

A família entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades

A evolução do tratamento jurídico das famílias revela movimento pendular entre dois valores caros ao atual sistema jurídico. Em primeiro lugar, a necessidade de se assegurar a liberdade nas escolhas existenciais que, na intimidade do recesso familiar, possa propiciar o desenvolvimento pleno da personalidade de seus integrantes. Esse o propósito do artigo 1.513 do Código Civil: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Por outro lado, a tutela das vulnerabilidades e das assimetrias econômicas e informativas, para que a comunhão plena de vida se estabeleça em ambiente de igualdade de direitos e deveres (artigo 1.511, Código Civil, *ex vi* do artigo 226, § 5º, da Constituição), com o efetivo respeito da liberdade individual. Tendo-se presentes esses dois vetores, e diante das intensas modificações ocorridas nas últimas décadas na estrutura das entidades familiares, torna-se indispensável a reformulação dos critérios interpretativos, a despeito da resiliência, de alguns setores da doutrina e da magistratura, de admitir a incompatibilidade entre antigos dogmas de cunho religioso e político com tão radicais transformações — fenomenológica, percebida na sociedade ocidental, e axiológica, promovida pela legalidade constitucional.

A Constituição da República consagrou nova tábua de valores, da qual se pode extrair a transformação do conceito de unidade familiar que sempre esteve na base do sistema. Verifica-se, do exame dos artigos 226 a 230, da Constituição, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus integrantes e ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. De outra forma não se consegue explicar a proteção constitucional às entidades familiares não fundadas no casamento (artigo 226, § 3º) e às famílias monoparentais (artigo 226, § 4º); a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (artigo 226, § 5º); a garantia da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal independentemente de culpa (artigo 226, § 6º); o planejamento familiar voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, § 7º) e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica (artigo 226, § 8º).

A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, ainda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes — particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do marido — justificava-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do Código Civil de 1916 aos relacionamentos extraconjugais, simbolizados pelo estigma da concubina. O sacrifício individual, em todas as hipóteses de fracasso no relacionamento conjugal, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula *mater* da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal.

O constituinte de 1988, todavia, além dos dispositivos acima enunciados, consagrou, no artigo 1º, III, entre os princípios fundamentais da República, que antecedem todo o texto maior, a dignidade da pessoa



humana, impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com *status* constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família. Assim sendo, a família deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que — e somente na exata medida em que — se constitua em um núcleo intermediário de autonomia existencial e de desenvolvimento da personalidade dos filhos, com a promoção isonômica e democrática da dignidade de seus integrantes.

Dito diversamente, altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para o conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos — tendo por origem não apenas o casamento — e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Nesse cenário há de se refletir sobre a conquista representada pela prevalência no direito da realidade fática da família como comunidade de pessoas de carne e osso sobre a família no modelo formal e institucional de reprodução sexual e acumulação econômica em torno da autoridade patriarcal. O afeto torna-se, nessa medida, elemento definidor de situações jurídicas, ampliando-se a relação de filiação pela posse de estado de filho e flexibilizando-se, com benfezja elasticidade, os requisitos para a constituição da família. O direito de família passa a atribuir particular importância (não à afetividade como declaração subjetiva ou obscura reserva mental de sentimentos não demonstrados, mas) à percepção do sentimento do afeto na vida familiar e na alteridade estabelecida no seio da vida comunitária. Realidade e percepção da realidade se tornam para o direito de família indispensáveis para a superação de paradigmas formalistas e patrimonialistas. Nessa esteira, situa-se a ampla admissibilidade, pela jurisprudência atual, de entidades familiares extraconjugais, incluindo-se a união de pessoas do mesmo sexo (STF, ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, rel. min. Ayres Britto, j. 5/5/2011), as famílias simultâneas, cuja repercussão geral foi reconhecida pela Suprema Corte (STF, RG no ARE 656.298/SE, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 8.3.2012), além das uniões poliafetivas, reguladas hodiernamente pelo tabelionato (recentemente, lavrou-se escritura pública no 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro para contratualizar união homoafetiva entre três mulheres), e cuja eficácia, no âmbito do direito de família, ainda é objeto de controvérsia, justamente porque o conceito de família há de ser necessariamente elástico, em contínua evolução.

Entretanto, há de se cuidar, com zelo de ourives, para que não se banalizem os sentimentos e o afeto, submetidos à percepção valorativa de cada magistrado ou, pior, às pretensões egoístas e patrimonialistas de protagonistas de conflitos de interesses. E o melhor antídoto para tais riscos mostra-se o balizamento do merecimento de tutela das relações afetivas pelos valores normativos constitucionais (democracia, igualdade, solidariedade, dignidade) que permeiam o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e toda a legislação infraconstitucional.

No cenário da vida como ela é, o amor por vezes falta, o egoísmo aflora e os deveres estabelecidos nas relações afetivas devem ser integralmente preservados. A alteridade tem consequências para o constituinte. É como se a legalidade constitucional se valesse da percepção do afeto para imediatamente impregná-la e plasmá-la com os valores constitucionais, vinculando as relações jurídicas a deveres de solidariedade e igualdade. Torna-se indispensável, portanto, uma vez introduzida a realidade da vida, do amor e do afeto na experiência normativa, que não se requeiem as relações de família à pura



espontaneidade, desprovida de valores jurídicos, deixando-se em segundo plano os deveres constitucionais a que corresponde o amor responsável. Autonomia total para os arranjos familiares, sendo a responsabilidade pelo outro e por tudo aquilo que se cativa imprescindíveis na legalidade constitucional.

** Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Girona, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC e UFMT).*