

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

MARCOS ALVES DA SILVA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior; Marcos Alves Da Silva; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-341-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Família. 3. Sucessões. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

Apresentação

Advindos de estudos aprovados para o III Encontro Virtual do CONPEDI, realizado entre os dias 23, 24, 25, 26 e 28 de junho de 2021, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema principal “Saúde: segurança humana para democracia”.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho "Direito de Família e das Sucessões I" pudemos testemunhar relevante espaço voltado à disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao direito de família, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Os quatro primeiros artigos trataram de temas atinentes ao testamento e inventário. O primeiro deles, com o título “O testamento ordinário como alternativa ao planejamento sucessório em tempos de pandemia”, trouxe em seu escopo a ideia de que o planejamento sucessório e patrimonial surge como uma alternativa organizacional ao patrimônio do titular dos bens e à família, sendo uma forma de efetivar a autonomia da vontade. O segundo artigo objetivou expor em detalhes quais são os principais problemas enfrentados pela apresentação e confirmação do testamento escrito à mão (“A confirmação do testamento holográfico no direito espanhol: reflexões em tempo de pandemia”). Em seguida vislumbramos o artigo “Anotações preliminares sobre a herança digital no ordenamento jurídico brasileiro”, que apresentou aspectos relacionados à herança digital e a necessidade de regulação no direito sucessório brasileiro. Encerrando esta primeira parte temos o texto “A desjudicialização e a possibilidade de realização do inventário extrajudicial mesmo com a existência de testamento” que vem demonstrar como as serventias notariais constituem um importante mecanismo para a desjudicialização e vem discutir questões relacionadas ao inventário extrajudicial com a existência de testamento.

Em seguida, tem-se o estudo com o objetivo de analisar a atualidade do planejamento sucessório, trazendo seu conceito, importância, finalidade e a discussão sobre se a doação é um mecanismo hábil para a divisão patrimonial de uma maneira mais organizada no texto “Doação como forma de planejamento sucessório”. Com o título “Abuso do processo e

assédio processual: a atuação dos operadores do direitos nos conflitos de família” os autores destacam a atuação dos operadores do direito de família para auxiliar na identificação, inibição e na prevenção de comportamentos belicosos e temerários dos litigantes, chamados de abuso do processo e assédio processual, que frequentemente se apresentam em lides familistas. Em seguida temos o texto “Dimensões da afetividade: análise das vertentes contemporâneas da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro”.

Temas relativos a alimentos estão dispostos nos artigos “Do antagonismo entre o direito fundamental à saúde e o direito aos alimentos no contexto da pandemia: reflexões sobre as alternativas possíveis ao tema” e “A prisão civil por execução de dívida alimentar em tempos da pandemia do coronavírus (COVID-19): uma visão acerca das medidas adotadas pelo CNJ, pelo STJ e pelo legislativo”.

Vislumbramos ainda o artigo que analisa dispositivos constitucionais dedicados à tutela da família no artigo intitulado “Valores revelados na tutela jurídica da família contemporânea nas Constituições brasileira e portuguesa” e, em seguida, “Em busca de um fundamento científico: uma análise de justificativas do uso das constelações familiares por agentes do campo jurídico (se houver)”.

Com tema bastante inovador, temos o artigo “Ensino do direito de família por meio da música” quem tem como marco teórico a Resolução n. 5/2018 do MEC. E outro tema de suma importância para este GT está disposto no artigo “O direito à educação para crianças autistas e os mecanismos de gestão de conflitos”. Ainda no âmbito infantil, podemos recorrer ao texto “Sharenting: violação do direito de imagem das crianças e adolescentes pelos próprios genitores na era digital” para refletir sobre o grau de incidência desse fenômeno na era digital.

Por fim, temos o artigo com o título “Esterilização voluntária e autonomia reprodutiva da mulher casada no direito das famílias repersonalizado” vem investigar a (in) constitucionalidade do parágrafo 5º do artigo 10 da Lei nº. 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna

Marcos Alves da Silva

Centro Universitário de Curitiba

Valéria Silva Galdino Cardin

Universidade Estadual de Maringá

e Centro Universitário Cesumar

**VALORES REVELADOS NA TUTELA JURÍDICA DA FAMÍLIA
CONTEMPORÂNEA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRA E PORTUGUESA**
**VALUES REVEALED IN THE LEGAL PROTECTION OF CONTEMPORARY
FAMILY AT BRAZILIAN AND PORTUGUESE CONSTITUTIONS**

Márcia Cristina dos Santos Rêgo ¹
Pastora Do Socorro Teixeira Leal ²

Resumo

O objetivo central deste trabalho é identificar os valores revelados na tutela jurídica da família contemporânea nas constituições brasileira e portuguesa. Trata-se de pesquisa bibliográfica qualitativa, com enfoque indutivo, a dar suporte a um trabalho sustentado em dois tópicos principais. No primeiro deles faz-se uma abordagem sobre a relevância dos valores para a normatização jurídica da família. No seguinte, faz-se uma análise dos dispositivos constitucionais dedicados à tutela da família identificando os valores revelados nessa tutela. Enfim, além de identificar aqueles valores e os princípios que os deontologizam, ainda identifica-se a convergência daqueles ordenamentos na tutela da família contemporânea.

Palavras-chave: Família contemporânea, Valores, Princípios, Direito de família, Constituição

Abstract/Resumen/Résumé

The main objective of this work is to identify values revealed in the legal protection of contemporary family at Brazilian and Portuguese constitutions. It is a qualitative bibliographic research, with inductive focus, to support a work sustained in two main topics. At first, an approach made about the relevance of values for legal normatization of family. At next, an analysis is made of constitutional provisions dedicated to protection of family, identifying values revealed on it. Finally, after identifying those values and the principles that deontologize them, the convergence of those systems in the protection of contemporary family is also identified.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Contemporary family, Values, Principles, Family right, Constitution

¹ Graduada e Mestre em Direito pela UFPA, onde também é professora titular de direito civil e está concluindo o doutoramento realizado em cotutela internacional com a Universidade de Lisboa.

² Graduada e Mestre pela UFPA, Doutora em direito pela PUC de São Paulo. É professora titular da graduação e do PPGD/UFPA e desembargadora do TRT da 8ª Região(PA).

1 INTRODUÇÃO

A família sempre foi tida como uma das instituições mais relevantes para o direito. Mesmo no contexto do direito despersonalizado, cujo intuito primordial era o de acumular e proteger o patrimônio, era ela protegida.

Não se descuida do fato de que a família protegida naquele contexto era exclusivamente o modelo de família padronizado pelo código civil vigente. O que significa dizer que apenas a família constituída por matrimônio entre homem e mulher, sem equiparação de direitos e deveres entre si, autoritária, patriarcal, machista e inicialmente indissolúvel, era objeto de proteção legal.

Todo e qualquer grupo doméstico, com vida em comum pública e notória, constituído com o intuito de constituir família, que não correspondesse a esse gabarito legal, não era “digno” de ser chamado família e de receber a proteção sociojurídica adequada; sendo, portanto, excluído, estigmatizado e considerado ilegítimo.

Imagine-se a situação: o casamento era indissolúvel até 1977 no Brasil. Uma vez casada, apenas pela morte a pessoa seria alforriada daquele vínculo. De modo que se o relacionamento fosse infeliz e até mesmo violento a pessoa estaria sentenciada à infelicidade até morrer ou até que seu cônjuge morresse; pois, no máximo, permitia-lhe a lei desquitarse, a partir de 1942, o que significava dizer que apenas a sociedade conjugal estava desfeita, persistindo o vínculo nos termos anteriores.

Isso significava que, em um contexto onde a formação da família tinha como exigência o casamento, a pessoa não estava livre para casar-se com outrem; o que significava que ela estava impedida de constituir nova família.

Logo, se a pessoa desquitada ousasse confrontar os costumes vigentes na sociedade orientada por tais valores, constituindo novo grupo doméstico, esse grupo não teria o reconhecimento sociojurídico de família, senão como família ilegítima. De modo que essa seria uma família excluída de qualquer proteção. Portanto, a liberdade das pessoas em constituir família era extremamente restrita àquilo que estivesse permitido por lei.

O ponto de virada para que essa e outras liberdades pudessem ser reconhecidas e dilatadas ocorreu a partir da nova ordem internacional apresentada ao mundo em consequência dos horrores vivenciados pela humanidade ao longo das guerras mundiais, evidenciando a relevância dos direitos humanos para a comunidade internacional.

E essa ordem funda-se sobre uma carga axiológica que não apenas consolida-se internacionalmente ao longo dos anos, mas amplia-se e infiltra-se nos ordenamentos jurídicos nacionais, abraçando aspectos da personalidade humana fundamentais para manter o ser humano a salvo de referidos horrores.

Dentre os aspectos sobre os quais essa ordem internacional incide encontra-se a família contemporânea, cuja relação com os direitos humanos é um fato inquestionável. Portanto, é natural que a tutela jurídica da família contemporânea sofra a influência da carga axiológica dos direitos humanos.

Entretanto, considerando que a incidência dos direitos humanos não ocorre uniformemente entre as nações que subscrevem os instrumentos internacionais que os reconhecem, naturalmente que sua repercussão na tutela da família não ocorre de modo uniforme.

E é este o fato que justifica o interesse em investigar quais os valores que orientam essa tutela realizada no contexto dos direitos humanos.

Neste caso específico propõe-se uma análise comparativa entre a tutela que a família contemporânea recebe no Brasil e em Portugal, considerando que o direito de família brasileiro tem o direito de família português por gênese.

Assim, a busca por identificar os valores revelados na tutela jurídica da família contemporânea nas Constituições brasileira e portuguesa mostra-se de extrema relevância para a percepção das entidades que ambas as nações compreendem por famílias e das razões que justificam sua proteção.

O fato de ambos os países elegerem a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental de sua estruturação jurídica é revelador de que a pessoa humana figura como o valor central das ordens jurídicas desses países, aquilo que Miguel Reale denomina ser “o valor-fonte de todos os valores” (REALE, 2001, p. 43). E de que a tutela da família contemporânea encontra relação direta com o fato da pessoa humana assumir esse posto; considerando-se o fato da família encontrar-se no campo alusivo à intimidade do indivíduo, integrando uma de suas dimensões existenciais.

Certamente, este valor central funciona como ponto de partida deste estudo qualitativo de enfoque dedutivo, de cunho formal, que tem por objetivo ampliar o conhecimento sobre os valores constitucionalmente consagrados a orientarem a tutela da família contemporânea no

Brasil e em Portugal. Com recurso à pesquisa bibliográfica jurídica específica. Considerando que a família tem o reconhecimento de sua função essencial como instrumento de promoção e proteção da dignidade da pessoa humana, demandando ela mesma especial proteção para assegurar essa funcionalidade e o direito fundamental de cada ser humano a ter uma família.

Estruturou-se, então, o desenvolvimento deste trabalho em dois tópicos principais que abordam sucessivamente a relevância dos valores para a normatização jurídica da família e uma análise dos dispositivos constitucionais dedicados à tutela da família identificando os valores revelados nessa tutela, bem como as dissonâncias e convergências dos ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal.

2 A RELEVÂNCIA DOS VALORES PARA A NORMATIZAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA

Antes de identificarem-se os valores refletidos na tutela jurídica da família pelas Constituições de Brasil e Portugal, importante destacar a relevância que os valores têm na normatização jurídica da família.

Partindo da concepção segundo a qual o legislador não pode submeter todos os fenômenos socioculturais à uma fórmula jurídica, por meio da regra elaborada, considerando que a dinâmica e a complexidade das relações humanas comprometem qualquer pretensão de previsibilidade.

Necessário considerar outros meios de nutrir a norma jurídica para que essas relações disponham de um sistema de proteção diversificado. Meios que possam dialogar com as regras estabelecidas para a regulação de condutas e permitir a solução de questões não previstas expressamente; mas que acabam por receber a tutela em face da integração entre essas fontes.

Nesse sentido, as normas jurídicas não se encerram nas regras. Também os princípios são normas jurídicas que o interprete utiliza como fundamento legítimo para o entendimento manifestado acerca de casos concretos submetidos à apreciação judicial. Além disso, os princípios também servem de inspiração, orientação e fundamento do legislador no momento da elaboração de novas regras.

A estruturação e eleição dos princípios que integrarão o sistema normativo revela a espinha dorsal que o sustenta, as convicções, ideologias e valores que o orientam e precisam ser considerados no confronto entre direito e realidade. Naqueles momentos em que a realidade confronta o direito, desafiando-o à tutela-la, em face à ausência de tutela específica.

Referidos princípios aqui descritos não devem ser confundidos com os princípios gerais do direito, concebidos como recursos de integração da norma jurídica, desprovidos de força

vinculante, pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no art. 4º. Entendem-se os princípios, que assumem a posição de norma jurídica ao lado das leis, como diretrizes gerais ou mandados de otimização, com proposições genéricas de conteúdo valorativo (FARIAS; ROSA, 2020, p. 60-62) e força normativa.

A vantagem que os princípios parecem ter em relação às regras é que eles têm enunciações mais abstratas de conteúdo finalístico, conferindo maior permeabilidade ao ordenamento jurídico em face das transformações sociais e alcançando, portanto, diversas situações, sem que necessite expressamente prevê-las. Ademais, colisões eventuais entre princípios encontram na ponderação a definição sobre qual deles deverá prevalecer no caso concreto, sem que aquele que for afastado perca sua relevância e aplicabilidade para as demais situações.

Os princípios são erigidos, portanto, pela apropriação de valores, inserindo-os no ordenamento jurídico com o propósito de os realizar; em um processo de deontologização desses valores pela imposição do dever de os observar na prática de determinadas condutas, diante de certas circunstâncias, objetivando resultados específicos.

Como referidos princípios podem ser objetos de apropriação pelo legislador, no momento de elaboração das leis, os valores deontologizados pelos princípios acabam por integrar as regras também. De modo que, seja na forma de princípios, seja na forma de regras, os valores mostram-se refletidos no ordenamento jurídico, indicando a carga axiológica que orienta o direito de determinada sociedade em determinado momento histórico. Então, o direito dessa sociedade precisa ser concebido de forma a promover a realização desses valores.

É certo que há primazia da aplicação da regra prevista ao caso concreto; mas a existência dessa regra não afasta a incidência dos princípios por si, uma vez que a interpretação precisa ser sistemática, não podendo contradizer os fundamentos do Estado de direito. Nesse sentido, “a regra tem que ser interpretada à luz dos princípios que inspiraram a sua edição, garantindo uma compreensão lógica, coerente e sistêmica das normas”. (FARIAS; ROSA, 2020, p. 98)

Tudo vai depender das circunstâncias que caracterizam o fato em face da previsibilidade ou não da regra e de ser ela bastante para a realização dos valores do ordenamento. De forma que a resposta normativa do ordenamento jurídico virá das regras, dos princípios ou de ambos, da maneira que melhor realize a carga axiológica vigente.

O mais importante, portanto, é que os valores que objetivamente (REALE, 2001, p. 47) sustentam a normatividade do sistema jurídico sejam protegidos, promovidos, realizados, satisfeitos com a tutela conferida, enquanto reflexo dos interesses que importam ser protegidos para determinada sociedade em determinado momento histórico, como, na atualidade: a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a liberdade e a igualdade, por exemplo.

Anote-se ainda que, na perspectiva de Miguel Reale, a liberdade enseja um valor em si e a condição essencial à realização de outros valores (REALE, 2001, p. 50), tamanha sua relevância. Seria, por exemplo, um de seus desdobramentos o livre planejamento familiar, a liberdade de escolher o modelo familiar que melhor refletisse a personalidade das pessoas que o constituem.

Por si, os valores apresentam tão somente uma carga ideológica ou axiológica, considerando-se que não têm o condão de impor obrigações de que esta ou aquela conduta seja observada, ainda que sirvam à qualificação positiva ou negativa de condutas, enquanto “pressupostos conjecturais necessários à convivência humana” (REALE, 2001, p. 47), estabelecendo os parâmetros utilizados na apreciação e no julgamento dessas condutas.

A ênfase conferida à realização da carga axiológica objetivamente consagrada pelo ordenamento jurídico encontra justificativa na afirmação segundo a qual:

A historicidade do homem é de caráter axiológico, visto que a existência humana se resolve numa contínua e renovada opção entre valores do mais amplo e variável espectro. No fundo, viver é optar, escolher entre fins opostos ou conflitantes, provendo-se de meios adequados à realização dos fins visados.

...

As opções axiológicas feitas pelos homens instauram modos de ser, de pensar e de viver que, não obstante a sua radical vinculação à subjetividade...não podem deixar de atuar, como os usos e os costumes o demonstram, de maneira objetiva, por serem expressão do modo de sentir e de querer da coletividade em sucessivos momentos históricos. (REALE, 2001, p. 44)

Nesse sentido, quando o princípio visa determinado fim, qualificando positivamente o estado de coisas que pretende promover, orienta-se por valores específicos. Mas com eles não se confunde, em razão de sua carga deontológica, orientando os deveres a serem observados nas condutas individuais. Razão pela qual o afeto é rejeitado como princípio do direito de família, por exemplo, sua carga é axiológica, tratando-se de valor inerente às relações familiares (FARIAS; ROSA, 2020, p. 77), que pode ser utilizado como um parâmetro valorativo sem força vinculante e normativa na interpretação do direito.

Acrescenta a doutrina que o direito civil contemporâneo tem seus institutos submetidos a uma filtragem ética, baseada na despatrimonialização e personalização do direito; que, em direito civil, destaca a primazia dos valores existenciais sobre os valores patrimoniais. (FARIAS; ROSA, 2020, p. 81). Fato que determina que velhas práticas sejam descartadas e novas práticas sejam incorporadas, em face da nova orientação axiológica que privilegia o ser humano, pela realização de seus direitos humanos na esfera privada, como na esfera pública, em consequência da solidariedade que deve orientar as relações aí travadas para prevenir assimetrias injustas entre as pessoas.

Por fim, necessário dizer que não há a categorização dos valores como norma jurídica, ficando apenas as regras e os princípios como categorias. Nesse sentido, os princípios gerais do direito referidos alhures são valores utilizados na integração da norma jurídica, ou seja, no processo hermenêutico de princípios e regras. Enquanto a pluralidade de entidades familiares, a isonomia entre homem e mulher no seio das entidades familiares e a igualdade entre os filhos são princípios fundamentais que alimentam o direito de família, refletindo os valores consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro (FARIAS; ROSA, 2020, p. 78), na tutela do valor-fonte dignidade da pessoa humana.

3 VALORES REVELADOS NA TUTELA JURÍDICA DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRA E PORTUGUESA

Considerando que a tutela jurídica da família é reveladora dos valores abraçados pelo ordenamento de cada país, busca-se nas Constituições de Brasil e Portugal identificar essa carga axiológica, em uma análise comparativa entre ambas, capaz de demonstrar o quanto a ordem internacional as influenciou.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, restabelecendo a democracia e instituindo um estado de bem-estar social, a partir do elenco de valores constantes de seu preâmbulo, destinou um capítulo inteiro à família, o capítulo VII, no trato da ordem social, constante de seu penúltimo título, o título VIII.

Isso não significa dizer que apenas esses dispositivos contemplam a família e as relações familiares. Mas, que segue tutelada ao longo do texto ainda que indiretamente, tomando por base a subjetivação do ordenamento jurídico instituída pela Constituição Federal, expressa na forma de seus princípios fundamentais e das garantias e direitos fundamentais consagrados em proveito da pessoa humana.

Sim. Porque falar de família implica em falar de pessoas; portanto, a tutela jurídica da família incorre necessariamente na tutela jurídica de uma das dimensões fundamentais ao desenvolvimento de cada ser humano.

Nesse sentido inicia a Constituição Federal por reconhecer a família como a base da sociedade, conferindo-lhe especial proteção, no art. 226. Sem especificar o sentido conferido ao termo, deixando-lhe o conteúdo semântico vago, amplo e aberto, e, portanto, adotando um conceito indeterminado que concede ao interprete a incumbência de encontrar na sociedade os elementos fáticos a serem observados no momento da identificação do grupo doméstico como entidade familiar.

Ademais, trata-se de uma cláusula geral de proteção dos grupos domésticos, uma norma aberta, viabilizada pela vaguidade semântica do conceito indeterminado de família que utiliza. Referida cláusula geral inclusiva confere ampla proteção à família, admitindo a diversidade que a pluralidade e a dinâmica social congregam, considerando o mosaico de circunstâncias que revele a condição familiar de cada grupo doméstico. Portanto, conferindo proteção a cada “organização interpessoal íntima fundamental para o interesse comum da organização interpessoal macro em que está inserida”. (RÊGO, 2021, p. 176)

Esse mosaico de circunstâncias perquirido na busca da identificação da família objeto de proteção da cláusula geral teria minimamente: uma comunidade de pessoas, com vida em comum, constituída em razão da vontade de seus membros de formar família, independentemente da existência de qualquer vínculo entre eles. (RÊGO, 2021, p. 210)

Superada a questão da cláusula inclusiva de proteção constitucionalmente consagrada, impulsionando o reconhecimento do pluralismo familiar, o texto constitucional discorre sobre modelos de família que tem se firmado ostensivamente ao longo da evolução social e sobre algumas garantias específicas e genéricas para as famílias, nos parágrafos, do mesmo art. 226. Trazendo uma amostra da referida diversidade, sinalizando que todos os modelos de família são iguais em dignidade para fins de proteção jurídica.

Nesse sentido faz expressa referência ao casamento (civil ou religioso com efeito civil), à união estável e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Além de estabelecer que a conversão da união estável em casamento deve ser facilitada por lei, na hipótese de os companheiros decidirem formalizar sua união; que também na sociedade conjugal mulheres e homens têm iguais direitos e deveres; e que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Adverte-se, porém, que essa limitação de exemplos de modelos de famílias enunciados nos parágrafos não tem por si o condão de reduzir a abrangência daquele conceito indeterminado que serviu ao *caput* do art. 226, da Constituição Federal. Considerando que o propósito da cláusula geral de proteção que o enunciado do *caput* apresenta é a proteção indiscriminada dos modelos familiares, ou seja, a cláusula geral de proteção à família é inclusiva, alcançando qualquer modelo que possa ser encaixado na definição de família.

O reconhecimento ao livre planejamento familiar como um direito fundamental, pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e o direito à assistência de cada pessoa integrante de relação familiar contra todo tipo de violência à qual possa estar exposto são também conquistas expressamente previstas naqueles dispositivos que reforçam a relação entre a proteção da família e a proteção à pessoa humana.

No caso do planejamento familiar, acresça-se que essa liberdade demanda que o Estado propicie os recursos necessários para o seu exercício, ao mesmo tempo que deve abster-se de qualquer forma de coerção sobre a livre decisão familiar. Portanto, o Estado tem obrigações positivas e negativas para com o indivíduo e para com a família por ele formada.

O art. 227 ocupa-se da proteção integral de crianças e adolescentes e ressalta a relevância da família na efetivação dos direitos fundamentais ao seu pleno desenvolvimento. Considerando sua especial condição de pessoas em desenvolvimento, processo ocorrido no seio da família e da sociedade e por ambas conduzido e influenciado.

Essa condução precisa ter sempre como propósito o resguardo da criança e do adolescente contra “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, conforme expressamente disposto no artigo referido, para assegurar o exercício daqueles direitos, o pleno desenvolvimento e a plena realização desses incapazes.

Portanto, ainda que seja relevante ressaltar que não são admitidas quaisquer discriminações entre os filhos, cujos direitos são iguais, como mudança de paradigma no trato da relação familiar pela Constituição Federal, nomeadamente no § 6º, do art. 227. A relação entre a família, a criança e o adolescente é tutelada de forma muito mais densa, exercendo a família os papéis de guardiã de seus direitos fundamentais e condutora do pleno desenvolvimento de suas personalidades. O que justifica que crianças e adolescentes sem famílias naturais sejam colocados em famílias substitutas, que exerçam aquelas funções.

Outrossim, a solidariedade familiar é consagrada no art. 229 da Constituição estabelecendo a reciprocidade de cuidados necessária entre pais e filhos menores e maiores, considerando as fases da vida da pessoa humana, em particular aquelas em que o ser humano apresenta-se mais vulnerável, quais sejam: a infância e a velhice; bem como as condições de carência e enfermidade em que o indivíduo possa encontrar-se demandando amparo dos demais.

A pessoa idosa, em face da vulnerabilidade recobrada com o envelhecimento, precisa ser amparada, ter assegurada sua participação na comunidade, ter defendida sua dignidade e seu bem-estar e ter garantido o direito à vida. Tudo isso incorre em ônus imposto à família, como decorrência da mencionada solidariedade familiar. Para tanto, é possível, inclusive, que o idoso seja colocado em família substituta, assim como a criança e o adolescente.

De modo que a família funciona quase como se fora um braço do próprio estado protetor da pessoa humana. Ela materializa a proteção que o Estado deve a cada ser humano na sociedade, viabilizando a concretização dos valores constitucionalmente abraçados.

Afora os dispositivos especificamente direcionados à família, há outros que reconhecem-lhe a funcionalidade de promover direitos fundamentais ao desenvolvimento da pessoa humana.

É o caso, por exemplo do art. 205 da Constituição, que institui a educação como um “direito de todos e dever do Estado e da família” com o propósito de preparar o indivíduo para o exercício da cidadania e o qualificar para o trabalho.

Outro exemplo é o art. 203, que discorre sobre a assistência social devida a pessoas em condições de vulnerabilidade socioeconômica, cujo objetivo, dentre outros, é a proteção à família. Assim como o art. 201, que determina que o regime de previdência social precisa atender a proteção à maternidade e ao salário-família, dentre outros fatores. Ambos mecanismos de proteção à vulnerabilidade socioeconômica da família e de seus membros.

Por derradeiro, além de preceituar a igualdade legal, a liberdade e a não discriminação, entre outros direitos fundamentais, no *caput* do art. 5º da Constituição, também seus incisos contribuem para a tutela da família contemporânea brasileira.

É o caso dos incisos X e XI, que asseguram a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da casa de cada pessoa, afastando a ingerência do Estado e de particulares sobre esses espaços próprios aos interesses individuais existenciais e à vivência familiar.

É possível, portanto, identificar um extenso elenco de princípios reveladores da carga deontológica e axiológica que orienta a tutela da família pelo legislador constitucional. São eles: o princípio da dignidade humana, o princípio da liberdade, o princípio da igualdade, o princípio da não discriminação, o princípio da solidariedade, o princípio do pluralismo familiar, do reconhecimento, da segurança jurídica, da boa-fé, da paternidade responsável, do melhor interesse da criança, da proteção dos vulneráveis no contexto das relações familiares, dentre outros tantos.

A dignidade da pessoa humana seria um meta ou macroprincípio, justificado pela personalização do ordenamento jurídico, que o torna seu fundamento, cujos demais princípios e os direitos fundamentais permitem-lhe a operacionalização. Havendo o entendimento doutrinário de que “os direitos fundamentais são concretizações do princípio da dignidade humana” (OLIVEIRA; MELO, 2019, p. 21), funcionando a dignidade da pessoa humana como objetivo geral da proteção da família, cuja complexidade demanda o desmembramento em objetivos específicos, que sistematizem as etapas necessárias à realização daquele objetivo geral.

Esses princípios revelam que o Brasil optou pela positivação dos seguintes valores: a dignidade da pessoa humana – como valor supremo, a liberdade, a igualdade e a solidariedade, que por si, reúnem elementos suficientes à tutela do valor maior, que é a pessoa humana, para quem o ordenamento jurídico volta-se integralmente.

Esse entendimento tem por base o fato de que o valor liberdade permite o exercício autônomo da identidade de cada pessoa, livre de discriminação, em favor de sua autoconfiança;

a igualdade, assegura a manifestação da diversidade em equilíbrio jurídico e material entre as pessoas, promovendo o autorrespeito; a solidariedade, assegura valor social ao projeto de vida familiar de cada indivíduo, pelo compromisso com o bem-estar de todos, favorecendo-lhe a autoestima; a dignidade humana, incide na autorrealização do indivíduo pela conjugação da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima, em decorrência da efetividade dos valores anteriores, permitindo-lhe aceder à felicidade.

Nesses termos, a conclusão de que o direito à família é um direito humano fundamental no Brasil, ainda que não expresso na Constituição Federal, parece uma decorrência lógica desses enunciados, considerando-se o comprometimento com o desenvolvimento e a dignidade da pessoa humana e o fato da família ser considerada o espaço adequado a esse desenvolvimento, à defesa e à promoção dessa dignidade.

A Constituição da República de Portugal, assim como a do Brasil, volta-se à proteção da pessoa humana, ainda que utilize-se da expressão cidadão para a ela referir-se. E, em passo mais firme que a Carta brasileira, inicia por reconhecer expressamente o direito fundamental de constituir família inerente a todos os cidadãos, nos termos dos artigos 1º, 4º, 12º, 13º, 36º, dentre outros.

No tocante aos modelos de família que expressamente prevê, reconhece o direito de contrair casamento em condições de plena igualdade, enfatizando que ele pode ocorrer entre pessoas de mesmo sexo ou de sexos diferentes, ao não mencionar a diversidade sexual como requisito.

Também são reconhecidas a igualdade entre os cônjuges e a igualdade entre os filhos, vedadas quaisquer discriminações.

A família monoparental também recebe proteção jurídica, precisamente nos números 2, 3 e 4 do artigo 36º da CRP, que detalham a tutela dos filhos, biológicos ou não, por seus pais e mães, juntos ou separados, casados ou não.

Mas tal qual a Constituição Brasileira, a Constituição Portuguesa não pretendeu exaurir todas as formas de família. Fato que também leva o doutrinador português a afirmar que o conceito de família, na vigente constituição portuguesa, tem textura aberta a ideias, princípios e valores dominantes, sendo densificado em conformidade com os vetores culturais correspondentes à cada momento da evolução social.

Nos arts. 67º, 68º e 69º, da Constituição Portuguesa instituem-se os direitos e deveres sociais aludidos pelo referido art. 36º, como medidas de proteção à família.

Nesse sentido, o art. 67º, intitulado família, traz a cláusula geral de proteção da família, concebida enquanto elemento fundamental da sociedade e lugar de realização pessoal de seus

membros. Nele há também a enumeração das várias práticas que o Estado precisa adotar para assegurar a efetividade da cláusula geral referida, como a definição de uma política de família com caráter global e integrado, ouvidas as associações representativas das famílias.

Merece destaque a designação plural que o enunciado utiliza ao referir-se à família, particularmente ao referir-se às associações representativas das famílias, contrariando o formato singular do código civil vigente em Portugal, que utiliza o título “direito da família” para designar o Livro IV, mesmo após a Reforma de 77, que o adequou à vigente Constituição.

O art. 68º dispõe expressamente sobre a paternidade e a maternidade. Concebendo ambas como valores sociais de suma relevância, cuja sociedade solidária e o Estado têm a obrigação de proteger, considerando a importância para o desenvolvimento da pessoa humana,.

Essa valoração de papéis familiares, nas figuras de pai e mãe, repercute positivamente sobre a natural proteção devida a famílias monoparentais, em especial. E acaba por antecipar a proteção à infância e à juventude, previstas nos dispositivos subsequentes.

O art. 69º da CRP ocupa-se da especial proteção devida pela sociedade e pelo Estado à infância, inclusive em relação à própria família.

Além desses dispositivos, os arts. 70º a 72º da CRP também incidem sobre as relações familiares, tomando a proteção de membros considerados vulneráveis como os jovens, as pessoas com deficiência e os idosos, assegurando ainda promoção de direitos, como o convívio familiar e a realização pessoal, entre outros.

Seja pela origem comum dos direitos de família de Brasil e de Portugal, seja como consequência natural do fato de ambas as nações terem aderido ao sistema jurídico internacional que elegeu a pessoa humana como epicentro, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, os valores que sustentam a família contemporânea portuguesa são basicamente os mesmos que sustentam a família contemporânea brasileira.

A carga axiológica da família contemporânea torna imperativa uma densificação dos direitos apta a realizar a subjetivação instituída por ambas as Constituições, no âmbito nacional e no âmbito da comunidade internacional, que essas nações integram.

Desse modo, a tutela da dignidade da pessoa humana impõe que valores como liberdade, igualdade e solidariedade sejam necessariamente assegurados, refletindo na legislação infraconstitucional que tutela as famílias e na interpretação que dela faz o judiciário, em perspectiva sistemática, pelo diálogo entre as fontes normativas. Especialmente considerando a heterogeneidade da família enquanto fenômeno sociocultural em constante construção e transformação, tal qual a identidade de cada pessoa.

Ambas as Constituições adotam cláusula geral de proteção à família e investem em um conceito indeterminado de família, mantendo o sistema jurídico aberto às transformações sociais e, portanto, inclusivo; assegurando a permanente relação entre direito e realidade. Cumprem, assim, com o propósito democrático de reconhecer a pluralidade e abraçar a diversidade consequentes da liberdade, da igualdade e da não discriminação, resguardadas por sociedades justas e solidárias, que consideram fundamental a proteção e a promoção do máximo existencial de cada indivíduo na busca da felicidade.

Brasil e Portugal reconhecem e protegem a família considerando-lhe a funcionalidade enquanto base, fundamento, essência da sociedade; mas, primordialmente, enquanto lugar de promoção do desenvolvimento do cidadão, da realização de seus direitos fundamentais, de proteção, de cuidado e de preparação para a vida em sociedade, em absoluta sintonia com os direitos humanos.

4 CONCLUSÃO

Na esteira dos valores revelados pela ordem internacional que elegeu a proteção à pessoa humana como epicentro, com o grande desafio contemporâneo de defender as pessoas delas mesmas, a Constituição Federal de 1988 e a Constituição da República de Portugal de 1976 inauguraram nos âmbitos de suas nações, sistemas de proteção e promoção da pessoa humana, nutridos de uma carga axiológica refletida na caracterização da família contemporânea brasileira e portuguesa, em contextos de subjetivação ou personalização dos respectivos ordenamentos jurídicos, como reflexo interno daquela nova ordem jurídica internacional.

Referida carga axiológica abraça a primazia da tutela da dignidade da pessoa humana e de valores como liberdade, igualdade e solidariedade, fundamentais para a funcionalização daquele valor supremo, tanto no Brasil como em Portugal.

Tais valores foram deontologizados na forma de princípios e alcançaram também as legislações infraconstitucionais que tutelam as famílias em ambos os países, ainda que não expressamente, mas quando considerada a perspectiva sistemática, pelo diálogo entre suas fontes normativas. Bem como, pela reconhecida constitucionalização do direito civil, especificamente no caso brasileiro.

Neste aspecto é importante ressaltar que o juscivilista português tem a tendência a compartimentar o direito, não aceitando a incidência constitucional direta sobre o código civil sem que ocorra uma alteração legal. Justifica-se essa tendência pelo temor que o jurista português tem de que o ativismo judicial resulte em insegurança jurídica e pelo fato de o processo legislativo ser considerado célere em Portugal.

Nesse sentido, a constitucionalização do direito civil necessita de um processo legislativo infraconstitucional que transporte os valores constitucionalmente consagrados para o corpo da legislação civil.

Exemplo disso é o casamento entre pessoas do mesmo sexo, que só passou a ser admitido pacificamente quando a lei o instituiu em 2010 (Lei nº9/2010, de 31 de maio), alterando a redação do art. 1577º do Código Civil, ainda que não houvesse qualquer objeção pela Constituição desde 1976, que deixa a critério da lei a regulação dos requisitos para o casamento. (art. 36º, nº1 e 2, CRP).

A partir de 2010, a definição de casamento constante do artigo referido teve suprimida a exigência de que as duas pessoas que celebram o contrato de casamento com a pretensão de constituir família, mediante plena comunhão de vida, fossem “de sexo diferente” (conforme a redação superada). Na realidade, excluiu-se qualquer referência ao sexo das pessoas; o que é absolutamente coerente com o princípio da liberdade e não discriminação.

Diversamente daquilo que ocorreu no Brasil, quando em 2011, o Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4277/DF) precisou clarificar que, uma vez reconhecida a igualdade e a não discriminação como valores fundamentais para a realização do valor supremo do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja: a pessoa humana; não poderia o sexo das pessoas “ser utilizado para as desigualar juridicamente” (RÊGO, 2021, p. 69).

O que significa dizer que na interpretação do direito em conformidade com a Constituição Federal, nem o art. 1523, CC, nem mesmo o § 3º, do art. 226 da própria Constituição, que fazem referência à relação formal e informal, respectivamente, entre homem e mulher, sobrepõem a cláusula geral de proteção da família, constante do *caput* do art. 226, e os demais valores constitucionais consagrados à proteção e promoção dos direitos da pessoa humana.

De forma que no Brasil não houve a edição de lei a tutelar a família formal (STJ, REsp nº 1.183.378/RS) ou informal constituída entre pessoas de mesmo sexo; completando o Conselho Nacional de Justiça o entendimento dos tribunais superiores pela edição da Resolução nº 175, em 14 de maio de 2013, que regulamenta o casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Nesse aspecto é possível verificar que, mesmo que por caminhos diferentes, Portugal pelo processo legislativo e Brasil pela interpretação judicial, ambos chegaram à mesma conclusão e elegeram os mesmos valores para proteger.

Disso decorre o entendimento de que a personalização do direito, que traz a pessoa humana como núcleo central do ordenamento, afeta também sua dimensão familiar, rompendo com as limitações que elegiam certo modelo de família para tutelar, excluindo todos os demais e condenando-os à condição de não-família ou família ilegítima, privada de garantias jurídicas

e desprovida de prestígio social. Impondo ao legislador e ao interprete do direito o exercício de fazer uma leitura da legislação infraconstitucional em conformidade com os valores constitucionalmente consagrados.

Assim essa personalização acaba por ressignificar o direito de família enquanto direito existencial, conferindo protagonismo absoluto a cada pessoa dentro de cada família, com o fim de assegurar-lhe que mesmo nesse ambiente de intimidade seus direitos fundamentais estarão integralmente assegurados e ela estará protegida no seio das relações familiares existentes.

A carga axiológica adotada pelas referidas Constituições acaba por estabelecer balizamento ético para o trato da família contemporânea, considerando a funcionalidade que essa família possui no desenvolvimento da personalidade de cada pessoa que a integra, desde a infância até a velhice, e de ser ela a base sobre a qual a sociedade e o Estado erguem-se.

E é desse balizamento ético que decorre a abertura do ordenamento ao pluralismo e à diversidade familiar, por exemplo, considerando a ampla liberdade dos indivíduos no momento da eleição do modelo de família mais adequado à sua realização e felicidade; considerando que essa escolha é pessoal e íntima, vedada qualquer ingerência externa.

Portanto, tendo a pessoa humana como elemento central do ordenamento, Brasil e Portugal em relação à proteção das famílias e das pessoas que as integram, bem como as pessoas que vivenciam as relações familiares, ficam adstritos à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, da sua liberdade, da igualdade entre elas e da solidariedade social e familiar, em proveito da realização do máximo existencial de cada pessoa.

É possível concluir que as duas nações, cujo direito de família foi tutelado pelas Ordenações Manuelinas e Filipinas, sucessivamente, até que cada uma delas promulgasse seu próprio código civil (RÊGO, 2021, p. 23), apresentam uma inquestionável convergência nos valores que orientam a proteção da família contemporânea; tomando-a como base fundamental à sociedade e ao Estado, enquanto ambiente adequado à proteção e ao desenvolvimento da pessoa humana, seu valor supremo.

REFERÊNCIAS

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: JusPodivm, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga.; ROSENVALD, NELSON. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: família**. 2. ed. Belo Horizonte: Forense, 2019.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2ª ed. rev. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

RÊGO, Márcia Cristina dos Santos. **Definição jurídica de família à luz dos direitos humanos**. 2021, 234 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Programa de Pós-graduação em Direito e Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Belém, 2020.