entre os filhos, seja de ordem formal como nome, pode familiar e alimentos, como até mesmo de ordem patrimonial como direito a sucessão³⁹.

2.6. Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros e a chefia familiar

Conforme pode ser extraído do disposto na legislação em vigor, mais especificadamente os art. 5º, I da CF, art. 226 da CF e art. 1.511 do CC, constata a implementação da igualdade jurídica entre cônjuges e companheiros.

A ideia vem em substituição até mesmo de legislações anteriores (Estatuto da Mulher Casada e o Código Civil 1916) que implementavam a distinção entre homens e mulheres de forma indiscriminada e injustificada⁴⁰.

Segundo a CF/88, homens e mulheres são iguais perante a lei, o que repercute nas relações familiares. Assim, há igualdade na chefia familiar (art. 1.631 do CC), sendo certo que a hierarquia foi substituída pela diarquia (poder de dois).

34 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Direito de Família e sucessões* 6. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2010. p. 37.

35 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. 2. Ed. Atlas. São Paulo. 2012. p. 51.

36 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 15.

37 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 16.

38 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 37.

39 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 24.

40 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 37 e GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 19.

Surge o conceito de família democrática, em que há um regime de colaboração entre cônjuges e companheiros, podendo os filhos opinar⁴¹.

Assim, não existe mais o pátrio poder, substituído pelo poder familiar “despatriarcalização do direito de família”. Neste sentido, como exemplo prático o marido ou companheiro pode pleitear alimentos da mulher ou companheira, bem como utilizar o nome do outro livremente (art. 1.565, do CC).

Não obstante, o princípio da isonomia constitucional pode ser expresso na seguinte oração: “a lei deve tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, na medida das suas desigualdades” o que nos faz entender que a igualdade não é tida somente como material, mas sim formal.

Tal situação é lúdica, como a luz do sol quando tratamos do direito de família e especial a relação entre cônjuges e companheiros, como por exemplo, o direito à licença maternidade e paternidade⁴².

Tanto é assim que havia na doutrina a discussão da aplicação do art. 100, I do CPC o qual atribuía previsão de foro privilegiado em favor da mulher nas ações correlatas ao casamento, atualmente em vigor o novo CPC/2015, o art. 53, resolveu a questão, não prevendo mais tal foro privilegiado.

Em continuidade quanto à igualdade na chefia familiar pode-se afirmar que há uma alteração do procedimento. Tal situação se destaca na atualidade onde se verifica a diarquia ao invés da hierarquia familiar, ou seja, a participação do eixo da pessoa do homem e passa a ser entregue à mulher, inclusive sob a possibilidade de consulta aos filhos.

Tanto é assim, que se substitui de diversos dispositivos a expressão *pátrio poder para poder familiar*, a atual legislação⁴³.

Como exemplo da referida alteração podemos citar o art. 1.631, do CC que trata do dever da ambos os pais na administração dos filhos, bem como o art. 1.566, do CC qual impõe a ambos os cônjuges o dever de mútua assistência e respeito de acordo com suas possibilidades pessoais e patrimoniais⁴⁴.

Por fim, conforme art. 1.634, do CC (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) o poder familiar também deve ser exercido de forma igualitária quanto aos filhos da seguinte forma:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

41 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 17.

42 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. 2. Ed. Atlas. São Paulo. 2012. p. 54.

43 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 19.

44 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 25.

- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Conforme assevera Flavio Tartuce⁴⁵, os referidos exercícios acima descritos devem ser analisados de acordo com os usos e costumes do lugar de forma acometida sob a condição de em casos de violência haver a incidência de abuso do direito (art. 187 do CC), ou até mesmo ato ilícito (art. 186 do CC).

2.7. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Anotado pela legislação de forma expressa no art. 227 da CF, arts. 3º e 4º do ECA e arts. 1.583 e 1.584 do CC contém várias acepções, no âmbito nacional e internacional.

Os defensores do ECA utilizam o termo *proteção integral*, já os autores de direito internacional usam a expressão “*Best interestofchild*” (Convenção de Haia de Proteção dos Direitos da Criança)⁴⁶.

Não obstante a regulamentação, Maria Helena Diniz⁴⁷ pondera de forma assertiva que o referido princípio: “*permite o integral desenvolvimento de sua personalidade e é demitires solucionadora de questões conflitavas advindas da separação judicial ou divórcio dos genitores, relativas à guarda, direito de visitas e etc.*”

No direito de família o princípio tem aplicação na questão da guarda durante o poder familiar arts. 1.583 e 1.584 do CC, alterados pela Lei 11.698/2008, bem como Lei 13.058/2014.

Sendo assim, podemos analisar a questão como era tratada e como hodiernamente se aplica.

Como era: a guarda seria atribuída, em regra, conforme acordo entre os genitores (fixação consensual). Não havendo acordo, a guarda seria atribuída à quem oferecesse as melhores condições para exercê-la (melhor interesse da criança ou do adolescente). Sempre prevaleceu a guarda unilateral com direito de visitas para a outra parte.

Como ficou: foram mantidas as premissas básicas (acordo ou melhor interesse). Entretanto, a guarda compartilhada passou a ser prioritária. Na guarda compartilhada, o filho tem um lar único convivendo nesse lar com ambos os genitores que dividem as atribuições relativas ao filho.

GUARDA COMPARTILHADA. ALTERNÂNCIA. RESIDÊNCIA. MENOR. A guarda compartilhada (art. 1.583, § 1º, do CC/2002) busca a proteção plena do interesse dos filhos, sendo o ideal buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico do duplo referencial. Mesmo na ausência de consenso do

45 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 20.

46 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 22.

47 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 37.

antigo casal, o melhor interesse do menor dita a aplicação da guarda compartilhada. Se assim não fosse, a ausência de consenso, que poderia inviabilizar a guarda compartilhada, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente porque contraria a finalidade do poder familiar, que existe para proteção da prole. A drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e do período de convivência da criança sob a guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal letra morta. A custódia física conjunta é o ideal buscado na fixação da guarda compartilhada porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência das fontes bifrontais de exercício do poder familiar. A guarda compartilhada com o exercício conjunto da custódia física é processo integrativo, que dá à criança a possibilidade de conviver com ambos os pais, ao mesmo tempo em que preconiza a interação deles no processo de criação. REsp 1.251.000-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/8/2011.

Não confundir com a guarda alternada que é aquela fracionada no tempo (conhecida como guarda mochileira ou ping-pong). Essa guarda não é recomendável segundo os psicanalistas e psicólogos, pois o filho não tem ponto de referência.

Uma última questão relevante refere-se a amplitude da aplicação do referido direito, em que mesmo havendo nulidade processual no trâmite de um processo, essa não pode ser alegada em prejuízo ao infante, pois, aplica-se a presente a proteção integral desse – STJ-847.597/SC.

2.8. Princípio a proteção ao idoso

Pautada não somente o disposto implicitamente na Constituição Federal por meio da solidariedade, mas também na Lei n.º 10.741/2003 a proteção do idoso se faz necessária.

De todas as mudanças legislativas até o presente momento o tratamento ao idoso é fundamental tendo em vista sua peculiaridade imperiosa, premente e necessária⁴⁸.

A acepção da aplicação de sua proteção é dinâmica e abrangente, pois engloba desde questões decorrentes aos alimentos (art. 11, do Estatuto) até mesmo a proteção contra arbitrariedades decorrentes dos planos de saúde privado.

Direito civil e processual civil. Estatuto do Idoso. Planos de Saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação. - Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calculada exclusivamente na mudança de faixa etária – de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas

48 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 97.

no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso. - Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 989.380/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 20/11/2008)

2.9. Princípio da Afetividade e pluralidade familiar (reconhecimento de outras entidades familiares)

Afeto significa interação de afeição para com alguém de forma espontânea que nos termos do direito de família pode gerar efeitos⁴⁹ e o fundamento esta pautado na dignidade humana (art. 1º, III, da CF), bem como na solidariedade (art. 3º, I, da CF).

Para Maria Berenice Dias⁵⁰ o afeto está ligado aos sentimentos, podendo ser positivo (amor), ou negativo (ódio). Um conceito importante se refere ao entendimento de Pablo e Pamplona que registra “*Não nos propomos, com isso a tentar definir o amor, pois tal tarefa afigurar-se-ia impossível a qualquer estudioso filósofo ou cientista*”

Sendo assim, o que nos importa basilamente são seus efeitos jurídicos, como exemplo a tese do abandono afetivo (responsabilidade civil); reconhecimento de novas entidades familiares (caso da união homoafetiva); e reconhecimento da parentalidade socioafetiva como forma de parentesco civil (art. 1.593, do CC)⁵¹.

Portanto, 3 (três) são as verdades que devem ser ponderadas para determinação do vínculo parental:

- 1) verdade registral (o que está no registro);
- 2) verdade biológica (provada com DNA);
- 3) verdade socioafetiva (decorre uma posse de estado de filia, qualitativa e quantitativa).

Os principais casos de aplicação da parentalidade socioafetiva na jurisprudência envolvem a adoção à brasileira. Adoção à brasileira é a hipótese em que alguém registra como seu um filho alheio, geralmente porque há impedimento para adoção regular (RESP 1.088.157/PB 2009 e RESP 234.833/ MG 2007).

Praticamente todos os tribunais estaduais aplicam a parentalidade socioafetiva em uma análise quantitativa e qualitativa, sendo que não existe prazo para parentalidade socioafetiva.

Atinente a esse princípio, tendo em vista sua concepção, possibilita o reconhecimento das novas entidades familiares. O que está devidamente acostado em nossa Constituição Federal, além do casamento, consta ainda a união estável, bem como a família monoparental⁵².

⁴⁹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. 2. Ed.. Atlas. São Paulo. 2012. p. 3.

⁵⁰ In: *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 89.

⁵¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014. p. 28.

⁵² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013. p. 37. e LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Direito de Família e sucessões*. 6. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2010. p. 37.

Conclusão

Conforme se verificou no decorrer do presente artigo o Direito de Família pode ser conceituado como entidade familiar como instituto complexo, decorrente de um ente despersonalizado, base da sociedade, cuja natureza é baseada pela afetividade, não cabendo ao Estado defini-la, mas sim promovê-la.

Ainda nesse sentido, ficou registrado que o Direito de Família hodiernamente sofre grandes alterações, tal fato social repercute na concepção jurídica do instituto e, frente a crescente vertente entre os doutrinadores contemporâneos em constitucionalizar as normas, não pode ser negada a implementação de princípios ao atual Direito de Família.

Tanto é assim, que o Direito de Família sofre ainda com a sua aplicação prática e depende de critérios hermenêuticos imbuídos na importância e a deficiência do positivismo jurídico. Tal situação somente pode ser superada, segundo entendimento da doutrina, com o resgate dos princípios na atual concepção social.

Ideia essa, derivativa de todos os elementos apresentados até então, ou seja, o contexto social atual e histórico, qual prima o ponto de vista do afeto, do amor, da ética e da valoração das pessoas.

Mas não somente isso, dentre os referidos elementos, não se pode negar a importância dos princípios constitucionais de suma importância para uma devida interpretação dos institutos civis baseadas.

Tal providência tem uma significância impar, tendo em vista ser possível reconhecer a aplicação das normas constitucionais que protegem a pessoa humana em uma aplicação imediata nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) – art. 5º, §1º, da CF.

Referências

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. 2. Ed.. Atlas. São Paulo. 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 1. Ed.. Atlas. São Paulo. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. Ed.. São Paulo: RT, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 28. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013

FARIAS, C.; ROSENVALD, N. *Direito das Famílias*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2013

HIRONAKA, G. M. F. N. *Direito Civil. Direito de Família*. São Paulo: RT.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Direito de Família e sucessões. 6. Ed.. Saraiva. São Paulo. 2010

LÔBO, Paulo. Famílias. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, “Da União Estável” In: ANAIS DO III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - Família e Cidadania – O Novo CCB e a Vacatio Legis, Belo Horizonte, União OAB/MG – Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, 2000

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. 9. Ed.. Método. São Paulo. 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil: Direito de Família. 14. Ed.. Atlas. São Paulo. 2014.

**COPARENTALIDADE:
a autonomia privada dos genitores em contraponto
ao melhor interesse da criança**

**COPARENTALITY:
the private autonomy of parents as opposed
to the best interests of the child**

**CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO VIEGAS¹
RODOLFO PAMPLONA FILHO²**

RESUMO

O presente artigo tem por escopo refletir sobre a coparentalidade ou parentalidade responsável, apresentada como uma estrutura familiar baseada na cooperação, amizade, afeto, respeito e carinho entre pessoas, que objetivam conceber um filho, sem, contudo, assumir qualquer vínculo de matrimônio ou união estável. Tal conformação não tradicional tem sido mais uma opção, entre tantas outras, para solteiros convictos ou casais que, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero, buscam realizar o sonho de paternidade/maternidade, sem envolvimento romântico. Diante desse contexto, pretende-se avaliar, por meio de técnica bibliográfica exploratória, se o projeto de vida baseado na coparentalidade atenderia o melhor interesse da criança. A controvérsia central do tema se relaciona com o conflito entre o princípio da autonomia privada dos pais, o qual determina a liberdade dos genitores para planejar a maternidade e paternidade responsável, nos moldes previstos na Constituição da República de 1988, com o princípio do melhor interesse da criança, questionando-se se essa seria uma família ideal para o desenvolvimento do menor. Nessa perspectiva, será demonstra-

1 Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Brasil - Faculdade de Belo Horizonte. Professora de Direito da PUC Minas, Faculdade de Belo Horizonte, Conselho Nacional de Justiça e Polícia Militar. Pós-doutoranda pela Universidade Federal da Bahia. Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Servidora Pública Federal do TRT MG – Assistente do Desembargador Corregedor. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Educação à distância pela PUC Minas. Especialista em Direito Público – Ciências Criminais pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Bacharel em Administração de Empresas e Direito pela Universidade FUMEC. Site: www.claudiamara.com.br. E-mail: claudiamaraviegas@yahoo.com.br.

2 Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador — UNIFACS. Professor Associado da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Coordenador do Curso de Pós-Graduação on-line em Direito Contratual e em Direito e Processo do Trabalho da Estácio, em parceria tecnológica com o CERS. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM — Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (antiga Academia Nacional de Direito do Trabalho — ANDT). Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Site: www.rodolfopamplonafilho.com.br