



FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

LUÍS FERNANDO LOPES DE OLIVEIRA

**O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A COEXISTÊNCIA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO**

CURITIBA

2012

LUÍS FERNANDO LOPES DE OLIVEIRA

**O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A COEXISTÊNCIA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito, pelo Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, das Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientadora: Profa. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

LUÍS FERNANDO LOPES DE OLIVEIRA

**O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A COEXISTÊNCIA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, pelo Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Profª. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro
 Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do
 Brasil – UniBrasil.

Membros: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk - UFPR

 Erouths Cortiano Júnior - UFPR

Curitiba, 27 de abril de 2012.

AGRADECIMENTOS

Especial agradecimento é dedicado a minha mãe Soeli que me proporcionou desde a infância todas as condições, morais e materiais, para que eu chegasse até aqui, e pelo constante incentivo durante esta empreitada acadêmica.

A minha orientadora, Professora, Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro, pela indescritível forma que conduziu toda a orientação, uma lição de profissionalismo e generosidade, agradeço pela paciência e compreensão, diante das minhas incompreensões e dificuldades para a elaboração do trabalho. Tenho certeza que sem os seus ensinamentos e sua efetiva participação no desenvolvimento desta dissertação, dificilmente chegaria a um resultado satisfatório, ou mesmo a sua conclusão.

A uma pessoa especial, Professora Juliana Scalise Taques Fonseca, que muito me auxiliou para a realização do trabalho, incentivando, debatendo e orientando-me nos momentos de dificuldades.

Agradeço por fim aqueles que de alguma forma participaram da construção do presente trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 - OS SENTIDOS DA SOLIDARIEDADE E SUA PROJEÇÃO PARA O CENÁRIO JURÍDICO: EM DIREÇÃO À SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	11
1.1 A PRIMAZIA DO INDIVIDUALISMO E O LUGAR DA SOLIDARIEDADE NO DIREITO PRIVADO MODERNO	15
1.2 A RUPTURA COM O INDIVIDUALISMO E A SOLIDARIEDADE COMO DEVER JURÍDICO.....	29
1.3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE E A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O SENTIDO DA ALTERIDADE.....	43
CAPÍTULO 2 - AS TRANSFORMAÇÕES DA FAMÍLIA EM FACE DO PROJETO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE.....	59
2.1 O DESENHO JURÍDICO DA FAMÍLIA NA ORDEM CODIFICADA NO BRASIL	59
2.2 O DESENHO JURÍDICO DA FAMÍLIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	71
2.3 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR: A ALTERIDADE NA PROMOÇÃO DA PESSOA HUMANA NA FAMÍLIA.....	83
CAPÍTULO 3 - A SOLIDARIEDADE FAMILIAR E A COEXISTÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA FAMÍLIA.....	93
3.1 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	93
3.2 A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR NO DIREITO DE FAMÍLIA	101
3.3 O DIREITO AOS ALIMENTOS EM FACE DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR....	105
3.4 O DIREITO À IGUALDADE DE TRATAMENTO DE FILIAÇÃO E A SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	115
3.5 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A SOLIDARIEDADE FAMILIAR..	124
3.6 AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES: A FAMÍLIA SOLIDÁRIA	131
CONCLUSÃO	138
REFERÊNCIAS.....	142

RESUMO

A presente dissertação tem por escopo a análise da aplicação do princípio constitucional da solidariedade no âmbito do direito de família, coadunando os direitos fundamentais dispostos na Carta Magna de 1988. Para tanto, tornou-se imperioso o estudo acerca da evolução do conceito de solidariedade, a partir do individualismo estabelecido no modelo liberal de Estado, quando a solidariedade era concebida como um dever ético-moral, passando ao *status* de dever jurídico nos Estados Sociais, por influência do movimento constitucionalista deflagrado no início do século XX. O trabalho demonstra os efeitos da constitucionalização do Direito, em especial a transformação verificada no direito privado e seus reflexos na família. Trata-se da nova conformação familiar a partir da Constituição de 1988, os princípios que a regem, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a aplicação prática do princípio da solidariedade nessas relações. O estudo, com abordagem qualitativa, foi edificado em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, para a elaboração de um referencial teórico sobre o tema proposto. Os resultados desta pesquisa evidenciaram a incidência do princípio da solidariedade familiar como alteridade, idealizando a família como o espaço privilegiado de realização dos direitos fundamentais e afirmação do livre desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Princípios constitucionais. Solidariedade. Dever jurídico. Direito de Família.

ABSTRACT

This dissertation analyses the application of the Constitutional Principle of Solidarity in the Family Law sphere, gathering the Fundamental Rights laid out in the 1988 Constitution of Brazil. To this end, it becomes imperative to study about the evolution of the concept of solidarity, from the established individualism in the liberal model of State, when solidarity was conceived as a moral ethical duty, rising to the status of legal duty in the Social States, under the influence of the constitutionalist movement triggered in the beginning of the twentieth century. The work demonstrates the effects of constitutionalization of Law, in particular the transformation seen in Private Law and its effects on family. This is the new family conformation from the 1988 Constitution, the principles that rule it, the horizontal effectiveness of Fundamental Rights and the practical application of the Principle of Solidarity in these relations. The study, with a qualitative approach, is built on literature and jurisprudential research for the elaboration of a theoretical framework about the proposed theme. The results of this research show the incidence of the Principle of the Solidarity of family as otherness, idealizing the family as the privileged space of realization of Fundamental Rights and affirmation of the free development of its member's personality.

Keywords: Fundamental Rights. Constitutional Principles. Solidarity. Legal duty. Family Law.

INTRODUÇÃO

A família que ao longo do século XX apresentou-se como patriarcal, matrimonializada e hierarquizada converteu-se em uma família “eudemonista”, que, fundada na afetividade, assegura a liberdade e a igualdade dos indivíduos, em um ambiente que propicia o desenvolvimento da personalidade e a realização da felicidade, resguardando o princípio da dignidade da pessoa humana. Dentro desta perspectiva, a família contemporânea é regida por princípios que garantem ao indivíduo a satisfação de seus direitos fundamentais, enaltecendo o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Nesse contexto, o princípio da solidariedade encontra incidência no direito privado. Em ruptura com o individualismo do século XIX, a propriedade e o contrato são espaços privilegiados de incidência de um dever de solidariedade que limita a liberdade individual. Contudo, quando este princípio se faz presente na família, surge uma indagação: é possível uma solidariedade familiar que efetive direitos fundamentais sem comprometer a liberdade de seus membros?

Esse é o problema do qual se ocupa o presente trabalho, vinculado à área de concentração “Direitos Fundamentais e Democracia” do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil, na linha de pesquisa “Constituição e condições materiais da democracia”.

A concretização plena dos direitos fundamentais encontra seu nascedouro no ambiente familiar, espaço íntimo de preservação das liberdades e da igualdade, que se concretizam no afeto, propulsionadas pela solidariedade. É nesse “ninho” que se aperfeiçoam as condições plenas de desenvolvimento do indivíduo, expressão máxima da ideologia do Estado Democrático de Direito.

Como fundamento da presente pesquisa utilizou-se como marcos teóricos a tese de doutoramento de Marlene Suguimatsu, “Solidariedade, trabalho e norma: do reconhecimento jurídico à concretização de garantias fundamentais na sociedade contemporânea” texto de onde foram extraídos significantes fundamentos sobre os sentidos da solidariedade e os mecanismos que erigiram-na a dever jurídico.

Da obra “Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família” de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, extraiu-se o aporte filosófico, em relação ao direito privado e as liberdades, e sequencialmente para a visão da família contemporânea dentro da ordem constitucional, sua formação e seus fundamentos, além das perspectivas diante dos direitos fundamentais.

Na obra “Contratos e Direitos Fundamentais” de Rosalice Fidalgo Pinheiro foram extraídos os fundamentos de direito privado e sua interrelação com os direitos fundamentais. Contribuição essencial de Paulo Lôbo em sua obra, “Direito Civil: Famílias” e também em artigo intitulado “O Princípio constitucional da solidariedade nas relações de família” pela profunda abordagem trazida em relação aos princípios que regem as relações de família, suas velhas e novas formas, sua funcionalidade, e seu aspecto frente ao processo de constitucionalização do direito privado, em especial a demonstração de como a família dentro de um projeto de solidariedade pode contribuir para a realização da dignidade da pessoa humana.

Para atingir essa proposta abordou-se a solidariedade dentro de suas várias concepções. Inicialmente, o conceito que não perpassava o mundo da virtude e da moral ética até ser alçado a fundamento constitucional, princípio jurídico, e então sua aplicabilidade especificamente no Direito de Família.

As diferenças e as injustiças sociais que decorreram das práticas individualistas dos séculos XVIII e XIX determinaram que o ser humano pautasse suas condutas em valores morais e éticos, de tal modo que ser solidário passou a ser uma exigência social. A par desta responsabilidade construções jurídicas começam a conformar regras de moral em direito, possibilitando a exigência de condutas pautadas pela responsabilidade e justiça social, realizando soluções jurídicas respaldadas em uma norma de direito, insculpidas na Constituição em forma de princípio: a solidariedade.

Para atingir tal desiderato resgatou-se um momento histórico, no qual a insolidariedade preponderava. O Estado Liberal que sucede a política absolutista do Antigo Regime, é marcado pela ascensão da burguesia e a expansão de seu projeto

capitalista, com ideais que rapidamente atingiram as esferas do poder econômico, político e jurídico.

No plano jurídico, a elaboração de leis civis objetivava o estabelecimento da igualdade dos indivíduos perante a lei, uma igualdade formal, assegurando a autonomia plena da vontade e afastando o Estado de intervenções na seara privada, incumbindo-lhe tão-somente tutelar as liberdades negativas.

Nesse cenário o individualismo como expressão da exaltação do homem em sua liberdade acabou por permitir o desenvolvimento de posturas egoístas. A opressão verificada pelo poderio econômico culminou na desigualdade e na indiferença aos problemas sociais. Neste momento não se pensa uma solidariedade que não seja a expressão da consciência, sem qualquer natureza obrigacional.

Esse individualismo, que acarretou injustiças sociais, determina uma quebra paradigmática no modelo liberal, eis que o Estado, agora Social, assume a responsabilidade pelo bem-estar e o compromisso com a dignidade do indivíduo, objetivando a satisfação de justiça social, ocasião em que a solidariedade desponta como instrumento hábil a corrigir a desigualdade estabelecida no pensamento que lhe antecedeu.

Nesse momento, impulsionado pelo movimento constitucionalista do início do século XX a solidariedade passa, então, a ser concebida como instrumento de garantia do Estado. A transformação da solidariedade, de valor a direito, por um viés histórico é abordagem que se fez nos dois primeiros títulos do primeiro capítulo.

Conclui-se esse capítulo com o processo de constitucionalização do direito privado, alçando-se a solidariedade a princípio constitucional, cujo fundamento está em assegurar a dignidade da pessoa humana. No plano da família demonstra-se que a solidariedade é concebida como alteridade, na qual há prevalência dos interesses individuais, no respeito e compreensão ao outro. Preponderam liberdade e igualdade, concebidas a partir de deveres de cooperação, instrumento da solidariedade familiar, que garantem a realização e o desenvolvimento da personalidade dos integrantes das relações familiares e a realização de seus direitos fundamentais.

O segundo capítulo é dedicado a descrever a transformação funcional e conceitual porque passou a família, do modelo patrimonialista e matrimonializado, cuja moldura é descrita no Código Civil de 1916. Reconhecida como instituição reverte-se a instrumento, local destinado ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo e realização de sua felicidade. É a família “eudemonista” da Constituição de 1988, regida por princípios e tendo por base o afeto, que desprovida de preconceitos, assegura a liberdade e igualdade, promovendo-se a dignidade da pessoa no ambiente familiar.

A partir do reconhecimento desta nova moldura, no qual o princípio da dignidade humana é a diretiva, a solidariedade como dever de cooperação e mútua ajuda, que tem por mote o afeto, passa ao vínculo indissociável que garante a formação e desenvolvimento da família e de seus membros na forma idealizada pelo legislador constituinte.

Por fim, a aplicabilidade prática do princípio da solidariedade é tratada no terceiro capítulo, demonstrando a coexistência dos direitos fundamentais na família. Nesse contexto, aborda-se o direito aos alimentos, à filiação, à visitação, dentre outros direitos, temas que ganharam relevo com a previsão ora expressa, ora implícita, de inúmeros modelos familiares diversos do casamento, dentre eles, a união estável, a família monoparental, a união homoafetiva, as famílias recompostas, as famílias solidárias, as quais têm seus membros unidos entre si tão-somente pelo afeto.

Desse modo, o tema proposto será apresentado considerando a vigência de um Estado Democrático de Direito que tem como núcleo de seu sistema jurídico o respeito aos ditames constitucionais, dentre eles a igualdade e a dignidade da pessoa humana tendo a solidariedade como instrumento para tal realização.

OS SENTIDOS DA SOLIDARIEDADE E SUA PROJEÇÃO PARA O CENÁRIO JURÍDICO: EM DIREÇÃO À SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A expressão solidariedade contempla vários significados conforme o ramo do conhecimento que se esteja explorando.¹ A solidariedade, antes de seu ingresso no cenário jurídico, não perpassa o mundo da virtude e da moral, expressões de sentimentos, fluídos da necessidade humana de cooperar e bem-viver com o seu semelhante.² A solidariedade é fato social, inerente ao homem em sociedade, virtude ética, fundada na alteridade e na justa conduta; resultado da consciência moral e da boa-fé.³

Não se imagina a história da civilização sem a associação voluntária em sentimentos fraternos, estando a solidariedade inscrita no código de todos os homens,

¹ “Em ética a solidariedade “é o sentimento do grupo, que impõe simpatia mútua e disposição para combater e lutar uns pelos outros” (IbnKhalidoun); em teoria política, a consciência acrescentada de direitos e responsabilidades” (Cerroni); em teoria do direito privado, “categoria específica de relações de obrigação, caracterizada pela unidade/integridade do vínculo obrigatório e a pluralidade de sujeitos”; e, em Sociologia, “o consenso entre unidades semelhantes que somente pode ser assegurado através da cooperação que deriva necessariamente da divisão do trabalho” (Durkheim), ou “característica das relações sociais onde a ação de cada um dos participantes implica todos os outros” (Weber) e, ainda, “integração institucionalizada de cooperação” (Parsons)”. (ARNAULD, André-Jean. Dicionário enciclopédico de Teoria da Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 766. *apud* BEZERRA, Paulo. Solidariedade: um direito ou uma obrigação? In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.) **Direitos humanos e democracia**. p. 515).

² Segundo Vera Herweg Westphal existem várias concepções de solidariedade distribuídas nas mais diversas áreas do conhecimento, podendo, no entanto destacar-se duas vertentes comuns a todas: “Todavia, nas mais diversas exposições teóricas, podem ser identificados dois aspectos comuns: a) um substrato descritivo da solidariedade, constituindo-se na ideia da relação de reciprocidade entre os membros de um grupo e b) um outro substrato, uma base normativa da solidariedade, presente no cotidiano da política, da filosofia moral e em parte também na sociologia [...]. Além destas, há as análises acerca da concepção da solidariedade no plano estatal [...], nas quais, a solidariedade recai no plano da política e torna-se processo social por intermédio da política social redistributiva.” (WESTPHAL, Vera Herweg. Diferentes matizes da ideia de solidariedade. **Revista Katálysis**, Florianópolis v. 11, n. 1, p. 43-52, jan./jun. 2008).

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. p. 247

pela relação de interdependência, porque os homens lutam não apenas para sobreviver, mas para realizar virtualidades presentes em seu ser, através do cuidado e do amor.⁴

A solidariedade tem relevada expressão na sua ancestralidade vinculada a origens estoicas e cristãs, onde o homem unia-se pelo amor fraterno, por serem os indivíduos filhos do mesmo Pai,⁵ um dever de cooperação decorrente da própria coexistência, valor da consciência, que implicam em uma obrigação moral para atender interesses comuns compreendida na ideia de reciprocidade.⁶

A solidariedade implica interessar-se pelo que ocorreu com os outros e fazer algo por eles. Não se trata apenas de um sentir, mas especialmente de um agir, da adoção de uma postura ativa diante de certos fatos e acontecimentos da vida. Trata-se de reconhecê-la como expressão da consciência de que não se está sozinho, que todos trilham o mesmo caminho e de que depende de cada um – e de todos – a constância e a harmonia do caminhar.⁷

Pondera Marlene Suguimatsu que é possível esperar manifestações de condutas solidárias que expressam generosidade, compassividade, fraternidade e amor ao próximo. A solidariedade, como projeção da tendência humana ao bom se harmoniza com o altruísmo e o desprendimento que colocam a conduta humana, de forma espontânea, a serviço do outro, sem pretensões pessoais, livre de egoísmo.⁸

Luiz Edson Fachin, em exposição ao pensamento de Carlos Fernandez Sessarego afirma que o homem livre, vive valores, outorga sentido e dignidade à existência e essa vivência valorativa, conduz à paz, que permite o florescimento da

⁴ BOFF, Leonardo. **Ética e moral: a busca dos fundamentos**. Petrópolis: Vozes, 2003. p.53-54.

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. p. 243.

⁶ Ibidem, p. 241.

⁷ SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverski. **Solidariedade, trabalho e norma: do reconhecimento jurídico à concretização de garantias fundamentais na sociedade contemporânea**. p. 81.

⁸ Ibidem, p. 24.

fraternidade e do amor. “O projeto existencial do homem só é possível se todos os homens livres estiverem dispostos a cooperar solidariamente em sua realização.”⁹

Na perspectiva de que o ser humano deva pautar suas condutas com bondade, generosidade, altruísmo compactuando-se em uma proposta de construção de uma sociedade justa e igualitária é que desponta a solidariedade como fundamento além da moral. A solidariedade antes de ser jurídica é fato social, inerente ao homem em sociedade, virtude ética, fundada na alteridade e na justa conduta; resultado da consciência moral e da boa-fé e como comportamento pragmático para evitar perdas pessoais e institucionais.¹⁰

Marlene Sugumatsu entende ter a solidariedade noção bastante abrangente, como o dever de reciprocidade, cooperação, lealdade, simpatia e ajuda mútua, fraternidade, sentimento de união em torno de objetivos e interesses comuns, integração equilíbrio e justiça social. Transcende as dimensões religiosas da caridade, da compaixão ou do assistencialismo, ingressa nos terrenos irrestritos da filosofia e da ética e avança pela Sociologia, pela Antropologia e pelo Direito.¹¹

A revelação de que a solidariedade poderia constituir um problema jurídico surgiu com o desenvolvimento do chamado solidarismo, empreendendo-se uma nova forma de se pensar o direito e o Estado, defendendo a aproximação entre o direito e a moral que repercute no desenvolvimento dos direitos humanos e sociais.¹² Somente na transição entre os modelos de Estado – Liberal à Social -, em que afloram as preocupações com os direitos sociais, premidos no modelo liberal¹³, é que a solidariedade desponta para o cenário jurídico.

⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. p. 48.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional**. p. 247

¹¹ SUGUMATSU, Marlene Teresinha Fuverski. **Solidariedade, trabalho e norma: do reconhecimento jurídico à concretização de garantias fundamentais na sociedade contemporânea**. p. 79

¹² Ibidem, p.18

¹³ “A partir do fim do século XIX, a racionalidade do Estado liberal se mostra completamente insuficiente para dar conta das transformações sociais e econômicas acumuladas desde o advento da industrialização. O aparecimento do Estado de solidariedade, que tem sua base de legitimação no

José Fernando de Castro Farias aponta que no fim do século XIX, a solidariedade desponta como um discurso além da filantropia e da caridade. Sua lógica se conduz a pensar uma sociedade e a política, não somente como proteção social, mas como “um fio condutor indispensável à construção e a conceitualização das políticas sociais.”¹⁴

Vera Herweg Westphal, amparando-se na lição de Charles Gide, a partir da ideologia solidarista¹⁵ do início do século XX na França, afirma que as mudanças sociais, transformaram a solidariedade natural em uma solidariedade geral ou desejada, sendo aquela o resultado da consciência de pertencimento a uma comunidade, tendo como exemplo, a família, de onde decorrem sentimentos e simpatias.¹⁶

Segue afirmando a mesma autora que a solidariedade desejada decorre da natural, porque os próprios indivíduos reconhecem que a solidariedade natural pode gerar desigualdades, precisam acionar aquelas para corrigir as falhas do desenvolvimento social. “A solidariedade passa, então, a ser uma categoria ética para criar movimentos preventivos para efetivação de liberdade e de humanidade.”¹⁷

E complementa, ponderando que o caminho para uma sociedade solidária passa pela associação voluntária das pessoas nas mais diversas formas cooperativadas,

direito de solidariedade, requer um novo saber sobre o Direito e o Estado. Um saber capaz de substituir a ideia de existência de um centro de decisão política-jurídica, produto de uma vontade transcendente individual ou coletiva, pela ideia de um sistema de preferência pluralista e imanente, formado pela autonomia das classes sociais, dos grupos sociais e profissionais organizados em associações, sindicatos, etc., onde o poder é exercido sobre a existência do direito social do grupo.” (FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. p. 121)

¹⁴ Ibidem, p.190

¹⁵ “A pessoa é inseparável da solidariedade; ter cuidado com o outro faz parte do conceito de pessoa. O solidarismo é suscetível de uma pluralidade de significados: solidariedade para a finalidade do Estado ou dos cidadãos, espontânea ou imposto autoritariamente. Pode-se discorrer da solidariedade das comunidades intermediárias, dos membros da família para com a família, dos sócios em relação a sociedade, de um associado respeito à associação.” (PERLINGIERI. Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. p.461)

¹⁶ WESTPHAL, Vera Herweg. Diferentes matizes da ideia de solidariedade. **Revista Katályis**. Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 43-52, jan./jun. 2008.p. 44.

¹⁷ Idem.

que poderiam revolucionar a ordem econômica, mas, para tanto, seria necessário a intervenção do Estado na condição de formulador da legislação social.¹⁸

Conclui-se no plano das relações do Direito de Família que a solidariedade é concebida como sentimento de pertencimento, uma solidariedade moral, que tem como mote a alteridade, que se externaliza no afeto, no dever de cuidado, respeito e cooperação recíprocos entre os integrantes da instituição, espaço onde o importar-se com o outro é a essência.

Pode-se reconhecer a solidariedade jurídica acionada como fundamento quando os integrantes da família reivindicam do Estado proteção para satisfação de necessidades fundamentais que brotam na família, assegurando direitos resultantes do elo solidário que se formaram na primeira e primitiva forma, a solidariedade natural, que por alguma razão restaram abalados.

1.1 A PRIMAZIA DO INDIVIDUALISMO E O LUGAR DA SOLIDARIEDADE NO DIREITO PRIVADO MODERNO

Em que pesem as várias construções sociológicas e filosóficas que se formaram em torno da solidariedade, o marco referencial utilizado aqui para abordagem desta Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao ser declarada como ideal revolucionário, na forma de fraternidade, eis que estavam na ordem do dia considerar ideias assistencialistas postas em prática por meio da caridade e da filantropia.¹⁹ Destaque-se que não é este o momento do apogeu, mas o do despertar da necessidade de respeito ao indivíduo e de suas garantias fundamentais básicas.

A Declaração contemplava o ideário caritativo e filantrópico, fundado em um interesse de satisfação de justiça social, quando então a solidariedade passa a dever por

¹⁸ Ibidem, p. 45.

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional**. p. 243

imposição formal. Não obstante, destituída de força normativa, em face da ausência da sanção real, representa um marco histórico por declarar, pela primeira vez na história, princípios de proteção do indivíduo, proclamando as liberdades públicas e os direitos fundamentais universais.²⁰

A Modernidade assiste à ascensão da classe burguesa e ao esfacelamento do modelo feudal. Opositora do poder absolutista e contrária aos privilégios dispensados ao clero e a nobreza, ela inicia o período do seu processo de expansão e desenvolvimento econômico, objetivando seu ingresso na cena política como mecanismo de garantir a ideologia capitalista e proteção dos interesses privados.

Jorge Reis Novais assevera que a burguesia planejava alcançar, com seus projetos fundados na liberdade individual, direitos naturais impassíveis de invasão por parte do Estado:

Ainda que beneficiando da política econômica mercantilista, a burguesia, afastada dos lugares do governo, necessitava de erguer uma barreira às arbitrariedades do Poder ou pelo menos, de *domesticar* uma administração cujas providências concretas, individuais, e logo potencialmente discriminatórias, não se coadunavam com a calculabilidade, liberdade e igualdade de oportunidades dos agentes econômicos requeridas por um pleno desenvolvimento das básicas econômicas em que assentava o emergente poder burguês.²¹

O palco é o de fortalecimento da economia de mercado e a promoção do capitalismo como sistema social, da reestruturação política com descentralização do poder monárquico e o fim dos privilégios dispensados à aristocracia e à Igreja, conjunto que é acompanhado do projeto reivindicatório de igualdade formal perante a lei, não assegurada pelos regimentos plurais típicos do medievo.

²⁰ “A Revolução Francesa, cuja deflagração é simbolizada pela queda da Bastilha em 1789, foi um processo mais profundo, radical e tormentoso de transformação política e social. E, na visão de superfície, menos bem sucedido, pela instabilidade, violência e circularidade dos acontecimentos. A verdade, contudo, é que foi a Revolução Francesa – e não a americana ou inglesa - que se tornou o grande divisor histórico, o marco do evento do Estado liberal. Foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com seu caráter universal, que divulgou a nova ideologia, fundada na Constituição, na separação dos poderes e nos direitos individuais.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** p.77).

²¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito.** p.31-32

A igualdade formal como anseio assegura aos cidadãos direitos políticos, liberdades que resultam no direito ao voto, igualdade que revela a sociedade como um agrupamento de pessoas que tem direitos garantidos na Constituição, porém esvaziados de conteúdo.²²

Sob os contornos de uma democracia representativa, fundada na vontade geral da maioria, “o Estado absolutista transmuta-se em Estado de Direito Liberal. Mostra-se de direito, ao fazer do respeito a um corpo mínimo de direitos e garantias individuais seu fundamento; e como liberal, ao fazer seus os valores e interesses da burguesia, restando como projeção de sua ditadura econômica.”²³

A nova ideologia burguesa, com o despontar de uma nova concepção de Estado, atingiu seu apogeu com o movimento revolucionário francês de 1789, proclamando os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, valores vinculados à conjuntura histórica de superação do absolutismo político, das restrições à liberdade e das profundas desigualdades sociais,²⁴ representando o fato, marco do início da Idade Moderna.

Francisco Amaral cita como antecedentes imediatos do movimento francês, a Declaração de Direitos da Inglaterra de 1689, a Declaração de Direitos da Virgínia nos Estados Unidos, em 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que inauguram o Estado Liberal em substituição ao Absolutista.²⁵ No entanto, a Revolução Francesa, considerada como o maior movimento social econômico e político dos tempos modernos, é que de fato marca o início da era moderna.²⁶

²² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e direito fundamentais**. p.28

²³ Ibidem, p.29.

²⁴ SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverski. **Solidariedade, trabalho e norma: do reconhecimento jurídico à concretização de garantias fundamentais na sociedade contemporânea**. p. 35.

²⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. p.155

²⁶ SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverski. **Solidariedade, trabalho e norma: do reconhecimento jurídico à concretização de garantias fundamentais na sociedade contemporânea**. p. 65.

A infiltração da classe burguesa na estrutura do Estado não demorou, e veio com a representação da classe no parlamento francês. A efervescência política e econômica do pensamento burguês logo se projeta para a esfera jurídica, frente às aspirações contingentes e emergenciais da sociedade liberal em transformação, que culminaram na construção de um novo modelo de direito e Estado em oposição ao ordenamento vigente do modelo econômico essencialmente agrícola dos feudos.

As leis civis foram habilmente introduzidas e unificadas no ordenamento pela burguesia pelo sistema de codificação, que regulava as relações privadas, resguardando os interesses econômicos da classe, abstraindo do Estado o poder de ingerência nas relações particulares, deixando-lhe com a incumbência de tão-somente tutelar as liberdades negativas, os direitos naturais.

Tendo como característica ideológica o jusnaturalismo e o positivismo na ordem jurídica representando o poder da lei geral, o capitalismo na ordem econômica, o liberalismo na ordem política e o individualismo, fundado na liberdade e na consciência, concebe-se a doutrina do Estado Liberal, que foi também denominado Estado de Direito.²⁷ Com o propósito de afastar as arbitrariedades todos os poderes do Estado passam a derivar da lei, seu primado, que sob contornos da abstração e

²⁷ Francisco Amaral aponta as características deste Estado de Direito Liberal: “a) império da lei, no sentido de que todos os poderes dela derivam, como expressão da vontade geral. O primado da lei é a característica fundamental, subordinando-se a lei à Constituição, conforme a hierarquia das normas; b) divisão de poderes, respectivamente, legislativo, judiciário e executivo, a quem correspondem os três momentos do processo jurídico: formação, execução e aplicação das leis. Não se trata de rígida separação, mas de distribuição de funções, com base na diferença entre criação e aplicação do direito, tarefas dos poderes legislativo e executivo, respectivamente. Não podem legislar o executivo e o judiciário, como também não podem julgar o executivo e o legislativo; c) generalidade e abstração das regras jurídicas; d) distinção entre direito público e direito privado, entendendo-se aquele como o conjunto de normas com as quais o Estado determina a própria estrutura e organização e regula as relações com os cidadãos, e por direito privado, o conjunto de normas que se destinam a regular as relações entre particulares; e) crença na completude e na neutralidade do ordenamento jurídico; d) concepção do homem com um abstrato sujeito de direito, por efeito do processo de abstração do direito moderno, e correspondente a ideia do homem livre e igual, da tradição iluminista, pressuposto do processo de aquisição e circulação de direitos. Enfim, o Estado de Direito é o Estado da legalidade e da liberdade dos indivíduos, livres e iguais.” (AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução.** p.155-156)

generalidade, submete todos os indivíduos ao mesmo estatuto, instaurando a igualdade jurídica.²⁸

Dentro da concepção doutrinária liberal, a igualdade formal perante a lei era alcançada por meio da generalidade como indeterminação de sujeitos e da abstração das normas como universalidade dos casos que se aplica a lei, consagrando a igualdade formal no modelo jurídico do liberalismo no qual a máxima expressão é representada nos códigos.²⁹

Consagrou-se a completude e unicidade do direito, que passou a ter como fonte única o Estado, com seu poder ideologicamente emanado do povo, a neutralidade das normas com relação a seu conteúdo e a concepção do homem como sujeito abstrato.³⁰

A reivindicada igualdade formal é concebida pelo projeto de unificação das leis civis a uma só fonte legislativa, um sistema codificado de proteção da propriedade³¹ e de supremacia da autonomia da vontade para os contratos, atendendo os interesses da classe burguesa pelo viés legislativo.

À família reserva-se a função moral conservadora alicerçada no casamento, evitando a decomposição social de modo a preservar o modelo da sociedade. “A liberdade se reduz a contrair matrimônio: trata-se de “contrato” cuja opção pela celebração ou não é algo que resta à disposição da autonomia da vontade.”³²

²⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e direito fundamentais**. p.29

²⁹ AMARAL, Francisco. **Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro**. p. 68

³⁰ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luis Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. p. 4

³¹ “O caráter da propriedade se define como o mais absoluto com base em uma concepção teórico que vincula propriedade e liberdade, mas com os olhos voltados a uma finalidade clara: sepultar o sistema de domínio feudal que ainda prevalecia no Antigo Regime. [...] Essa necessidade se manifestava tanto para extinguir esse regime proprietário em favor do “individualismo jacobino”, como se poderia qualificar a pretensão que se exprime a época da Declaração dos direitos do homem e do cidadão – que é a primeira expressão normativa desse caráter absoluto da propriedade – como, também para proteger os adquirentes dos bens nacionais (ou seja, das terras da Igreja que, após serem colocadas pela Revolução “a disposição da Nação” foram alienadas pelo Estado aos particulares” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. p. 155).

³² Ibidem, p. 159.

O liberalismo pregoava a mínima intervenção do Estado na economia, o qual se regeria pelas leis de mercado. Assegurava-se ao indivíduo, liberdade e autonomia inquebrantáveis, centro do universo jurídico, e o direito civil considerado como a garantia dos fins individuais relativos aos bens e à família.³³

Este Estado caracterizou-se como mínimo ou de polícia, com funções restritas à de vigilância da ordem social. “Esta orientação política favoreceu a implantação do constitucionalismo e da separação de poderes, pois ambos implicavam o enfraquecimento do Estado e, ao mesmo tempo, a preservação da liberdade de comércio e de contrato, bem como do caráter basicamente individualista da sociedade.”³⁴

Observa-se no modelo liberal nítida distinção entre Estado e sociedade, cabendo àquele a proteção da propriedade como direito natural, negando-lhe, contudo capacidade de intervenção, assegurando a liberdade e os interesses dos indivíduos livres de ingerências cuja determinação estaria representada pela plena autonomia da vontade.

A par disso, a generalidade e a abstração das normas submeteram o indivíduo a uma única ordem jurídica, rompendo com a desigualdade suscitada pela pluralidade das fontes.³⁵ A necessidade premente de um monossistema em oposição à diversidade do sistema medieval era da criação de uma segurança jurídica idealizada no sistema de codificação do direito.

Na lição de Rosalice Fidalgo Pinheiro, pode-se observar em que consistiu o reconhecimento da nova forma de concepção do Direito à época:

Supera-se a insegurança jurídica que o pluralismo das fontes representava à atividade econômica da burguesia. Com efeito, o sentido humanitário do princípio da igualdade jurídica, revolucionariamente proclamado, encontra força no liberalismo econômico oitocentista: a superação dos privilégios de classe e a igualdade de todos os homens era condição necessária à instauração da economia de mercado. Torna-se possível captar o

³³ LOURENÇO José. O dirigismo contratual, a publicização do direito privado pela intervenção do estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. **O direito civil no século XXI**. p.336.

³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. p.277.

³⁵ PINHEIRO. Rosalice Fidalgo. **Contratos e direito fundamentais**. p. 51.

significado revolucionário da codificação moderna: toda sociedade é chamada a se reconhecer na “tábua de valores” de uma única classe – a burguesia.³⁶

Essa construção jurídica, projetada pela ideologia burguesa de acordo com os ideais de igualdade e liberdade proclamados na Revolução Francesa, é representada pelo Código Napoleônico de 1804³⁷, historicamente, a codificação dos interesses privados, gênese do sistema civilista difundido na Europa e posteriormente no Brasil.

A experiência francesa disseminada faz dos códigos verdadeiras constituições do direito privado, centros reguladores de todos os direitos, tendo as constituições caráter subsidiários em relação àqueles. O Código de Napoleão derroga o particularismo jurídico da Idade Média e inaugura a ideia de Direito como sistema, delineado pelo método da subsunção, por meio do qual todos os fatos da vida teriam previsão típica do ordenamento codificado, estabelecendo, assim, um monossistema de segurança jurídica.

No “governo das leis”, reservou-se à Constituição a função de regular a ordem estatal e, aos códigos, a ordem social e econômica. O código, no qual a burguesia inscreveu sua “tábua de valores” e a tutela de seus direitos fundamentais, mostra-se hegemônico frente à Constituição. O direito privado toma para si o papel de garantia dos direitos naturais contra violações externas, tornando-se, o código, “verdadeira constituição do ideário liberal”.³⁸

Maria Celina Bodin de Moraes assevera que as relações entre direito público e direito privado restavam bem definidas, de modo que enquanto neste inseria-se a tutela dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, naquele o Estado zelava pelos interesses

³⁶ PINHEIRO. Rosalice Fidalgo. **Contratos e direito fundamentais**. p.31

³⁷ “Ideologicamente, caracteriza-se o Código Civil francês por seu *laicismo*, isto é, a separação da Igreja em matéria de estado civil ou de casamento, e por seu *individualismo*, expressão civilista da Declaração dos Direitos de 1789, manifesto nos princípios da igualdade, liberdade e espiritualidade do homem. É a igualdade, liberdade econômica e a autonomia da vontade garantidas em um corpo jurídico de elaboração essencialmente prática. Representa o triunfo do individualismo liberal, expresso no caráter absoluto do direito de propriedade e no princípio da liberdade contratual contido no art. 1.134, que afirma ser o contrato lei entre as partes.” (AMARAL, Francisco. **Direito civil:introdução**. p.160).

³⁸ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths *apud* PINHEIRO. Rosalice Fidalgo. Autonomia privada e Estado Democrático de Direito. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (coords.) **Direitos humanos e democracia**. p. 497

gerais, sendo que as duas esferas eram quase impermeáveis, “atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos.”³⁹

O projeto idealizado nas codificações tinha a vantagem de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e a aplicação do direito.⁴⁰ O sistema codificado passa a reger todas as relações jurídicas na esfera do direito privado, “pela possibilidade de previsão dos efeitos dos atos jurídicos, a garantia das liberdades civis e do predomínio do poder legislativo sobre o judicial, assegurando a autonomia do indivíduo em face do poder estatal, como ocorre no direito público, com as declarações de direito e as Constituições.”⁴¹

A liberdade perante o Estado, a igualdade dos cidadãos perante a lei e a garantia absoluta do direito de propriedade como atributo da personalidade eram princípios revolucionários que o código acolhia, assumindo um caráter de obra revolucionária.⁴² O código francês continha as premissas filosóficas da burguesia, sendo notável sua influência em outros diplomas civilistas como o alemão e mais tarde o brasileiro.

A propriedade nos códigos individualistas sofria mínima limitação. Considerada como direito natural, atribuía ao proprietário todos os direitos que lhe eram inerentes sem qualquer restrição de cunho coletivo. No plano das obrigações, os contratos e a propriedade afiguravam-se como instrumentos máximos da autonomia da vontade, reconhecendo a liberdade dos indivíduos como fundamento da sociedade, expressão do individualismo.

Essa concepção de liberdade, como manifestação da autonomia privada, idealizada no espaço jurídico da família, assegurava tão-somente ao indivíduo o

³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil - constitucional**. p.5.

⁴⁰ AMARAL, Francisco. **Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro**. p.72

⁴¹ Idem.

⁴² Ibidem, p. 71-72.

arbítrio para celebrar “contrato” de casamento, como mecanismo de aquisição ou asseguração da propriedade, pensada como categoria patrimonialista.⁴³

A preponderar característica patrimonialista da família, restritos tornaram-se os espaços de liberdade dos indivíduos, contextualmente um lugar de não-liberdade⁴⁴, onde o patrimônio prefere ao existencial. Paradoxalmente, padronizando juridicamente o modelo de família, atribuindo-lhe uma implícita função, a de ser patrimonial, o Estado passou a interveniente nesta seara, e desta forma garantidor do modelo típico concebido, mitigando o individualismo oitocentista.

Como leciona Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, “a própria definição do patriarcalismo como traço institucionalizado mais marcante do tratamento jurídico da família é medida profundamente intervencionista, que define no que há de estrutural a natureza dos laços familiares pretendidos pelo modelo legislado.”⁴⁵

Os direitos fundamentais na concepção individualista do Estado Liberal despontam como esferas de autonomia e preservação da intervenção do Estado. Sua efetivação não pressupõe a existência de prestações positivas sociais, mas assegura as condições que permitem o encontro das autonomias individuais, assumindo caráter de direitos dirigidos contra o Estado.⁴⁶

Nessa ideologia individualista, o homem é o reflexo do que possui e compreende seu valor na sociedade, pelo que se denominou de individualismo, proclama-se a “exaltação do papel do homem, de sua razão e da invenção humana na produção do direito; a atenção ao indivíduo e a explicitação dos seus direitos, com a noção de direito subjetivo, de sujeito de direito e de contrato social; e o progresso do direito relativamente à ordem e à precisão.”⁴⁷

⁴³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** p.318

⁴⁴ Ibidem, p.319.

⁴⁵ Ibidem, p.320

⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito.** p.73-74.

⁴⁷ SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverski. **Solidariedade, trabalho e norma: do reconhecimento jurídico à concretização de garantias fundamentais na sociedade contemporânea.** p.66

Os efeitos do “antropo-egocentrismo” culminaram por reconhecer, no século XIX, o trunfo individualista, no qual o homem está alheio aos problemas sociais, da explosão de confiança e orgulho na potência do indivíduo, em sua criatividade intelectual e em seu esforço particular.⁴⁸ Neste modelo liberal, exaltou-se o indivíduo em sua liberdade, reconhecendo-o como sujeito de direitos, apto a exercer, com igualdade, suas capacidades civis de sujeito livre.⁴⁹ Esse indivíduo dotado de “inteligente egoísmo” saberia tirar proveito de suas atividades, quer como comerciante ou contratante, pouco importando a lei, utilizando-se de seus bens com propósitos malévolos.⁵⁰

O Estado, por sua vez, limitava-se a reconhecer e garantir o desenvolvimento pleno desse direito de liberdade, além de realizar tarefas reduzidas e previamente reconhecidas.⁵¹ Lênio Streck afirma que a percepção minimalista, atuante para a segurança individual, tinha como função a de um removedor de obstáculos para o autodesenvolvimento dos homens, pois, “com um maior número de indivíduos podendo usufruir as mais altas liberdades, estar-se-ia garantindo efetivamente o cerne liberal, que seja: a liberdade individual, dando-se valor novo e fundamental à igualdade de oportunidades e a certa opção solidária.”⁵²

⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. p.237

⁴⁹ “Nenhum dos direitos do homem ultrapassa o homem egoísta, o homem tal como é enquanto membro da sociedade burguesa, isto é, um indivíduo virado sobre si próprio, sobre o seu interesse e prazer privados e separado da comunidade.” Crítica de Karl Marx ao modelo liberal *apud* NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. p.32

⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional**. p.244.

⁵¹ “Suas tarefas circunscrevem-se à manutenção da ordem e segurança, zelando que as disputas por ventura surgidas sejam resolvidas pelo juízo imparcial sem recurso a força privada, além, de proteger as liberdades civis e a liberdade pessoal e assegurar a liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista. O papel do Estado é negativo, no que extrapole estas tarefas é má, pois enfraquece a independência e a iniciativa individuais. Há uma dependência entre o crescimento do Estado e o espaço da (s) liberdades (s) individual (is)” (STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**, p. 56).

⁵² STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 57

Marlene Suguimatsu afirma que esse individualismo assegurou aos cidadãos direitos e garantias individuais. “Porém, os admitiu apenas de forma subsidiária e circunstancial, pois, historicamente, as condições criadas pela realidade social colocaram os mais fortes e poderosos em posição de privilégio sobre os economicamente mais fracos.”⁵³ A prevalência dos valores relativos aos bens de consumo sobre o indivíduo inviabilizaram a valorização do ser humano em sua dignidade, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material.⁵⁴

Em que pese este sistema tenha alimentado o preconceito, eis que a valia do homem era aquilatada pelo ter e não pelo ser, a positivação do direito trouxe legitimidade à ordem imposta, atingindo o ideal proposto pela codificação.⁵⁵

O movimento liberal foi capaz de provocar profundas modificações econômicas e políticas estabelecendo uma nova ideologia fundada na igualdade formal, porém, não foi satisfatoriamente capaz de promover o indivíduo como autêntico sujeito de direitos. A condição de subserviência, passa da aristocracia à burguesa e remanesce a necessidade de realização de justiça social que esse modelo não foi capaz de proporcionar.⁵⁶

Diante do capitalismo em plena expansão, e da burguesia afirmando-se como classe detentora do poder econômico e do trânsito na esfera do poder político, a exploração do trabalho acabou por oprimir os menos privilegiados, gerando diferenças

⁵³ SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverski. **Solidariedade, trabalho e norma: do reconhecimento jurídico à concretização de garantias fundamentais na sociedade contemporânea.** p. 127

⁵⁴ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luis Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** p. 5

⁵⁵ MEIRELES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual a clausura patrimonial. In: FACHIN, Luis Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** p. 95

⁵⁶ “No texto francês, como no direito pátrio, a autoridade do Estado se conciliava com a soberania do indivíduo, com sua autonomia, decorrente do contrato social, que, no domínio econômico e dos contratos mantinha o Estado numa neutralidade estática, ignorando as desigualdades econômicas, aplicando o regime de igualdade a todos, fortes e fracos perante a lei, cuja consequência foi fazer com que a vontade dos fortes passasse a dominar e oprimir, acabando por tornar-se um regime de privilégios dos fortes, baseado numa ética individualista.” (RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luis Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** p. 5)

sociais abissais, tornando-se, a miséria humana, consequência do egoísmo dos indivíduos e do minimalismo do Estado liberal-capitalista.

Na verdade, a ideologia do Estado Moderno elevou o indivíduo à categoria fundamental do direito, não porque conferiu a ele ampla liberdade e igualdade, mas porque, uma vez declaradas formalmente, tanto a liberdade quanto a igualdade, revelaram-se instrumentos propícios à manutenção da ideologia burguesa.⁵⁷

A liberdade na esfera privada assume a expressão que a lei civil oferece, com a contrapartida da segurança do uso, gozo e disposição da propriedade, espaço privilegiado para o exercício da liberdade convertida em autonomia da vontade, inserindo o indivíduo como sujeito de direitos predefinidos pelo Código Civil.⁵⁸

Na lição de Carmem Lucia Silveira Ramos, esse processo de transição, que culminou na opressão pelo poder econômico que proporcionou trabalho no modelo da “escravidão capitalista”, estabeleceu o preconceito fundado no não proprietário, além de ter contribuído para o aumento da desigualdade social e para a completa indiferença das classes burguesas aos problemas sociais:

[...] preocupado com eliminar as discriminações pessoais características do medievo e do período do absolutismo monárquico, O Estado de direito liberal ignorou as desigualdades econômicas e sociais, considerando todos os indivíduos formalmente iguais perante a lei, parificação esta que só acentuou a concentração do poder econômico capitalista, aumentando o desnível social cada vez mais, na esteira do desenvolvimento tecnológico e produtivo.⁵⁹

Como pondera Dalmo de Abreu Dallari, a concepção individualista da sociedade, ignorando o homem como ser social, foi fundamentalmente mesquinha, porque desligou o indivíduo de compromissos sociais, dando margem a mais

⁵⁷ ARRUDA, Desdemona Tenório de Brito Toledo; STEINER, Renata Carlos. Função social do contrato e a posse: fundamentos para a nulidade virtual dos negócios jurídicos. CORTIANO JUNIOR. Erouths (coord.) **Apontamentos críticos para o direito civil contemporâneo**. p. 60

⁵⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Ensaio sobre a autonomia privada e o sujeito de direito nas codificações civil ou “a aspiração Fáustica e o pacto de Mefisto. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (coords.) **Direitos humanos e democracia**. p. 189

⁵⁹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do direito privado. In: FACHIN, Luis Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. p. 6.

desenfreada exploração do homem pelo homem, situação na qual cada um vivia isolado em sua liberdade.⁶⁰

A garantia absoluta ao considerado direito natural de propriedade e a exacerbada liberdade individual fundada na igualdade formal e a supremacia da autonomia da vontade do indivíduo abstraíram qualquer hipótese de sentido social dos institutos de direito privado, revelando desprezo pelos sentimentos de fraternidade e cooperação.

Não se reconhece, na codificação francesa, elementos que revelem interesses coletivos, éticos ou morais, como a boa-fé nos contratos ou a função social da propriedade. A fraternidade, proclamada como ideal da Revolução, não desponta com eficácia para o cenário jurídico tal como aconteceu com a liberdade e a igualdade, revelando-se tão-somente como dever moral de índole caritativa.

Além disso, a concepção individualista cerceou o Estado de impingir proteção aos menos afortunados, motivo pelo qual o crescimento da injustiça social nesse período foi uma constante, pois ao assegurar precipuamente o direito de ser livre, paradoxalmente, o Estado negava tal poder à grande maioria das pessoas.⁶¹

O Estado Liberal ignorou as desigualdades econômicas e sociais afirmando a igualdade perante a lei, acentuou a concentração do poder econômico capitalista aumentando o desnível e a exclusão social em detrimento do desenvolvimento tecnológico e produtivo.⁶²

Dalmo de Abreu Dallari contrapõe os aspectos positivos e negativos do Estado Liberal:

O Estado liberal, com um mínimo de interferência na vida social, trouxe, de início, alguns inegáveis benefícios: houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a revolução industrial: o indivíduo foi valorizado, desertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as *técnicas de poder*, surgindo-se e impondo-se a ideia de *poder legal* em lugar do *poder pessoal*. Mas, em sentido contrário, o

⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. p.18

⁶¹ SILVA, Cleber Demétrio Oliveira da. **O princípio da solidariedade**. p.

⁶² RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luis Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. p.6.

Estado liberal criou condições para sua própria superação. Em primeiro lugar a valorização do indivíduo chegou ao *ultra-individualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não assegurava a ninguém o *poder* de ser livre. Na verdade sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, que se assegurou, foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima dos demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas passaram a ter o domínio da Sociedade.⁶³

O retrato da concepção liberal de Estado mínimo é o do individualismo que reconhece liberdade e igualdade aos indivíduos da classe proprietária, sendo despojadas do mesmo direito as classes desprivilegiadas para quem esses direitos não passariam de ficção.

Da tríade, restaria a fraternidade, não reconhecida como Direito, mas ideias relacionadas à caridade, à filantropia e a solidariedade, como dever de prestar ajudar aos necessitados, como contrapartida do direito ao socorro público. “E nesse sentido, a Constituição francesa de 1793 já estabelecia que se considerava *um direito de crédito fundado na justiça social*”⁶⁴

Afirma Maria Celina Bodin de Moraes que a solidariedade oitocentista se vê premida por severas restrições. A ideia de fraternidade, ainda que virtuosa, não se mostrou suficiente para representar o vínculo caracterizador de uma sociedade que, pautada pelo pluralismo, cada vez mais compreende distintas e sortidas culturas.⁶⁵

A fraternidade, como revelação da solidariedade, restava reduzida à instância da caridade a ser praticada por atos de generosidade da sociedade civil e não a princípio de determinação de ações do Estado e da sociedade. No Estado Liberal, a solidariedade não é posta tal como um princípio básico de atuação estatal. “Embora não chegue a ser desestimulada, a liberdade é tomada como valor mais importante

⁶³DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. p. 277-278.

⁶⁴BEZERRA, Paulo. Solidariedade: um Direito ou uma obrigação? In. CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (coords.) **Direitos humanos e democracia**. p. 525.

⁶⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. p. 244.

parecendo que a solidariedade é vista como preocupação da sociedade civil e não do Estado.⁶⁶

No Estado Liberal a solidariedade era concebida apenas como ato beneficente ou caritativo, sempre uma liberalidade, uma opção como expressão da consciência, não se concebendo como obrigação a não ser moral, distintamente do que ocorre nos tempos atuais em que se revela um dever de natureza jurídica.⁶⁷

Esta característica individualista alicerçada no modelo capitalista inspirada nas práticas burguesas é apontada por José Carlos Moreira da Silva Filho como o perpassar histórico decisivo para a perspectiva solidária, com fundamento na alteridade, que sucederia o modelo liberal, pelo necessário reconhecimento dos direitos de segunda dimensão como resultado inevitável do aparecimento do proletariado, suas vicissitudes e reivindicações, principalmente em razão da aspiração por melhores condições de trabalho, que acabariam por dissipar-se para outros setores sociais.⁶⁸

1.2 A RUPTURA COM O INDIVIDUALISMO E A SOLIDARIEDADE COMO DEVER JURÍDICO

Durante todo o século XIX consolida-se o liberalismo como filosofia de Estado na Europa ocidental refletindo o ideal burguês pós-período revolucionário francês, influenciando culturalmente países em franco desenvolvimento econômico e industrial, a exemplo dos Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha.

No primeiro quartel do século XX, com a crise política e econômica deflagrada no continente europeu no período pós as duas grandes guerras mundiais, é que o modelo liberal entra em colapso, eis que o Estado mínimo converte-se a

⁶⁶ ROSSO, Paulo Sérgio. **Solidariedade e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**. p. 29.

⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. p. 244.

⁶⁸ SILVA FILHO, José Carlos. **O direito social e suas significações: o princípio da alteridade**.p. 366.

intervencionista para corrigir as injustiças sociais herdadas, assumindo papel ativo de regulador da economia e provedor de prestações positivas de caráter social emergenciais.

O Estado é conclamado pelas forças vulneráveis a participar efetivamente nas relações sociais, afastando-se da posição de passividade para o de pleno interventor, fato que marca uma nova concepção de Estado, do bem-estar social.⁶⁹ Deflagra-se a consolidação do denominado *Welfare States* ou Estado-Providência, acarretando maciça intervenção estatal, orientando e implementando políticas públicas de emprego, controlando a economia, prestando assistência a desempregados, provendo alimentos, remédios, e moradia, enfim, satisfazendo as reivindicações sociais, que são herdadas do modelo liberal, no qual a desigualdade era concreta e a igualdade abstrata.⁷⁰

A liberdade e a igualdade preconizadas pelo modelo liberal burguês, fundada na autonomia da vontade e na abstração do indivíduo perante a lei, respectivamente, fez-se acompanhar de um grande paradoxo, a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser, impedindo a valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial entre os indivíduos.⁷¹

Do projeto liberal revela-se o egoísmo, resultado da postura individualista e da liberdade assegurada como um direito abstrato e não um poder de ser livre. O modelo

⁶⁹ “Ao longo do século XIX, o liberalismo e constitucionalismo se difundem e se consolidam na Europa. Já no século XX, no entanto, sobretudo a partir da primeira guerra, o Estado ocidental torna-se progressivamente intervencionista, sendo rebatizado de Estado social. Dele já não se espera apenas que se abstenha de interferir na esfera individual e privada das pessoas. Ao contrário, o Estado, ao menos idealmente, torna-se instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população. Como natural e previsível o Estado rompeu o equilíbrio que o modelo liberal estabelecera entre público e privado. De fato, com ele, se ampliou significativamente o espaço público, tomado pela atividade econômica do Estado e pela intensificação de sua atuação legislativa e regulamentar, bem como pelo planejamento e fomento a segmentos considerados estratégicos.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** p. 66).

⁷⁰ SILVA FILHO, José Carlos. **O direito social e suas significações: o princípio da alteridade.** p. 367

⁷¹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do direito privado. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** p. 5.

de Estado movido pelo capitalismo conduziu à formação do proletariado em consequência da Revolução Industrial e dos conseqüências como a urbanização, a necessidade de melhoria nas condições de trabalho, saúde, etc.⁷² A liberdade almejada não assegurou a igualdade material acabando por evidenciar a desumana espoliação do trabalho e o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica.⁷³

O liberalismo não pode resolver o problema essencial de ordem econômica das camadas proletárias e por isso entrou em crise.⁷⁴ O alto custo social evidenciado pela exploração do trabalho exigiu a imediata intervenção do Estado para reequilibrar as relações sociais, em uma perspectiva de realização de justiça social, assegurando igualdade material entre os indivíduos e não somente a igualdade formal perante a lei.⁷⁵

As intervenções na esfera privada inicialmente tornaram-se necessárias para solver o problema do desemprego e do subemprego, e também para regulamentar as relações decorrentes da exploração do trabalho, com a formulação de leis protetivas específicas.⁷⁶

A produção em massa e a concentração de capital exigiram a reformulação das relações entre Estado e sociedade, objetivando eliminar a tensão provocada entre capital e trabalho, promovendo-se a intervenção do Estado em duas direções:

⁷² STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 62.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. p. 59.

⁷⁴ *Ibidem*, p.188.

⁷⁵ “Evidentemente que isto trouxe reflexos que se expressaram nos movimentos socialistas e em uma mudança de atitude por parte do poder público, que vai se expressar em ações interventivas sobre e no domínio econômico, bem como em práticas até então tidas como próprias da iniciativa privadas, o que se dá por um lado para mitigar as conseqüências nefastas e por outro para garantir a continuidade do mercado pelo capitalismo financeiro.” (STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 62).

⁷⁶ “A partir do fim do século XIX, a racionalidade do Estado liberal se mostra completamente insuficiente para dar conta das transformações sociais e econômicas acumuladas desde o advento da industrialização. O aparecimento do Estado de solidariedade, que tem sua base de legitimação no direito de solidariedade, requer um novo saber sobre o Direito e o Estado. Um saber capaz de substituir a ideia de existência de um centro de decisão político-jurídica, produto de uma vontade transcendente individual ou coletiva, pela ideia de um sistema de preferência pluralista e imanente, formado pela autonomia das classes sociais, dos grupos sociais e profissionais organizados em associações, sindicatos, etc., onde o poder é exercido sobre a existência do direito social do grupo”. (FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. p. 121).

econômica, corrigindo os desvios de mercado, e social, integrando os excluídos do tecido social.⁷⁷

Nas palavras de Lênio Streck “a liberdade contratual e econômica, símbolos da doutrina liberal, é fortemente reduzida pela inserção do Estado como ator do jogo econômico, atuando *no* e *sobre* o domínio econômico, e, em um sentido mais amplo, do jogo social como um todo.”⁷⁸

Rosalice Fidalgo Pinheiro afirma que a produção em massa, a formação dos monopólios, a concentração do capital e os conflitos entre empresários e trabalhadores exigiram uma nova postura política em relação à sociedade, determinando a reunião de postulados de igualdade substancial, o reconhecimento de uma subjetividade concreta, o princípio da solidariedade e a intervenção do Estado na economia.⁷⁹

O individualismo como ícone do Estado Liberal apresenta-se em processo decadente na medida em que se reduz à autonomia da vontade, e os interesses particulares deixam de prevalecer frente aos interesses coletivos. A maior intervenção do Estado nas atividades econômicas e sociais, a promoção e a tutela de direitos fundamentais sociais e a necessidade premente de restauração da justiça social afetada determinam a gradativa superação do modelo.

A migração do modelo é marcada pela ruptura do minimalismo do Estado, e do sistema burguês de preservação de interesses privados. O Estado passa a ser de todas as classes, conciliador, mitigador de conflitos sociais e pacificador entre o trabalho e capital.⁸⁰

Todas as nações, com variados graus de rigor, inclinaram-se à questão social, com uma progressiva intervenção do Estado que limitou o exercício de direito sobre a

⁷⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e direito fundamentais**. p. 35.

⁷⁸ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 59

⁷⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia privada e Estado Democrático de Direito. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.). **Direitos humanos e democracia**. p. 498.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. p. 185.

propriedade privada e a autonomia da vontade nas relações microeconômicas.⁸¹ O Estado intervencionista assume responsabilidades diretas na economia além de sua própria organização interna.⁸²

Sendo o Estado idealizado para viabilizar a qualidade de vida para os seres humanos e não para legitimar diferenças de cunho econômico, desagregando a convivência social,⁸³ o modelo liberal representava-se como contradição, em que pese sua importância frente ao rompimento paradigmático do modelo medieval de Estado.

O que irá diferenciar os modelos de Estado – Liberal e Social - é o fato de que a regulação não significa a troca de garantias pela liberdade pessoal, mas prestações concebidas como um direito e conquista da cidadania.⁸⁴ Dalmo de Abreu Dallari aponta a transformação e fortalecimento do Estado Social a partir das práticas liberais sob duas perspectivas: a melhoria das condições sociais, garantidas pela atuação positiva de garante do poder público e a regulação das relações econômicas por este que passa a funcionar como agente financiador, consumidor, sócio, produtor em relação à economia.⁸⁵

⁸¹ LOURENÇO José. O dirigismo contratual, a publicização do direito privado pela intervenção do estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. **O direito civil no século XXI**. p. 336.

⁸² “Quando o Estado, coagido pelas pressões das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.” (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. p.186)

⁸³ CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. p. 92.

⁸⁴ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 70.

⁸⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. p. 235.

O Estado Social para satisfazer seu encargo ideológico necessitava transitar com seu poder político nas esferas sociais,⁸⁶ intervindo, pacificando e tutelando interesses sociais. Neste Estado há o compromisso com o bem comum e com a dignidade do ser humano, consolidando-se concretamente, conforme as condições postas em cada sociedade e Estado e, tendo como conteúdo finalístico, a ideia de justiça social e, por conseguinte, de socialização das relações interpessoais.⁸⁷

O fortalecimento do Estado e a nova conformidade constitucional, que marcam as primeiras décadas do século XX, com a elevação dos valores sociais a princípios fundamentais de tutela do indivíduo e da sociedade, desencadeiam o processo total de decadência do individualismo, o esfacelamento do modelo do Estado Liberal e a sobreposição dos interesses públicos sobre os privados.⁸⁸

A nova ideologia do Estado, imiscuído no plano econômico com papel intervencionista e regulador, marca a migração do individual ao social, este com pretensões de justiça social, liberdade e igualdade substancial. Sob esta bandeira busca-se a eliminação das diferenças econômicas obscurecidas pela igualdade formal.⁸⁹

Marlene Suguimatsu pondera que a justiça social a que se propõe o Estado Social encontra seu fundamento na plena liberdade, eis que a sociedade passa a ser considerada como um meio de felicidade a serviço do indivíduo, porque a ação dos indivíduos é contrabalançada pela ação dos grupos sociais. A condição de exercício da

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. p. 200.

⁸⁷ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 72.

⁸⁸ “O homem, que antes dominava um largo espaço existencial autônomo, com a sua casa, a sua granja, a sua horta, o seu estábulo, a sua economia doméstica, organizada e independente, aquele homem, com o qual o século XIX ainda amanhecera, é, em nossos dias, um resignatário de toda essa esfera material subjetiva, que o capacitava, na ordem política a adotar uma filosofia individualista e liberal, e, na ordem econômica, a crer em suas próprias energias pessoais e assumir perante o Estado uma atitude de firmeza, independência e altivez. Esse homem tranquilo desapareceu quando o crescimento das populações, as dificuldades econômicas e sociais, as guerras, a expansão do poder estatal, determinaram a perda efetiva daquele *espaço autônomo*.” (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. p.201).

⁸⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia privada e Estado Democrático de Direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coords.). **Direitos humanos e democracia**. p. 498.

liberdade e da justiça está no equilíbrio dialético entre o indivíduo e o grupo e não na sua oposição.⁹⁰

A crise constatada a partir das transformações sociais e econômicas impulsionadas pelo discurso liberal determinou a concentração de riquezas em um pequeno segmento de classe, contradizendo a retórica do interesse geral e da felicidade,⁹¹ momento em que o discurso da solidariedade assume relevância com a missão de correção da desigualdade perpetrada pelo exacerbado individualismo imposto pelo regime do capital.

A transição do Estado liberal à social provoca uma modificação ideológica, da ética individual, da vontade e da liberdade para uma ética social, de responsabilidade solidária, na qual não só o poder público, mas também a sociedade respondem pela existência social de seus membros viabilizando a consecução dos fins de interesse geral, um dever harmônico entre Estado e sociedade.⁹²

No período posterior às duas grandes guerras mundiais, o movimento denominado de constitucionalista social, instaurado a partir do segundo quartel do século XX, fundamenta o reconhecimento de uma segunda geração de direitos fundamentais, de conotação social e econômica, como resultado da reivindicação de tutelas positivas e do implemento de políticas públicas intervencionistas pelo Estado.

Houve a percepção de que as respostas às questões postas pelas transformações econômicas e sociais não poderiam ser encontradas no quadro cristalizado das categorias tradicionais do direito. Era necessário criar um novo modelo, a fim de permitir encarar de uma forma adequada à relação entre o indivíduo e o grupo, o indivíduo e o sindicato, o grupo social e o sindicato, percepção que culminou na construção de um projeto solidário na forma de direito.⁹³

⁹⁰ SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverski. **Solidariedade, trabalho e norma: do reconhecimento jurídico à concretização de garantias fundamentais na sociedade contemporânea.** p. 73.

⁹¹ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade.** p. 196.

⁹² VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. In. MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado.** p.178.

⁹³ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade.** p. 134.

O primeiro fenômeno de resistência às práticas opressoras do modelo liberal constata-se na insurgência da classe trabalhadora, reivindicando direitos coletivos e sociais, como mecanismo de tutela à prática espoliativa burguesa verificada com a Revolução Industrial. A distorção que se pretendeu corrigir com o projeto associativo culmina na fundação dos sindicatos, e o fortalecimento dos grupos organizados demonstra que o individualismo liberal somente poderia ser suplantado com a somatória das forças sociais, com o Estado intervindo para assegurar e promover os direitos sociais em ebulição.⁹⁴

Poder-se-ia apontar essa insurgência como o marco inicial de rompimento da cultura individualista rumo ao Estado Social de solidariedade uma vez que o movimento orientou-se pelo fortalecimento das classes e pela associação cooperativa dos indivíduos. Os denominados direitos sociais, ou prestações positivas (direito do trabalho, saúde, moradia, educação), são inspirados por uma lógica de fomento, que deriva de normas promocionais e constituem a base jurídica do Estado de bem-estar.⁹⁵

José Carlos Moreira da Silva Filho apresenta a lógica do Estado Social idealizada a partir do reconhecimento do outro. O que denomina princípio da alteridade teria como função determinar, estimular maior participação da sociedade na elaboração do direito que se destina aos grupos sociais alimentando-se do objeto próprio do direito social, função principal do Estado de garantia de paz social.⁹⁶

Marlene Suguimatsu afirma que o novo modelo de Estado ao tempo em que sintetizou a igualdade na lei e perante a lei, bem como a noção de solidariedade social, propôs perseguir o bem de todas as pessoas. Estas passaram a ser consideradas não

⁹⁴ “[...] sob o impulso conjugado das lutas populares e de intenções políticas de reforma social, se assiste, na generalidade dos países europeus e a partir das *mútuas* privadas, ao progressivo estabelecimento por parte do Estado dos seguros contra acidentes de trabalho ou doenças profissionais e ao aparecimento de uma legislação laboral tendente a refrear os excessos mais chocantes do capitalismo selvagem, especialmente nos domínios dos horários de trabalho e do trabalho infantil e feminino.” (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. p. 189).

⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. p. 154.

⁹⁶ SILVA FILHO, José Carlos. **O direito social e suas significações: o princípio da alteridade**. p. 391.

individualmente, mas como membros de um todo social *harmônico*, voltado à *cooperação mútua* para a realização da *felicidade* geral.⁹⁷

Passou-se a defender a construção de uma sociedade de cooperação interindividual, na qual se espera que os indivíduos se esforcem para satisfazer um interesse coletivo superior, o bem comum, concretizável a partir da instituição de uma força de sociedade solidária.⁹⁸

Rosalice Fidalgo Pinheiro destaca que: “desenha-se uma profunda alteração das relações entre Estado e sociedade: em substituição ao individualismo, que sobrepunha o indivíduo ao Estado, toma lugar o solidarismo, caracterizado pela supremacia do Estado sobre o indivíduo.”⁹⁹ A ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade, da solidariedade, substituindo-se a tutela da liberdade pela proteção da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁰

No Estado Social, não se tem a simples pretensão de garantir a liberdade, mas de estimular a atuação da sociedade em prol da igualdade. Daí a intenção de que a solidariedade deixe de ser algo apenas desejável para se tornar atuação obrigatória. O Estado Social se propõe a corrigir as desigualdades, assegurando tutela aos atores sociais vulneráveis. A solidariedade surge como justificadora dessa intenção.

Essa nova postura de um poder público comprometido com o bem-estar social acaba por revolucionar as práticas então inquebrantáveis do modelo liberal, gestando um novo modelo de Estado. Uma consequência da nova concepção do Estado Social está na afetação que o intervencionismo provocou nos institutos como a propriedade e os contratos, ordenados até então pela plena igualdade e liberdade fundadas na vontade, que passaram ilesos de intervenções do Estado no modelo liberal, que

⁹⁷ SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverski. **Solidariedade, trabalho e norma: do reconhecimento jurídico à concretização de garantias fundamentais na sociedade contemporânea.** p. 71.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e direito fundamentais.** p. 36.

¹⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. Constituição e direito civil: tendências. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional.** p. 47.

atravessam processo de mudança ideológica, assumindo no novo cenário também uma função social.¹⁰¹

Esse Estado Social, não obstante tenha cumprido seu papel de romper com o modelo liberal conduzindo Estado e sociedade a uma nova filosofia, deixou de desempenhar satisfatoriamente os objetivos que lhe foram traçados. Realizando de forma débil seu desiderato social, acabou por determinar uma nova ideologia, um novo paradigma que lhe complemente e ao mesmo tempo sucede, o Estado Democrático de Direito, conjugando democracia e realização dos direitos fundamentais.¹⁰²

A revelação de que a solidariedade poderia constituir também um problema jurídico surgiu com o desenvolvimento do chamado solidarismo, empreendendo-se uma nova forma de se pensar o direito e o Estado, defendendo a aproximação entre o direito e a moral afetando no desenvolvimento dos direitos humanos e sociais.¹⁰³ Somente na transição entre os modelos de Estado, onde afloram as preocupações com os direitos sociais, premidos no modelo liberal¹⁰⁴, é que a solidariedade desponta para o cenário jurídico.

¹⁰¹ Maria Celina Bodin de Moraes dá a dimensão da modificação estrutural da propriedade e dos contratos no caminho do novo Estado Social: “No cenário solidarista, deixou ela de ser definida como o espaço, externamente delimitado, no âmbito do qual o proprietário teria ampla liberdade para desenvolver as suas atividades e para a emanção da senhoria sobre o seu bem. A renovada compreensão do instituto atribui a determinação do seu conteúdo para o âmbito da concreta relação jurídica, observados os centros de interesse extraproprietários e a exigência de exercício conforme a função social. [...] o contrato deixou de ser um simples instrumento de atuação da autonomia privada, para desempenhar, também ele, uma função social. No novo modelo o enfoque não é mais voluntarista, voltando-se para a busca de um completo equilíbrio entre as partes contratantes, através, inclusive, do balanceamento entre as prestações, vedada a excessiva onerosidade, e para observância imperiosa do princípio da boa-fé objetiva, fonte de deveres e limitação de direitos para ambas as partes.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional**. p. 258-259).

¹⁰² PINHEIRO. Rosalice Fidalgo. **Contratos e direitos fundamentais**. p. 38.

¹⁰³ SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverski. **Solidariedade, trabalho e norma: do reconhecimento jurídico à concretização de garantias fundamentais na sociedade contemporânea**. p. 18.

¹⁰⁴ “A partir do fim do século XIX, a racionalidade do Estado liberal se mostra completamente insuficiente para dar conta das transformações sociais e econômicas acumuladas desde o advento da industrialização. O aparecimento do Estado de solidariedade, que tem sua base de legitimação no direito de solidariedade, requer um novo saber sobre o Direito e o Estado. Um saber capaz de substituir a ideia de existência de um centro de decisão política-jurídica, produto de uma vontade transcendente individual ou coletiva, pela ideia de um sistema de preferência pluralista e imanente,

José Fernando de Castro Farias aponta que a lógica da solidariedade que desponta como um discurso além da filantropia e da caridade conduz a pensar uma sociedade e a política, não somente como proteção social, mas como “um fio condutor indispensável à construção e a conceitualização das políticas sociais.”¹⁰⁵

León Duguit nessa perspectiva idealiza a solidariedade como fato social, imperativo, antes de se tornar norma jurídica, pois determina o comportamento dos indivíduos na sociedade, e esse conceito é que determina o desenvolvimento da vida individual e coletiva.¹⁰⁶ Para o autor francês a solidariedade social é um valor objetivo ao mesmo tempo social, econômico e moral cuja imperatividade condiciona-se como regra de conduta, determinando os direitos e deveres dos indivíduos na sociedade, Estado e indivíduos, governantes e governados.¹⁰⁷

As práticas protetivas nas relações de trabalho, a função social do contrato e da propriedade, como resultado da intervenção do Estado na economia, objetivando estabelecer o equilíbrio das relações e a justiça social abaladas é que determinam que o valor solidário se conduza a direito, deixando de ser somente um sentimento caritativo, fruto de mero sentimento de benevolência.¹⁰⁸

Com fundamento na função social dos institutos de direito civil a doutrina pregada por León Duguit irá refutar as práticas individualistas para afirmar o mote da

formado pela autonomia das classes sociais, dos grupos sociais e profissionais organizados em associações, sindicatos, etc., onde o poder é exercido sobre a existência do direito social do grupo.” (FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. p. 121).

¹⁰⁵ Ibidem, p. 190.

¹⁰⁶ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. p. 228.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 229.

¹⁰⁸ “A lógica assistencialista, perdurou por longo tempo, e, quando não pode mas ser reconduzida às formas originárias de caridade e beneficência, foi atribuída ao Estado, através de um conjunto de normas pelas quais este deveria prover as necessidade do trabalhador, fazendo-o beneficiário da previdência social quando um acidente, uma doença ou a idade interrompe-se a sua atividade remunerada. A noção de solidariedade passou a se estabelecer em torno da oposição eficiente/deficiente, considerando que a pessoa vive de seu trabalho, cabendo-lhe porém ser assistida pelo Estado (isto é, por todos) quando não mais puder fazê-lo.” MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional**. p. 248.

solidariedade social como a fonte de compreensão a respeito do Direito e do Estado. O autor concebe o direito como o conjunto de funções atribuídas aos indivíduos na consecução das regras que asseguram a solidariedade social.¹⁰⁹ A solidariedade desponta como mecanismo apto a satisfação da justiça social, no qual o direito é referido à sociedade e ao social.¹¹⁰

O Estado Social passa depender não só de suas políticas, mas de atuações individuais que convirjam para a consecução do bem-estar coletivo, um compromisso legal com a solidariedade social. Concebe assim a solidariedade como uma dimensão da cidadania, na qual o cidadão assume papel ativo na sociedade, tomando consciência de que seu protagonismo ativo na vida pública se dá pela assunção de encargos, responsabilidades e deveres que não podem ser encarados como de tarefa exclusiva do Estado.¹¹¹

A ideia de atuação do indivíduo se desenvolve a partir da desigualdade, onde os espaços sociais clamam pela cooperação e ajuda mútua na proteção dos mais fracos, desprivilegiados. A solidariedade ocupa-se desse espaço social, intermediário entre o Estado e a sociedade civil, o político e o econômico, concebendo uma nova forma de Estado, que compartilha pluralidade de solidariedade entre os diversos segmentos da sociedade. Nos sistemas de proteção social criados pelos Estados Modernos que se vislumbra a gênese da teoria da solidariedade, ou do solidarismo, não exprimindo apenas um sentimento de benevolência ou favor, mas verdadeiro dever jurídico em prol do coletivo.¹¹²

¹⁰⁹ DUGUIT, León. Les transformations générales dudroit prive depuis de Code Napoleon, p. 29 *apud*. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. p. 167.

¹¹⁰ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. p. 58.

¹¹¹ NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. *apud* TAKOI, Sérgio Massaru. **Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade**. p. 299.

¹¹² *Ibidem*, p. 300.

Para León Duguit citado por José Fernando de Castro Farias:

As normas latentes da solidariedade social já possuem um caráter de coação social antes de se tornarem normas jurídicas. O que determina o imperativo ou a positividade jurídica é a aceitação pelos indivíduos que determinada normal social deve ser organizada e sancionada pela sociedade. É o assentimento e a conscientização da massa das consciências individuais sobre a necessidade de reação social contra os que violam a disciplina social que fazem da regra moral ou econômica uma regra de direito.¹¹³

Marlene Suguimatsu contempla a solidariedade sob dois enfoques de modo a distinguir a concepção jurídica das concepções religiosas, sociológicas e filosóficas. Estas, às quais se refere como perspectivas intrínsecas, abarcariam os sentimentos humanos do homem de bem como capacidade de amor ao próximo e generosidade. Já em uma perspectiva extrínseca vinculada ao contexto jurídico expõe:

Por outro lado, há uma perspectiva mais objetiva, que aparece quando se consideram outros campos do comportamento humano, onde é fraca ou inexistente a boa vontade, a solicitude, a presteza e a ajuda mútua. Por óbvio, não cabe aqui idealizar a bondade humana, nem esperar comportamento espontâneo de ajuda mútua. É nessa perspectiva que a solidariedade se projeta como categoria jurídica. Quando a conduta solidária humana, de forma espontânea e débil, porém necessária diante das necessidades concretas da vida social, aí se levanta a possibilidade de ser estimulada e até mesmo imposta. Será neste momento que o direito, assumindo sua fundamental tarefa de promover a proteção da pessoa humana deverá disponibilizar seus mecanismos de atuação para assegurar a prática esperada.¹¹⁴

Acerca da concepção afirmada por Marlene Suguimatsu é possível entender que a solidariedade pavimenta territórios do comportamento humano, nos quais a solicitude a boa vontade são débeis, eis que onde há maldade, desvios e injustiças, ocorrem hipóteses em que não se pode esperar comportamentos solidários espontâneos. Diante dessa perspectiva lança-se ao direito o desafio de vincular-se a solidariedade a um dever jurídico de conduta individual ou social, que se não observado, poderá desencadear mecanismos de proteção e de coerção pela via regulatória do direito.¹¹⁵

¹¹³ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. p. 114.

¹¹⁴ SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverski. **Solidariedade, trabalho e norma: do reconhecimento jurídico à concretização de garantias fundamentais na sociedade contemporânea**. p. 129-130.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 80-81.

A par da necessidade e responsabilidade, construções jurídicas começam a conformar regras de moral e ética em Direito, possibilitando a exigência de condutas pautadas pela responsabilidade social, realizando soluções jurídicas equilibradas e respaldadas em normas jurídicas. A solidariedade desponta para o cenário jurídico em um momento no qual o direito positivo está em crise, eis que não realiza satisfatoriamente os ideais de justiça social, não estando comprometido com os valores éticos e morais, o que em formulação teórica seriam indissociáveis.

Sem justiça social o Direito não passa de discurso, a solidariedade procura dar-lhe um critério segundo o qual a sociedade vai organizar suas relações sociais, como valor, fundamento, eis que a mesma se constitui no produto de uma crença de tomada de consciência da massa dos indivíduos pela necessidade de adesão a um conjunto de valores solidários.¹¹⁶

Para Marlene Suguimatsu “a solidariedade como valor jurídico estaria consumada, porque se percorreu um longo e difícil caminho até se ter consciência de que além de valores como justiça, liberdade e segurança, também a solidariedade, deveria ser reconhecida, em igual dignidade e hierarquia como um valor jurídico por excelência.”¹¹⁷

Concluído o percurso pelo qual a solidariedade passa de dever moral para a qualificação de um dever jurídico, no ambiente de família desponta sua ambivalência, primeiro porque no espaço de intimidade, o dever de cooperação e mútua-assistência caracterizam uma solidariedade natural, inerente aos voluntários integrantes da família.

Com *status* jurídico a solidariedade permite a coerção da obrigação moral omitida, como instrumento hábil a proteção dos integrantes da família e realização de seus direitos fundamentais, fundado na obrigação de assistência e amparo desencadeado no ambiente familiar. Prepondera uma solidariedade na qual imperam os

¹¹⁶ CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo.** p. 76.

¹¹⁷ SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverski. **Solidariedade, trabalho e norma: do reconhecimento jurídico à concretização de garantias fundamentais na sociedade contemporânea.** p. 128.

valores fundamentais do indivíduo e não da instituição como expressão do coletivo. Tutelam-se os interesses individuais em nome de uma solidariedade social que se desenvolve no espaço das famílias, fragmentando o ideal do individualismo.

1.3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SÓLIDARIEDADE E A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O SENTIDO DA ALTERIDADE

Na perspectiva histórica que se vem trilhando, o individualismo do Estado Liberal colocou o indivíduo no centro das relações jurídicas do direito privado, titular de direitos reconhecidos ou afirmados como particulares, atrelados a um natural direito de propriedade e nos contratos, a plena autonomia da vontade, inatingíveis na filosofia liberal. Nessa perspectiva cristaliza-se o direito privado como a principal fonte do ordenamento.

O direito privado objetivava evitar a intervenção do Estado na esfera das liberdades dos particulares, assegurando o direito de gozo da propriedade privada, mantendo àquele a função interventiva mínima de pacificador de conflitos. O Direito Civil, como expressão do direito privado, representava segurança, assegurando a estabilidade proporcionada por regras imutáveis nas relações econômicas.¹¹⁸ Pressupunha-se a segurança aos códigos por traduzirem uma sequência ordenada de artigos e imutabilidade sistêmica, eis que não se poderia alterar uma parte sem alteração do todo.¹¹⁹

O Direito Civil nessa estrutura apresentava-se como autossuficiente porque não necessitava de outros textos para pacificação dos litígios; por conter uma parte geral ordenada, exportava instituições e técnicas.¹²⁰ O direito privado, de essência individualista, tinha nas codificações civilistas a partir do século XIX feições de

¹¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil Tomo II**. p. 25.

¹¹⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. p. 42.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 43.

verdadeiras Constituições dos ordenamentos jurídicos dos quais emanavam os regramentos típicos da vida civil.

A denominada era das codificações caracterizou-se pela realização plena do individualismo, pela tutela dos contratos formais e da propriedade privada, do modelo patriarcal, patrimonial e matrimonializado na família. Rompendo com as consolidações do modelo feudal no medievo, inaugurou-se um direito fundado na lei geral e abstrata, exteriorizada no modelo codificado, onde se infirmavam os interesses da classe burguesa em manter o privatismo, afastando o Estado de intervenções nas relações privadas.

Destaca Gustavo Tepedino, que a característica da era das codificações civilistas, expressão máxima do positivismo, além da clássica separação entre direito público e privado, era a de incumbir ao legislador ordinário disciplinar as relações privadas de forma a tornar o diploma autossuficiente: “ [...] a exasperação da técnica legislativa regulamentar, expressão maior da onipotência do codificador, disposto a prever todas as condutas do fenômeno social que pudessem ter interesse para o direito. Insculpiu-se na cultura jurídica, como consequência a convicção de que, sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não há bom direito.”¹²¹

Essa fórmula como expressão máxima do direito se solidificou, uma vez que os textos constitucionais representavam somente projetos políticos do Estado, “cartas de intenções” a serem promovidas pelo Poder Executivo, ou diretivas atribuídas ao Poder Legislativo, sem, no entanto, gozarem de normatividade e efetiva aplicabilidade.

Com um novo constitucionalismo, no século XX, o Estado de Direito Liberal migra a Social, delineando um processo de intervenção estatal nas relações jurídicas, legislando no plano econômico, que resulta na mitigação dos dogmas do direito privado, e da rigidez nas normas codificadas¹²².

Luís Roberto Barroso afirma que durante o século XX o Estado começa interferir nas relações entre particulares mediante introdução de normas de ordem

¹²¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil - Tomo I**. p. 24.

¹²² GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. p. 50.

pública, frente à necessidade de restauração da igualdade material não propiciada pelo modelo liberal, superando-se o individualismo, em nome da solidariedade social e da função social dos institutos de direito privado.¹²³

É a partir do período pós-guerras que se instaura uma nova ideologia jurídica, não mais arraigada às codificações e à lei, mas a preceitos constitucionais concebidos na forma de princípios como reserva de justiça na relação entre o poder político e os indivíduos.¹²⁴ Leciona Luís Roberto Barroso, afirmando tratar-se de uma revolução silenciosa este movimento constitucional da primeira metade do século XX.¹²⁵

Com a intervenção do poder público na economia, restabelecendo o equilíbrio social abalado no modelo liberal, reconhecem-se direitos aos trabalhadores, institui-se a previdência social, tutela-se a família, interferindo em espaços que até então eram regidos pela plena autonomia da vontade e pelo mercado. Transforma-se o Estado em Social, caracterizado pela prioridade concedida à justiça social, pela supremacia da segurança coletiva sobre a individual e pela importância dos direitos econômicos, sociais e culturais do cidadão.¹²⁶

O franco desenvolvimento da cultura industrial e tecnológica e o momento crítico do período pós-guerra determinaram mudanças culturais e sociais no mundo em processo de desenvolvimento, que se sente compelido a reconstruir seus conceitos idealizados a partir de valores que transcendem o individualismo. A desigualdade material que afeta os menos favorecidos obriga o Estado a valer-se do direito não mais

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. p. 73.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 86.

¹²⁵ “Sedimentado o caráter normativo das normas constitucionais, o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas de supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, compreendida como uma ordem de valores e como sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Este fenômeno tem sido designado como *constitucionalização do Direito*, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como o civil, administrativo, o penal e o processual.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 86-87).

¹²⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. p. 188.

somente para a manutenção da ordem e da segurança, mas para promoção de reformas sociais.¹²⁷

O constitucionalismo do século XX é a via eleita para acolher uma segunda geração de direitos fundamentais, de conotação econômica e social.¹²⁸ O direito precisou conformar-se a nova realidade, ao Estado determina-se a imposição de uma intervenção positiva nas relações jurídicas e sociais, afetando diretamente a supremacia da autonomia da vontade e, por consequência, a necessidade de reestruturação da fórmula codificada até então concebida para o Direito Civil.

Este Estado interventor, voltado à satisfação das prestações positivas, por excelência social, passa a regulador, assistencialista, protagonista e destinatário imediato de toda carga de responsabilidades à concretização de uma sociedade justa e igualitária, idealizada a partir da necessidade da redução da miséria, da marginalidade, dos índices de desigualdade social; um Estado promotor do bem-estar e da justiça social.

Para satisfação de velhos objetivos, porém sob uma nova perspectiva e frente aos novos desafios, necessária a participação de um ator social que até então era o sujeito receptor das ações assistencialistas do Estado, absolutamente passivo. A sociedade juntamente com o Estado é conclamada a romper com a cultura individualista, superando seu papel de mera espectadora das mazelas sociais, para assumir postura de protagonista de ações que promovam igualdade e justiça social.

Referida reestruturação político-jurídica, com o fortalecimento da doutrina constitucionalista e a maior intervenção do Estado, afetou sensivelmente a estrutura do direito privado, fundado nas codificações civilistas afastando-as de sua órbita epicêntrica do ordenamento. Explica-se tal fenômeno porque no Estado Social de Direito a regulamentação da ordem econômica e social, e a proteção dos direitos fundamentais passam a postulado constitucional.

¹²⁷ Ibidem, p.187.

¹²⁸ PINHEIRO. Rosalice Fidalgo. **Contratos e direito fundamentais**. p. 36.

Paulo Lôbo lecionando, a respeito das funções das Constituições nos Estados Sociais de Direito afirma que, além da limitação do poder político, “limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil.”¹²⁹

Essa nova dimensão de tutela de direitos estabelecida pela estrutura normativa dos textos constitucionais associa-se à necessidade premente de pacificação de novos conflitos sociais, fruto da sociedade urbanizada, economia em ascensão e mutação cultural, potencializando novos conflitos, determinando novos direitos, modelos legislativos específicos, a regularem de forma setORIZADA os conflitos modernos.

Paulo Lôbo, atribuindo aos movimentos sociais e ideológicos a revolução tecnológica, espaço de abertura a novos direitos, afirma a incapacidade de desenvolvimento do direito civil em sua clássica moldura e sua obsolescência na nova ordem constitucional, necessitando fragmentar-se em microsistemas para tutelar estes novos direitos em edificação:

A complexidade da vida contemporânea, entretanto não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente.¹³⁰

Trata-se do que Gustavo Tepedino denominou de *legislação de emergência*¹³¹: leis extravagantes, introduzidas no ordenamento pela necessidade de intervenções estatais específicas e especializadas, novos direitos e novos atores sociais, que destituídos de igualdade clamam por tutela, representam o início do processo de fragmentação da estrutura codificada.¹³² O processo de “esvaziamento” do Direito Civil

¹²⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. p. 202.

¹³⁰ Ibidem, p. 204.

¹³¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil. Tomo I**. p. 24.

¹³² “Proliferaram na década de setenta do século XX, e daí em diante, as legislações sobre relações originariamente civis caracterizadas pela multidisciplinaridade, rompendo a peculiar concentração legal de matérias comuns e de mesma natureza dos códigos. Nelas, ocorre o oposto: a conjunção de vários ramos do direito, no mesmo diploma legal, para disciplinar matéria específica, não se podendo

e a perda de sua unidade sistêmica no ordenamento justificam-se pela necessidade de especialização de normas que atendessem a interesses e proteções específicas.

A função, inicialmente complementar e subsidiária, atribuída ao Código Civil pelas leis especiais, paulatinamente é abandonada; estas adquirem sua independência por revelarem incompatibilidade sistêmica e inadequação prática, promovendo o deslocamento de matérias antes típicas do Direito Civil para Estatutos de proteção setorializada e sistematizada. Argumenta Pablo Gagliano sobre a formulação desses microsistemas e sua consequência:

[...] a evolução tecnológica e de costumes tem proporcionado novas visões de vida e de mundo, que não parecem se compatibilizar com a ideia de assentamento perene de regras, ínsita a toda codificação. O advento de regulamentações jurídicas tópicas – os chamados microsistemas jurídicos – tem reforçado essa polêmica. Esses pequenos universos legislativos são compostos de uma legislação setorial dotada de lógica e principiologia própria destinada a regular institutos isolados ou uma classe de relações, o que afasta a incidência da regra geral do Código Civil, que se torna inaplicável, na espécie.¹³³

Esses novos “espaços de direito” e a peculiar multidisciplinaridade de temas, fragmenta o Direito Civil, até então “espaço único” de regulação das relações civis. A propriedade como valor fundante absoluto dos Estados Liberais e do direito privado, cede seu espaço valorativo à pessoa, valor fundamental dos Estados Sociais de Direito.¹³⁴

integrar a determinado código monotemático. Utilizam-se instrumentos legais mais dinâmicos, mais leves e menos cristalizados que os códigos – embora, às vezes, sejam denominados “códigos”, em homenagem à tradição, a exemplo do código de defesa do consumidor -, dotado de natureza multidisciplinar. A variedade de problemas que envolve o trato legal dessas matérias não pode estar subsumida nas codificações tradicionais, pois, quase sempre, além das relações civis, reclamam o disciplinamento integrado e concomitante de variáveis processuais, administrativas e penais.”(LÔBO, Paulo. **Direito civil**. p. 205).

¹³³ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. p. 52.

¹³⁴ “A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (art.1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.” (LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. p. 202).

A insuficiência dos códigos aliada às novas formas de tutela determinam a promulgação de leis extravagantes, que formam os microssistemas, disciplinando novos fatos sociais.¹³⁵ No ordenamento são exemplos desse fenômeno na esfera da família, a antiga Lei do Divórcio, a Lei de Alimentos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a atual Lei de Proteção à Mulher (violência doméstica), a Lei da Adoção. Poder-se-ia citar em outras áreas o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Inquilinato.

Paralela e concorrentemente a esse fenômeno de descodificação das leis civis, outro é verificado, o da constitucionalização do direito, fundamentado em uma nova ordem, que encontra no Direito Constitucional seu fundamento.

Luís Roberto Barroso assevera que este movimento tem como paradigma “a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.”¹³⁶

Esse processo afeta o modelo até então concebido de Estado Social, que se encontrava em estágio débil frente às novas demandas sociais. O projeto constitucionalista, cuja matriz é européia¹³⁷, redefine a Constituição, não mais como

¹³⁵ “A *era dos estatutos* revela “uma opção concordatária, em favor de um Estado Social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um direito civil repleto de leis especiais, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil.” (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil - Tomo I**. p. 30).

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. p. 48.

¹³⁷ “A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã) de 1949, e, especialmente a criação do Tribunal Constitucional Federal instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. p. 45).

convite à atuação dos poderes públicos¹³⁸, mas como textos normativos dotados de imperatividade, com mecanismos próprios de coerção.

As Constituições passam a ocupar o epicentro do sistema, integrando, harmonizando e sistematizando o ordenamento jurídico, função outrora exercida pelos Códigos. Por meio da carga valorativa de seus princípios e postulados, comprometem o Estado a tutelar de forma intransigente os direitos fundamentais.

O sistema criado pelas Constituições modernas, fundadas em princípios que informam a ordem de valores do Estado, confere unidade e harmonia ao ordenamento colmatando, na dinâmica do direito, os fatos sociais à norma fundamental. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, a ideia de constitucionalização do Direito restaria associada “a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.”¹³⁹

Gustavo Tepedino, delineando o sentido técnico da expressão Constitucionalização do Direito Civil face à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, afirma que “Não há dúvida que as normas constitucionais incidem sobre o legislador ordinário, exigindo produção legislativa compatível com o programa constitucional, e se constituindo em limite para a reserva legal. Por outro lado, produzem efeitos no plano interpretativo, reclamando uma leitura da lei civil conforme o texto constitucional, postulado cada vez mais acatado entre os constitucionalistas.”¹⁴⁰

As Constituições contemporâneas revelam uma força normativa de modo a determinar que toda a legislação infraconstitucional passe a ser interpretada conforme seus postulados e princípios, estabelecendo uma nova tábua de valores no ordenamento, ou seja, imperioso que todos os textos normativos passem a integrar uma unidade sistêmica estabelecida pela lei fundamental, sob pena de vício de inconstitucionalidade e invalidade jurídica.

A Constituição brasileira de 1988 deflagrou mecanismos de intervenção estatal por meio de seus princípios estruturantes, com escopo à tutela intransigente dos

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. p. 48.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 58.

¹⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil - Tomo II**. p. 41.

direitos fundamentais e especial proteção à dignidade da pessoa, assumindo definitivamente o papel que era reservado ao Direito Civil.

Para Francisco Amaral, o fenômeno da constitucionalização representa a migração do conteúdo - regras e princípios -, do direito privado, contidas nos Códigos Civis, para as Constituições. Para o autor, os valores fundamentais com então caráter particular, como justiça, segurança, liberdade, igualdade, propriedade, contrato, saem do seu *habitat* natural e passam ao domínio do texto constitucional, tendo como consequência a inserção normativa deste, sobre o Direito Civil.¹⁴¹

Pietro Perlingieri afirma que: “[...] a constitucionalização do direito, de fato, colocou no centro dos sistemas jurídicos contemporâneos, uns documentos jurídicos, como as constituições que, contendo princípios éticos, devem ser interpretados evolutivamente de acordo com o modificar-se dos valores éticos-políticos no bojo da comunidade a qual se refere.”¹⁴²

Por esse processo de imposição constitucional de uma nova ordem, que não mais se coaduna com a rigidez estrutural típica do Direito Civil, exige nova leitura dos institutos do direito privado, verdadeira abertura da comporta privada face à transbordante força dos mandamentos da Constituição no ordenamento, o processo de constitucionalização. A constitucionalização do direito representa não somente uma exigência da unidade do sistema e do respeito da hierarquia das suas fontes, mas também o caminho para obviar o risco das degenerações do Estado e de direito formal.¹⁴³

Ao recomendar-se uma interpretação do Direito Civil conforme a Constituição não se está desfigurando a estrutura do direito privado, mas determinando-se uma postura sistemática em uma ordem de valores constitucionais na qual o valor da dignidade da pessoa humana mostra-se como princípio reitor. Como assevera Gustavo Tepedino:

¹⁴¹ AMARAL, Francisco. **Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro**. p. 76.

¹⁴² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. p. 575.

¹⁴³ Ibidem, p. 577.

Não se vislumbra, com isso, repita-se ainda uma vez, uma *redução quantitativa* dos espaços da autonomia privada. Propriedade, família, contrato, empresa, não migram para outros ramos do direito, diante da forte intervenção do poder público, vinculando-os à opção valorativa constitucional. Trata-se ao revés, de uma *transformação qualitativa* de cada um dos institutos de direito civil, iluminados pelo Texto Maior, sem que com isso se pretenda subtrair da autonomia privada seus poderes, titularidades e responsabilidades, na construção de uma sociedade (que o constituinte quis) justa e solidária.¹⁴⁴

Esta realocação do Direito Civil dentro do ordenamento jurídico, pela irradiação do conteúdo constitucional, que contamina suas regras internas, satisfaz os anseios do Estado Democrático, igualitário e de bem-estar que se propõe realizar justiça social, ideal que só se concretiza com a simétrica e harmônica relação, público e privado.

Na seara do direito de família, a incidência dos mandamentos constitucionais face aos dispositivos civis sobre a matéria revelam-se mais agudas, se comparadas à propriedade e aos contratos, eis que a estrutura familiar alicerçada historicamente no modelo patrimonial, repersonalizou-se assegurando ao indivíduo sua realização pessoal dentro de um espaço íntimo de liberdade e afeto, que a desloca da carga patrimonial a que sempre esteve atrelada.

Assim, por meio do afeto, pessoas se unem, eis que não se concebe o indivíduo vivendo em total isolamento, fato que determina a formação da família nos seus mais diversos modelos. Em que pese os agrupamentos familiares representarem unidades, em que há interrelação coexistencial e solidariedade, seus membros não se olvidam de sua busca pessoal e individual, a felicidade. Nas palavras de Norbert Elias, ao referir-se à rede social como uma rede de tecidos, bem exprime essa relação família e indivíduo:

Nessa rede, muitos fios isolados ligam-se uns aos outros. No entanto, nem a totalidade da rede, nem a forma assumida por cada um de seus fios podem ser compreendidas em termos de um único fio, ou mesmo de todos eles, isoladamente considerados; a rede só é compreensível em termos da maneira como eles se ligam, de sua relação recíproca. Essa ligação origina um sistema de tensões para o qual cada fio isolado concorre, cada um de maneira um pouco diferente, conforme seu lugar e função na totalidade da rede. A forma do fio individual se modifica quando se alteram a tensão e a estrutura da rede inteira. No entanto essa rede nada é além de uma ligação de fios individuais; e, no interior do todo, cada fio

¹⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil - Tomo II.** p. 42.

continua a constituir uma unidade em si; tem uma posição e uma forma singulares dentro dele.¹⁴⁵

Norbert Elias, realizando uma análise entre indivíduo e sociedade, conclui que não existe abismo entre eles; os indivíduos formam a sociedade tanto quanto toda sociedade “é uma sociedade de indivíduos”.¹⁴⁶ Há entre estes dois elementos uma relação de parte e todo na qual o todo se distingue da soma de suas partes, vez que em havendo a coexistência das partes, surgem relações diversas, não verificadas nas partes isoladas. Dentro desta coexistência cada um dos indivíduos assume funções relevantes ao meio em que vive, podendo-se afirmar ser a família o primeiro *locus* de integração social, que permite o desenvolvimento do ser humano.

Nessa perspectiva, a solidariedade, considerada como primazia do coletivo sobre o individual, pode representar o esvaziamento das liberdades individuais, acentuando-lhe uma feição transpessoal. Este sentido de solidariedade, incompatível com a concepção de família contemporânea, encontra fundamento na concepção de Augusto Comte para quem a mesma seria concebida como primeira expressão do agrupamento político e unidade básica da sociedade, como elemento primário a partir do qual formariam os grupos sociais.¹⁴⁷

A solidariedade, no entanto concebida na família contemporânea é diversa, eis que não preponderam os interesses transpessoais, a instituição não prefere ao indivíduo, idealizada a partir de deveres de cooperação e mútua-assistência como vertentes da solidariedade familiar, objetiva fundamentalmente a plena realização e o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros e a satisfação de seus direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, torna-se possível enunciar o sentido da solidariedade no ambiente familiar, informada pela noção de alteridade como coexistência, espaço

¹⁴⁵ ELIAS, Norbert. A sociedade dos indivíduos. p. 35 *apud* RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** p. 46.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 46

¹⁴⁷ RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** p. 317.

interativo de respeito à igualdade e a liberdade, eis que só é possível conceber a pessoa em relação com o outro. “O ser humano existe apenas enquanto integrante de uma espécie que precisa do outro(s) para existir (*rectius*, coexistir).”¹⁴⁸

Esse pensamento assegura o espaço de intimidade que se desenvolve entre os atores na família contemporânea. A família passa a espaço íntimo onde se privilegia o direito de amar, de ser feliz, e de onde decorre o dever de ser leal, solidário e, principalmente, compreender o outro, o que significa um rompimento com a individualidade e com os preconceitos.¹⁴⁹

Neste ambiente o indivíduo precisa compreender o outro, porque na família o ser humano se realiza, e a necessidade de compreensão está na liberdade e no reconhecimento e respeito às diferenças.¹⁵⁰ Essa compreensão importa na aceitação da alteridade, da diferença entre os indivíduos, “abrindo espaço à diferença ontológica, que reside em cada ser humano, enfim, esquecer a tradição histórica da posse e do domínio no rancho familiar, deixando que nele habite a liberdade, o vir-à-fala, o vaivém do diálogo, a aceitação e a possibilidade de que algo seja dito, sem que isso signifique ofensa, e sim um direito/desejo do ser humano em ouvir e ser ouvido.”¹⁵¹

Nas palavras de Erouths Cortiano Junior citado por Eros Cordeiro, revela-se o mecanismo da solidariedade, dentro de uma perspectiva da repersonalização do direito, com a realização da existência plural, cujo significado está no reconhecimento da alteridade:

¹⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional.** p. 240.

¹⁴⁹ WELTER, Belmiro Pedro. **A Compreensão dos Preconceitos no Direito de Família pela Hermenêutica Filosófica. Revista Brasileiro de Direito de Família nº 38.** p. 3.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 21.

¹⁵¹ Ibidem, p. 4.

A relação com o outro e com os outros é essencial para a realização pessoal do homem, que não só vive, mas convive. O respeito pela diferença e o reconhecimento dela permitem a realização do próprio homem. E, numa sociedade plural, o valor da solidariedade, assume um relevo muito especial. Ela, a solidariedade, refere-se a participação de todos na gestação das formações sociais, com o objetivo de permitir o pleno desenvolvimento da pessoa.¹⁵²

Como argumenta Maria Celina Bodin de Moraes ao salientar a perspectiva da imprescindibilidade do princípio da solidariedade, própria ao direito de família:

Afinal, assim como não conseguimos viver sem comer ou sem dormir, não conseguimos compreender quem somos sem o olhar e a resposta do outro. É o outro, o seu olhar, que nos define e nos forma. É, de fato, através do reconhecimento do outro que nos identificamos, é através da solidariedade, que nos responsabilizamos: ... ninguém deve permanecer em si: a humanidade do homem, a subjetividade, é uma responsabilidade pelos outros, uma vulnerabilidade extrema.¹⁵³

Migrando de instituição a instrumento, propõe-se a satisfazer as exigências pessoais, assegurando-se igualdade e liberdade, proporcionando o pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros, priorizando a tutela individual e a dignidade da pessoa humana. Neste ambiente cultiva-se o espaço do “eu” onde a liberdade representa valor fundamental no processo de maturação das individualidades.¹⁵⁴

A família não é mais compreendida como uma relação de poder ou de dominação,¹⁵⁵ mas como relação afetiva, na qual os laços se expressam através da solidariedade. Assim, o princípio da solidariedade familiar possibilita a coexistência de direitos fundamentais na família, ou seja, não se trata de anular a liberdade do indivíduo nem de potencializá-la, a ponto de impedir o exercício da liberdade do outro, mas de harmonizar os interesses individuais. “A função do Direito de Família pode ser

¹⁵² CORTIANO JÚNIOR, Erouths. O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino da propriedade. *apud* CORDEIRO, Eros Belin de Moura Cordeiro. A Constituição da República de 1988 e as transformações na teoria contratual. In. CONRADO, Marcelo. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (coords.). **Direito Privado e Constituição**. p.228.

¹⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional**. p. 263.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 218.

¹⁵⁵ SCHELEDER, Adriana FasoloPilati; TAGLIARI, Renata Holzbach. **O princípio da solidariedade, a teoria humanista e os direitos humanos fundamentais como meios de valorização do afeto quando do estabelecimento de vínculos de filiação**.

pensada como a de assegurar a liberdade para que as pessoas possam buscar sua felicidade coexistencial.¹⁵⁶ Luiz Edson Fachin assevera sobre a solidariedade familiar:

A preocupação do jurista não se dirige apenas ao indivíduo, mas à pessoa tomada em relação, inserida no contexto social. A pessoa humana, como bem supremo do direito, não é um elemento abstrato, isolado, dotado de plenos poderes, com direitos absolutos e ilimitados. A coexistencialidade implique que se assegure não só o pleno desenvolvimento da pessoa individual, mas, simultaneamente, que as demais pessoas com as quais o indivíduo está em relação também possam ter esse desenvolvimento, de forma solidária. A pessoa tem o dever social de colaborar com o bem do qual também participa, ou seja, deve colaborar com a realização dos demais integrantes da comunidade. A valorização da solidariedade traz a socialização do Direito, sendo que esse processo carrega em si a ideia de função social inerente à estrutura das instituições jurídicas.¹⁵⁷

A noção de solidariedade que se reconhece na família, “está na coesão do todo ensejada pela interdependência entre as partes. O sentido axiológico de respeito à alteridade em que se pauta o conceito contemporâneo de solidariedade na doutrina civilista contemporânea...”¹⁵⁸ Dentro dessa perspectiva não se “concebe um interesse superior ao pleno e livre desenvolvimento da pessoa.”¹⁵⁹

Orlando Gomes afirma que a solidariedade, onde há prevalência dos interesses da pessoa frente à coletividade afirma:

A primazia do interesse geral não significa todavia, o sacrifício dos interesses individuais. Aos espíritos moderados afigura-se necessária a conciliação entre as duas ordens de interesses, para que seja preservada a dignidade da pessoa humana. A lei há de refletir essa síntese necessária, colocando-se o legislador no ponto de confluência entre as duas tendências antagônicas. Falharia a sua missão se, intencionalmente ou por inadvertência, abraçasse o estatismo a pretexto de combater o *individualismo*.¹⁶⁰

A concepção que se atribui à solidariedade, que não se basta pela mera previsão normativa, exige efetividade que verticalmente expande-se através do Estado ao aplicá-la quando legisla e quando julga, e horizontalmente pela proposta

¹⁵⁶ RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** p. 328.

¹⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** p. 47.

¹⁵⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** p. 171.

¹⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** p. 462.

¹⁶⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** p. 67.

cooperativa aos indivíduos em realizar a sociedade justa e igualitária. Na lição de Maria Celina Bodin de Moraes:

A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vasto programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade.¹⁶¹

O princípio da solidariedade apresenta-se hoje como fundante, estruturante dentro do sistema instituído pelo Direito Constitucional, porque sua plenitude culmina na máxima efetividade dos direitos fundamentais. Igualdade e princípio da justiça social sustentam o ideal solidário, no qual a concretização de direitos econômicos e sociais realiza a igualdade e a dignidade social, através de práticas governamentais e da consciência humana, que devem pautar-se em fundamentos de igualdade material, culminando na aspirada justiça social.

Segundo Paulo Lôbo o princípio da solidariedade contamina e determina o conteúdo de outros princípios; a liberdade individual é funcionalizada à realização da solidariedade, "a promover o bem de todos" e não apenas de cada um; e o princípio da justiça que objetiva "reduzir as desigualdades sociais". O apelo ético à fraternidade converteu-se em dever jurídico de solidariedade, promanado do respectivo princípio normativo.¹⁶²

José Fernando de Castro Farias sustenta que o princípio da solidariedade fundamenta-se na justiça social. Para o autor ela está voltada à conciliação da liberdade com o dever de solidariedade, haja vista que é no equilíbrio dialético entre o indivíduo e o grupo que se encontra a condição de exercício da liberdade e da justiça.¹⁶³

¹⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional**. p. 239.

¹⁶² LÔBO, Paulo. O princípio constitucional da solidariedade nas relações de família. In: CONRADO, Marcelo. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (coords.). **Direito Privado e Constituição**. p. 328.

¹⁶³ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. p. 60.

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que a opção do constituinte ao eleger a solidariedade como princípio de natureza jurídica promove o fomento de converter um valor ético-moral a jurídico, uma liberalidade fundamentada na consciência a uma norma com eficácia, porque que a ideia de fraternidade, ainda que virtuosa, não se mostraria suficiente para representar o vínculo caracterizador de uma obrigação legal.¹⁶⁴

A solidariedade, como inserida no texto constitucional, atua com uma efetiva força jurídica, de potencial vinculativo. Como categoria jurídica, independente de sua exata configuração – valor, princípio, norma, cláusula geral, direito ou dever – pode ser tomada como fundamento jurídico para reconhecimento de uma obrigação.¹⁶⁵

Pondera Wagner Inácio Freitas Dias, a conceber solidariedade como direito fundamental que, apesar de ser um dever exigível contra o Estado, é do ser humano inerente a vontade de ajudar, de ser sincero, de respeitar, de informar, entre outros. “Não é só o Estado que se encontra em posição de favorecer a solidariedade. Cabe a cada um, *sponte sua*, afirmar e reconhecer que o outro lhe é necessário. Não existe solidariedade apenas com ou contra o Estado, só existe tal preceito no outro, com o outro e pelo outro.”¹⁶⁶

¹⁶⁴MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional**.p. 244.

¹⁶⁵ SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverski. **Solidariedade, trabalho e norma: do reconhecimento jurídico à concretização de garantias fundamentais na sociedade contemporânea**.p. 15.

¹⁶⁶DIAS, Wagner Inácio Freitas. **Além do “Eu” e em busca do “Nós”**. p. 25.

AS TRANSFORMAÇÕES DA FAMÍLIA EM FACE DO PROJETO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE

2.1 O DESENHO JURÍDICO DA FAMÍLIA NA ORDEM CODIFICADA NO BRASIL

A codificação civil de 1916, primeira referência legislativa do período pós-império, recepciona os valores da sociedade colonialista e das ordenações portuguesas em relação ao tratamento jurídico dispensado à família, incumbindo ao pai ou marido a chefia da sociedade conjugal e a administração e o sustento da instituição, considerada centro de produção econômica, um modelo patriarcal e patrimonial.

O Código Civil, produzido sob influência e cultura do regime imperial, manteve o modelo de família de tradição europeia só a reconhecendo se fundada no casamento entre homem e mulher, daí sua concepção matrimonialista, considerando espúrias outras relações que dele não derivassem, quer afetivas ou de filiação, impingindo castigos legais e processos discriminatórios pela ofensa à forma.

Evidente a existência de outras formas de modelos de família, apenas não figuravam no rol de tutela típica do Estado, porque consideradas constituídas às margens dos *bons costumes*, no caso, fora do casamento, não merecendo proteção estatal. Esta se fazia tão somente no plano patrimonial, com amparo no casamento. “Se a codificação de 1916 não vetava constituir família por meios de uniões não matrimonializadas, tais arranjos livres, apesar de não serem ilícitos, sequer eram compreendidos pelo Direito como entidades familiares”.¹⁶⁷

A família natural não derivada do casamento, pois ainda que constituída por indivíduos livres, sofria repulsa da lei, eis que se negavam, ou não se contemplavam direitos específicos aos companheiros e aos filhos dessa união, vedavam-se o

¹⁶⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** p. 330.

reconhecimento e a sucessão hereditária, revelando formal desigualdade em relação aos legítimos.

É certo que a legislação civil rompeu definitivamente com os laços jurídicos atrelados ao velho continente, sem, no entanto, romper com os seus vínculos culturais. A influência religiosa da Igreja Católica, então oficial do Estado, também se projetou sobre o código, reconhecendo a família, como sinônimo de casamento, instituição indissolúvel.

O Código de 1916 reconhece a família constituída pelo casamento, conferindo ao pai ou marido a chefia da instituição e à mulher a função auxiliar nas atividades domésticas, com preponderância de proteção patrimonial,¹⁶⁸ preservando a ideologia liberal, com mínima intervenção do Estado nas relações privadas. As disposições legais relativas à família possuíam nuances de natureza obrigacional dado seu caráter patrimonialista.

À luz do Código Civil, a família compunha uma tríade com o direito de propriedade e os contratos de forma a assegurar a transmissão do patrimônio pela sucessão, uma de suas funções tradicionais à época. Paulo Lôbo descreve que das 290 disposições relativas ao direito de família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais,¹⁶⁹ a se concluir que a esfera de proteção estava relacionada mais à propriedade do que à família.

O Código do início do século classificava a família como parental, assistencial e matrimonial. A primeira decorrente dos laços de consaguinidade que uniam os membros em grupos pelas características comuns além das pessoas agregadas como os filhos adotados e ilegítimos.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Código Civil de 1916 - Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família.

¹⁶⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 23.

¹⁷⁰ “A família do Código Civil do começo do século era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, de forte conteúdo patrimonialista vez que colocava a instituição em primeiro plano: o indivíduo vivia para a manutenção e fortalecimento da instituição que se caracterizava como núcleo de apropriação de bens nas classes abastadas”. (FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. p. 8).

A família possuía funções institucionais, dentre elas a procriação, a formação de mão de obra, a transmissão de patrimônio e de ser uma primeira base de aprendizado.¹⁷¹ Dessa característica decorre a segunda, de cunho obrigacional em relação aos parentes consanguíneos. Por derradeiro, a matrimonializada, única legitimada como instituição familiar, sendo qualquer relação não instituída por esse laço tratada como objeto do direito das obrigações.

O Código de 1916 desenhava uma relação típica, enclausurada, vez que os cônjuges conheciam, de antemão, todos os seus papéis. “A família era um dado, uma realidade jurídica ricamente detalhada pela lei que procurava lhe assegurar a continuidade”.¹⁷²

Sumaya Pereira afirma que no modelo tipificado do código, incumbia-se à lei definir quem eram os membros da família, qualificando o sujeito titular do direito de dirigi-la, quem seria o titular do direito de ter um pai, já que nem todos possuíam *status* jurídico de filho e quais as convivências afetivas seriam amparadas, vez que somente a união entre homem e mulher constituída pelo casamento era considerada família.¹⁷³

A opção legislativa do início do século XX, um modelo de relações codificadas, apontou um sentido jurídico de família singular, ligado a uma única forma de constituição, estabelecendo um sentido unívoco, família e matrimônio refletiam uma mesma realidade jurídica.¹⁷⁴ Vale dizer, um diploma rígido no qual tutela e intervenção eram asseguradas apenas às relações matrimoniais entre homem e mulher, renegadas ou consideradas ilegítimas quaisquer outras formas de união, inclusive no tocante ao estado de filiação.¹⁷⁵

¹⁷¹ FACHIN, Luis Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. p. 66-67.

¹⁷² CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva da intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade**. p. 143.

¹⁷³ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direito fundamentais e relações familiares**. p. 86.

¹⁷⁴ CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva da intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade**. p. 14.

¹⁷⁵ Código Civil de 1916 - Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família. II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que

Carlos Eduardo Pianovski Ruzik afirma que “a estrutura hierarquizada da família, a ilegitimidade da prole, as restrições ao divórcio são reveladoras de um padrão de família que não é pensada como um agrupamento que se desenvolve conforme as aspirações dos seus componentes, mas, antes sujeita seus integrantes a uma rígida estrutura centrada nos bons-costumes e em um suposto direito natural”.¹⁷⁶

A família hierarquizada, patriarcal e matrimonializada era reconhecida como instituição revelada em plano superior ao indivíduo, que vivia para a manutenção e fortalecimento da mesma, se caracterizava como núcleo de apropriação de bens nas classes abastadas¹⁷⁷, realçando, evidentemente, seu caráter patrimonial, eis que as entidades familiares sem propriedade estariam às margens de proteção específica.

O argumento de Orlando Gomes sobre o modelo da família no início do século XX:

Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite e se contivesse, do mesmo passo, no círculo da realidade subjacente que cristalizara costumes, convertendo-os em instituições jurídicas tradicionais. Devido a essa contensão, o Código Civil, sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhoral. Suas concepções a respeito dessas instituições transfundem-se tranquilamente no Código. Não obstante, desenvolveu-se, à larga, a propensão da elite letrada para elaborar um Código Civil à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade.¹⁷⁸

ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial. III. Direito de fixar e mudar o domicílio da família. IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal. V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277. Código Civil de 1916 - Art. 337. São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa fé.

¹⁷⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** p. 317.

¹⁷⁷ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio.** p. 8.

¹⁷⁸ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do direito civil.** p. 20.

A Constituição de 1934 reserva um capítulo com quatro artigos à família, instituição base da sociedade, merecedora de proteção pelo Estado.¹⁷⁹ Em 1937 se constata outros sinais de transformações na família, na medida em que se observa uma maior preocupação do legislador com a pessoa, despontando a educação dos filhos como dever dos pais. Os filhos, naturais e legítimos são equiparados, e o Estado assume a tutela das crianças em caso de abandono pelos pais.¹⁸⁰ No texto constitucional de 1946, provê-se assistência à maternidade, à infância e à adolescência, enaltecendo-se cada vez mais o enfoque constitucional de proteção à família.¹⁸¹

O Estado, no direito de família preconizado pelo estatuto civil, é interventor por excelência, não apenas na forma de constituição das entidades, mas no reconhecimento e tutela de direitos dos membros integrantes das famílias, reconhecendo-os tão-somente àquelas consideradas legítimas. As demais formas de família construíram suas biografias por leis específicas de proteção, até a promulgação da Constituição de 1988, que assegurou direitos e garantias aos mais variados arranjos familiares.

No século XX, o Estado deixa de ser mínimo, orientando-se por políticas intervencionistas em institutos até então intocáveis no modelo liberal. No âmbito da família, em lugar de restringir a liberdade de seus membros, procura-se potencializá-la. Paulo Lôbo afirma que, fundado na solidariedade e na promoção da justiça social, o Estado vem procurando promover a inclusão e equalização dos membros da família em espaços que os dignifiquem, fato constatado nas Constituições a partir de 1934, assegurando-se direitos que garantam a liberdade e a igualdade de seus integrantes.¹⁸²

No interregno entre a codificação de 1916 e a Constituição de 1988, textos normativos extravagantes específicos já apontavam para a obsolescência do formato legislativo vigente e estranho à realidade cultural verificada, no qual não se toleravam

¹⁷⁹ Constituição de 1934. Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

¹⁸⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 34.

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Idem.

desigualdades, preconceitos, vulnerabilidades e também ausência de tutelas específicas.

Os textos legislativos de regulações específicas passam a evidenciar os reflexos de uma concepção menos individualista e mais social no Direito de Família. O Código Civil deixa de ser o centro regulador absoluto das relações, concorrendo com as legislações específicas e com a necessidade de tutela de direitos fundamentais, funções que migram para as constituições, afastando a premissa de tratar-se o Código Civil, a “Constituição do Direito Privado”.

Como ocorre em todo o Direito Civil ao longo do século XX, legislações extravagantes regulamentando novos direitos, em compasso com os anseios sociais e em direção às ideologias propostas pelo novo Direito Constitucional, passam a disciplinar matérias específicas, destituindo-se do código o monopólio sobre a matéria civil também no cenário da família.

A Lei nº 4121/1962, que institui o “Estatuto da Mulher Casada”, estabelecendo direitos de igualdade à mulher dentro do casamento; a Lei nº 6515/1977, “Lei do Divórcio”, que fulminou a ideia de um casamento indissolúvel e rompeu com os cânones da Igreja Católica; as Leis 883/1949 e 7250/1984, que permitem o reconhecimento dos filhos considerados ilegítimos representam exemplos da ruptura cultural do modelo de 1916 e da necessidade de revisão dos conceitos legislativos como resultado das transformações sociais com a valorização da pessoa dentro da família.

O cenário do início do século XX, até então árido e hermético, torna-se fértil e aberto concedendo espaço para novas concepções e modelos de família, não emoldurados em forma típica, livremente reconhecidos pela Constituição de 1988, eudemonista e plural que não tolera desigualdades entre os indivíduos, assegurando a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado.

O Código Civil de 2002, temporalmente moderno, renova as bases legislativas da família, não obstante ainda perceptíveis traços de natureza obrigacional no texto. Promulgado sob a nova ordem constitucional, gestado, porém, sob a influência patrimonialista do modelo anterior, transita com as legislações que compõem o

microsistema legislativo familiar que se revelaram antes de sua vigência, assumindo postura subsidiária e complementar em relação a essas.

Não obstante sua contemporaneidade é possível afirmar que o Código de 2002, já ingressa no ordenamento jurídico obsoleto, um texto em desarmonia e divergente ideologicamente com a Constituição e as legislações específicas que conformam o microsistema de direitos voltado à tutela da família, situação que autorizaria o questionamento sobre a necessidade de sua promulgação na forma de seu projeto inicial.¹⁸³

Paulo Lôbo afirma que: “O anacronismo da legislação sobre a família revelou-se em plenitude com o despontar dos novos paradigmas das entidades familiares. O advento do Código Civil de 2002, não pôs cobro ao descompasso da legislação, pois várias de suas normas estão fundadas nos paradigmas passados e em desarmonia com os princípios constitucionais referidos”.¹⁸⁴

Assim, o Código, como todas as legislações esparsas que formam o microsistema de direito de família, pré e pós Constituição de 1988, passam pelo processo de filtragem e validade constitucional segundo os princípios que norteiam as

¹⁸³ “O Código Civil de 2002, apesar da apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados institutos do Livro IV, dedicados ao direito de família, desprezando-se o móvel da *affectio*, inclusive do Título I destinado ao “direito pessoal”. Assim as causas suspensivas do casamento, referidas no artigo 1.523, são quase todas voltadas aos interesses patrimoniais (principalmente em relação à partilha de bens). [...] a autorização do pai, tutor ou curador para que se casem os que lhe estão sujeitos, não se volta a tutela da pessoa, mas ao patrimônio dos que desejam casar; a razão de a viúva estar impedida de casar antes de dez meses antes da gravidez não a proteção da pessoa humana do nascituro, ou a da certeza da paternidade, mas a proteção de seus eventuais direitos sucessórios. [...] No capítulo destinado à dissolução da sociedade conjugal (antes da nova redação dada ao § 6º do art. 226 da Constituição, pela EC 66 de 2010) do casamento ressaltavam os interesses patrimoniais. Contrariando a orientação jurisprudencial dominante o art. 1575 enuncia que a sentença de separação importa partilha de bens. A confusa redação dos preceitos relativos a filiação (principalmente a imprescritibilidade prevista no art. 1.601) estimula que a impugnação ou reconhecimento judicial da paternidade tenham como móvel interesse econômico (principalmente da herança) ainda que ao custo da negação da história de vida construída na convivência familiar. Quando cuida dos regimes de bens entre os cônjuges, o código (art. 1641) impõe, com natureza de sanção, o regime de separação de bens aos que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas e ao maior de 60 anos, regra esta de discutida constitucionalidade, pois agressiva da dignidade da pessoa humana, cuja afetividade é desconsiderada em favor de interesses de futuros herdeiros”. (LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**.p. 24).

¹⁸⁴ Ibidem, p. 25.

relações familiares, reconhecidamente a dignidade da pessoa, igualdade, liberdade e a solidariedade, princípios extraídos de valores que se prestam à realização do indivíduo na esfera de sua intimidade, ambiente em que não se toleram diferenças e preconceitos, onde se exalta o amor e o afeto.

Com o fortalecimento do Estado Social rompe-se paradigmaticamente o modelo patriarcal, patrimonial e hierarquizado de família, no qual a valorização do ser humano em detrimento da instituição faz sucumbir às ideologias dos Estados Liberais. Rodrigo da Cunha Pereira afirma que essa quebra é atribuída à desconstrução daqueles valores, morais e éticos, porém individualistas, arraigados à cultura da família hierarquizada, obrigando a construção de um novo modelo, no qual o espaço é da realização da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁵

O reconhecimento da igualdade e da liberdade como forma de assegurar a dignidade humana é fator determinante do declínio total do modelo de família hierarquizada, cujo ápice da pirâmide era a instituição e não o homem. Esse modelo é substituído pela família nuclear por meio de processos locais de industrialização e urbanização, que vão tornando obsoletos os modelos fundados no sistema então consolidado.

A dinâmica reconstrução histórica apresentada por Semy Glanz, dentro de um contexto socioeconômico, demonstra os porquês da modificação do cenário familiar a partir das revoluções políticas e industriais do início do século XVIII, em processo evolutivo de duzentos anos:

Como se sabe, a antiga sociedade agrária, que se preocupava predominantemente de trabalhos no campo, ante a chamada migração, veio para as cidades, gerando a sociedade industrial, porque dominam os empregos na indústria. Em consequência, declina a agricultura e aumenta o trabalho terciário. Mas o trabalho industrial é substituído pelo setor de serviços, que passa a dominar o trabalho. Ante o chamado Estado assistencial (em inglês *welfare states*), aumentam os serviços públicos. As populações saem do campo, ocorrendo o que se chama de 'desagrarização', e a industrialização desenvolve a sociedade urbana. Mas o aumento gera as megalópoles, com os problemas decorrentes (falta de habitação, trabalho, escola, etc.), gerando outras mudanças (deslocamento de populações para a periferia, etc.). As alterações de longo prazo acabam mudando os lares e a estrutura das famílias.¹⁸⁶

¹⁸⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 89.

¹⁸⁶ GLANZ, Semy. **A família mutante**. p.114-115.

Prossegue o mesmo autor, afirmando que as evoluções levam a reduzir a chamada família extensa, rumando em direção ao modelo de família nuclear, sem, contudo, poder precisar o surgimento de variadas e novas formas de uniões a serem consideradas famílias.¹⁸⁷

Do conceito sociológico para o jurídico, Carlos Eduardo Pianovski Ruzik, citando Ana Carla Harmatiuk Matos, aponta outros fatores que consolidam o novo cenário da família: “as transformações sociais que, ao longo do século XX, conduziram a uma emancipação crescente da mulher, ensejaram a denominada revolução sexual e culminaram com movimentos de reconhecimento de certos direitos das minorias (notadamente os homossexuais), alteraram o perfil da família como fenômeno concreto, impondo transformações também no seu perfil jurídico”.¹⁸⁸

O dinamismo contemporâneo das relações superando os modelos tradicionais, em especial a família constituída pelo casamento, impede ou dificulta perspectivas de constituição das famílias contemporâneas, sendo apenas possível dizer que as mesmas se edificarão pelos laços da afetividade, da alteridade e da solidariedade.

Ana Carla Harmatiuk Matos, na tendência evolucionária afirma que “para defrontar as questões do desenvolvimento da tecnologia, teceram-se paralelamente reflexões de caráter existencial. Forma-se aos poucos, a consciência da necessidade de uma união entre os seres humanos pelos laços da solidariedade em busca de uma ética sensível à igual dignidade das pessoas”.¹⁸⁹

A nova estrutura familiar contrapõe-se ao modelo estabelecido pelo Código Civil de 1916 tendo no afeto, no consenso, na solidariedade e no respeito à dignidade das pessoas que a integram os fundamentos da mudança paradigmática que inspiraram o marco regulatório estampado nos arts. 226 a 230 da Constituição de 1988.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Já professava o autor nossa realidade, família de pessoas vivendo sozinhas, família com um só dos pais (família monoparental) e as de pessoas que coabitam sem casamento, além das famílias reconstituídas após o divórcio (as famílias recompostas).¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. p. 322.

¹⁸⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. p.15.

¹⁹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 5.

Paulo Lôbo argumenta sobre esse momento transitório, de um modelo patrimonial para afetivo:

A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos de direitos atomizados. Agora é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos.¹⁹¹

Se o Estado Liberal hegemônico, no século XIX, caracterizou-se pela limitação do poder político e pela não intervenção nas relações privadas no domínio econômico, o Estado Social, em via oposta, passou a intervir nas relações privadas, de modo a satisfazer uma justiça social fulcrada na igualdade material e não meramente formal do indivíduo, a quem se dispensa tratamento preferencial nas relações.

O fenômeno da intervenção estatal, observado nos institutos da propriedade e dos contratos no Estado Social, não se projetou do mesmo modo para as relações familiares, espaço cada vez mais privado, repersonalizado, no qual a tutela pelo direito reserva-se à preservação dos interesses pessoais e não mais da instituição, fazendo do Direito de Família um espaço *sui generis* no ordenamento, com legislação autônoma e não sistêmica em relação ao Direito Civil tradicional.

Ao mesmo tempo em que se reservam espaços de afeto e intimidade, fundados na liberdade e na igualdade, local alheio a interferências e ingerências, vínculos obrigacionais das diversas formas de uniões familiares se rompem, momento em que o poder de tutela do Estado precisa ser acionado para preservação dos interesses individuais afetados, como por exemplo, a divisão do patrimônio e os alimentos quando do rompimento da unidade familiar.

Uma significativa mudança legislativa na esfera do Direito de Família adveio com a modificação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal trazida pela Emenda

¹⁹¹ Ibidem, p. 27.

Constitucional 66/2010¹⁹², ao afirmar que o divórcio põe fim ao casamento, acabando por eliminar os requisitos temporais até então exigidos, iniciando um debate doutrinário sobre as consequências da referida modificação legislativa.

Para grande maioria dos doutrinadores a mudança veio revogar no ordenamento todas as disposições que tratavam da separação judicial, passando o divórcio a ser o único mecanismo apto a por fim aos deveres do casamento. Cita-se, exemplificativamente, o posicionamento de Maria Berenice Dias:

Ao ser dada nova redação ao art. 226, § 6º da Constituição Federal, desaparece a separação e eliminam-se prazos e a perquirição de culpa para dissolver a sociedade conjugal. Qualquer dos cônjuges pode, sem precisar declinar causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar o divórcio. A alteração, quando sancionada, entra imediatamente em vigor, não carecendo de regulamentação. Afinal, o divórcio está regrado no Código Civil, e a Lei do Divórcio manda aplicar ao divórcio consensual o procedimento da separação por mútuo consentimento (art. 40, § 2º). Assim, nada mais é preciso para implementar a nova sistemática.¹⁹³

Em que pese uma opção majoritária da doutrina seguindo o entendimento supra, vozes contrárias rechaçam referidos argumentos, sustentando que a manutenção da separação judicial subsiste em função dos efeitos da culpa na dissolução, que não podem ser desconsiderados pelo dispositivo constitucional.

Regina Beatriz Tavares da Silva assevera que o casamento pode chegar ao fim por diversas causas, infidelidades, agressões físicas ou morais, dissipação de bens, dentre outros graves descumprimentos de deveres conjugais, que não podem ficar sem consequências, sendo relevante a manutenção do instituto pela possibilidade de decretação do fim do casamento, com discussão da culpa, justamente pelos efeitos que acarreta.¹⁹⁴

¹⁹² Constituição Federal de 1988 - Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

¹⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já! Conteúdo Jurídico**, 10 jul. 2010. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&columista=152_Maria_Dias&ver=674. Acesso em 23. mar. 2012.

¹⁹⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Culpa deve ser decretada na separação e divórcio**. Maio 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-05/pos-ec-662010-culpa-decretada-separacao-divorcio?pagina=2>>. Acesso em 23mar. 2012.

Para a referida autora, a importância da manutenção da separação judicial no ordenamento estaria nos efeitos civis da culpa, que careceriam de sanção civil, se reconhecida como revogadas as normas que tratam da separação judicial.¹⁹⁵

Revela-se, em conclusão, através das sucessivas legislações e do tratamento a ela dispensado, que a família não está em crise como se vem afirmando, o fenômeno é outro. Sua forma e seu conceito não se adequam mais ao rígido modelo patriarcal e patrimonial, no qual preponderavam as desigualdades entre membros e a direta relação da instituição com a propriedade e as obrigações.

Como leciona Maria Celina Bodin de Moraes: “Crise houve, mas não investiu contra a família em si; seu alvo foi o modelo familiar único, absoluto e totalizante, representado pelo casamento indissolúvel, no qual o marido era o chefe da sociedade conjugal e titular principal do pátrio-poder”.¹⁹⁶

Gustavo Tepedino indica a relatividade e progressividade contínua do conceito de família, sob o fundamento de que “a renovação tem fundamento no indivíduo em sociedade em uma aspiração de solidariedade e segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social”.¹⁹⁷

Hoje a proteção dispensada ao indivíduo e seu projeto de realizações pessoais permite, com fundamento na liberdade e na igualdade, que se edifiquem formações familiares fora dos modelos ou formatos típicos, com espaço para as livres escolhas, sob o manto de reconhecimento e proteção do Estado.

¹⁹⁵ As sanções civis que regulam o casamento são a perda do direito à pensão alimentícia (Código Civil, artigo 1.704, *caput*), a perda do direito de utilização do sobrenome conjugal (Código Civil, artigo 1.578), e a reparação de danos morais e materiais que tenham sido causados pelo descumprimento do dever conjugal (Código Civil, artigo 186).

¹⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional**. p. 208.

¹⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil - Tomo I**. p. 328.

2.2 O DESENHO JURÍDICO DA FAMÍLIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A estrutura típica estatuída pelo Código Civil de 1916, repetida em 2002, chocou-se frontalmente com os ideais da nova ordem jurídica, política e cultural, determinando a construção, reinvenção, reinterpretação do conceito e, principalmente, da função da família na órbita dos direitos fundamentais, sendo a defesa intransigente da dignidade da pessoa humana seu princípio dirigente.

A Constituição de 1988 rompe paradigmaticamente com o modelo patriarcal, matrimonial e patrimonial, encabeçando a nova ordem fundada no princípio de proteção da dignidade da pessoa, quando a fórmula constitucional de efetivação de direitos e garantias remodela o ordenamento espraiando seus ideais de igualdade e liberdade em uma sociedade igualitária e justa a todos os ramos do direito.

Nas palavras de Paulo Lôbo o enfoque constitucional direcionado a esse modelo de família estruturada na liberdade e na igualdade:

Em normas concisas e verdadeiramente revolucionárias, proclamou-se em definitivo o fim da discriminação das entidades familiares não matrimoniais, que passaram a receber tutela idêntica às constituídas pelo casamento (*caput* do art. 226), a igualdade de direito entre homem e mulher na sociedade conjugal (§ 5º do art. 226) e na união estável (§ 3º do art. 226), a igualdade entre filhos de qualquer origem, seja biológica ou não biológica, matrimonial ou não (§ 6º do art. 277).¹⁹⁸

O casamento deixa de ser a única base da família, contemplando, o texto constitucional, como entidade familiar¹⁹⁹, qualquer instituição fundada no afeto, que tenha na realização pessoal e afetiva do indivíduo seu objetivo principal. O que era singular pela única forma de constituição possível de família, tornou-se plural, admitindo-se qualquer forma de envolvimento, de entrelaçamento interpessoal fundada em afeto e solidariedade que induza a felicidade da vida privada.

¹⁹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 44.

¹⁹⁹ Constituição Federal de 1988 - Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. *omissis*- § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. - § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Rodrigo da Cunha Pereira, ao afirmar que a família é antes um fenômeno cultural a natural, cabendo ao Estado tutelá-la, sem restringir a forma porque sempre será a base da sociedade, diz que “cada cultura pode construir diferentes formas de família, cabendo aos ordenamentos jurídicos fazer as adequações para regular e proteger direitos e deveres decorrentes desta relação”.²⁰⁰

Argumenta Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

Se a família for pensada como espaço de autoconstituição coexistencial, não cabe nem ao Estado nem à comunidade a definição de como essa autoconstituição será desenvolvida. A ausência de proteção jurídica da liberdade vivida de quem opta por um modelo de família não expresso em lei ou no texto constitucional é, a rigor, a afirmação de que o Direito não reconhece como passível de tutela aquela forma de autoconstituição. Não é isso, porém que emerge do eudemonismo constitucional antes referido. Se a proteção jurídica é destinada à pessoa de cada componente da família, não é relevante saber qual é o modelo em que essa pessoa está inserida para efeito de admitir ou não a proteção.²⁰¹

Com essa reinterpretação do conceito de entidade familiar ou família, rompe-se definitivamente com os conceitos que determinaram a moldura da “família codificada” do início do século. A apreensão jurídica dos novos valores sociais vem conduzindo o processo de repersonalização do direito de família, centrado na dignidade da pessoa, centro de convergência dos princípios constitucionais.

Não obstante a Constituição proclame ser a família a base da sociedade, atribuindo-lhe uma função social e estrutural dentro do Estado, indubitável que na perspectiva do pleno desenvolvimento da pessoa, no íntimo das relações afetivas familiares, ela existe para assegurar a plenitude da capacidade de realização pessoal e seus projetos de felicidade.

As tradicionais funções da família, como instituição em plano superior ao indivíduo, que imperaram praticamente pelos últimos dois séculos, a destacar a de ser procriacional e patrimonial passam por processo de transformação no qual a ordem de

²⁰⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. p. 22.

²⁰¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. p. 333.

prevalência dos interesses migra por completo para a pessoa que deve se realizar na e não para a família. Essa não é mais entendida como uma relação de dominação hierarquizada entre membros, mas, sim, como um espaço de fato, no qual preponderam liberdade, igualdade e solidariedade.

Luiz Edson Fachin afirma que “sob as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação, proclama-se com mais assento, a concepção eudemonista de família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”.²⁰²

A Constituição de 1988 inaugura o ciclo da família idealizada como instrumento de realização pessoal do indivíduo, conformadora de sua personalidade e individualidade ao assegurar a dignidade da pessoa, com igualdade e liberdade, reconhecendo a viabilidade de formação de novos modelos de famílias, sem fórmulas ou molduras preconcebidas. Nos princípios que informam a ordem de proteção constitucional, em face de sua transitabilidade nas relações, é que se cristalizam os valores que determinam o desenho da nova instituição família.

Segundo Paulo Lôbo, a família converteu-se no ambiente de realização pessoal dos seus integrantes, o espaço preferencial de afirmação da dignidade. Nesse ambiente os valores coletivos, entre família e indivíduo, buscam permanentemente o equilíbrio, em “clima de felicidade, amor e compreensão”.²⁰³

Segundo o autor “consumaram-se na ordem jurídica as condições e possibilidades para que as pessoas, no âmbito das relações familiares, realizem e respeitem reciprocamente suas dignidades como pais, filhos e cônjuges, companheiros, parentes, crianças, idosos, ainda que a dura realidade da vida nem sempre corresponda a esse desiderato”.²⁰⁴

²⁰² FACHIN, Luis Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**, p. 31-32.

²⁰³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. p. 62.

²⁰⁴ Idem.

Com a promulgação da Constituição de 1988, novas entidades familiares são reconhecidas indistintamente, revelando a igualdade e da liberdade como fundamentos da nova ordem, que passa a integrar o rol de proteção destinado à família, independente de seu desenho.

Nem sempre foi assim. O cerceamento das liberdades e ausência de igualdade e liberdade nas famílias codificadas obstruía a plena realização da personalidade, afetando a plena dignidade. Rodrigo da Cunha Pereira aponta exemplos históricos de indignidade no Direito de Família, em face de um modelo patriarcal e patrimonial do Código Civil de 1916: “a exclusão da mulher do princípio da igualdade, colocando-a em posição inferior ao homem; a proibição de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se o pai fosse casado; e o não reconhecimento de outras formas de família que não fosse o casamento”.²⁰⁵

Convertendo-se em espaço de afeto e solidariedade, desloca as funções que lhe eram típicas – econômica, política e procriacional – para uma nova função, a de valorização dos interesses individuais em contraposição aos interesses enquanto instituição. “A repersonalização é a afirmação da mais relevante função da família: a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar; no humanismo que só se constrói na solidariedade – no viver com o outro”.²⁰⁶

Como afirma Michele Perrot, “a família nuclear, heterossexual, patriarcal, herdada do século XIX, era investida de um grande número de missões. Na junção do público e do privado, esferas grosseiramente equivalentes aos papéis dos sexos, ela deveria assegurar a gestação da sociedade civil e dos "interesses particulares", cujo bom andamento era essencial à estabilidade do Estado e ao progresso da humanidade”.²⁰⁷

A família perdeu sua função econômica, eis que contemporaneamente não a se concebe como unidade produtiva como caracterizada na sociedade agrária, na qual o

²⁰⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 120.

²⁰⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 28.

²⁰⁷ PERROT, Michele. O nó e o ninho. **Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro**. p. 75-81.

número de membros representava maior mão de obra. Paulo Lôbo afirma que a emancipação feminina, nos aspectos econômico, social e jurídico e a redução do número de filhos nas entidades familiares foram fatores que contribuíram para afastar da família a função econômica que lhe era atribuída.²⁰⁸

Não mais se verifica na família a função procriacional, sendo cada vez mais frequente a existência de uniões sem filhos, dada a primazia do afeto nas relações onde a reprodução não é imprescindível.²⁰⁹ A família, nominada de sociológica, em contraposição ao conceito biológico, se sedimenta em sentimentos, solidariedade, alteridade e afeto verificado, “no cuidado recíproco, no companheirismo, cooperação, amizade, cumplicidade”.²¹⁰ A família se expressa através de sentimentos, como alicerce, elementos agregador da relação familiar. O afeto passou a ter efeitos jurídicos, ingressando no meio jurídico.²¹¹

Argumenta Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: “Se é certo que o “ser” da família não encontra no afeto, seu único cimento, a compreensão de que ele é um dos elementos mais relevantes de conformação estrutural das comunidades familiares traz relevantes subsídios para uma nova configuração de um “dever ser” da família que apreende a relevância da afetividade, de modo coerente com uma “repersonalização” dessas relações”.²¹²

A afetividade apresenta-se como elemento definidor e justificador do novo modelo familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social.²¹³ A família não encontra mais seu fundamento em si mesma, mas na formação de vínculos de

²⁰⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 19.

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; TAGLIARI, Renata Holzbach. **O princípio da solidariedade, a teoria humanista e os direitos humanos fundamentais como meios de valorização do afeto quando do estabelecimento de vínculos de filiação**.

²¹¹ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. p. 247.

²¹² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. p. 326.

²¹³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 20.

afeto, abrindo-se novas possibilidades funcionais em que as pessoas buscam sua felicidade coexistencial, a família denominada eudemonista.²¹⁴

Embora a Constituição afirme ser a família base da sociedade, atribuindo assim uma função social e estrutural dentro do Estado, é certo que na perspectiva do pleno desenvolvimento pessoal do indivíduo, no íntimo das relações afetivas, a família existe para assegurar, tornar plena a capacidade de realização pessoal de cada um.

Luiz Edson Fachin explica a reconstrução conceitual dada pela modificação de comportamento dos indivíduos em relação à família superando os valores culturais e históricos, em busca de uma nova referência: “as relações familiares começam a renascer para dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história comum, na qual a realização das individualidades frutifica na paixão e amadurece no amor que une e rompe barreiras”.²¹⁵

Com o fim, ainda que ideológico da família hierarquizada, patrimonial e matrimonial, a ordem constitucional passa a assegurar o pleno exercício da liberdade, consagrando a igualdade dos integrantes da nova instituição e abstraindo os antigos conceitos que determinaram padronizações, desigualdades e preconceitos. Outro vínculo, outra motivação, passa a determinar os laços que integram os membros da família, a afetividade.

A família não está mais vinculada à dependência econômica mútua, seus membros não mais se relacionam por tais razões, o mote fundante de sua constituição é o núcleo afetivo, que se justifica pela mútua solidariedade.²¹⁶ O afeto como reconhecimento do outro, a alteridade, passa a fundamento, o elemento essencial sem o qual não subsiste a família.

Rodrigo da Cunha Pereira explica porque a afetividade desponta como princípio fundamental reitor das relações familiares:

²¹⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** p. 326.

²¹⁵ FACHIN, Luis Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro.** p. 116-117.

²¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.** p. 211.

Na era da despatrimonialização do Direito Civil, que elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, toda ordem jurídica focou-se na pessoa, em detrimento do patrimônio, que comandava todas as relações jurídicas interprivadas. Sem dúvida a família é lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o *locus* onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará mais tarde para os laços sociais. A partir do momento em que a família se desinstitucionaliza para o Direito – ou seja, que ela não se faz mais relevante enquanto instituição –, e que a dignidade humana passa a ser o foco da ordem jurídica, passa-se a valorizar cada membro da família e não a entidade familiar como instituição.²¹⁷

Afirma, o mesmo autor, que embora o princípio da afetividade não esteja expressamente previsto na Constituição Federal, sua fundamentalidade é extraída de outros dispositivos.

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade (art. 3º, I), da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º), a adoção como escolha afetiva (art. 227, § 5º e 6º), a proteção à família monoparental, tanto fundada nos laços de sangue quanto por adoção (art. 226, § 4º), a união estável (art. 226, § 3º), a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente, independentemente da origem biológica (art. 227), além do citado art. 226, § 8º.²¹⁸

Paulo Lôbo afirma que essa realização pessoal da afetividade em um ambiente de convivência e solidariedade é a função básica da família hodierna. Suas antigas funções, econômica, política, religiosa e procriacional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário.²¹⁹

No ambiente familiar os sentimentos preferem às obrigações, o indivíduo ao Estado, o afeto sedimenta a estrutura, local onde prevalece a alteridade, o altruísmo, a solidariedade, que promovem o desenvolvimento espiritual da pessoa e exaltam o princípio da dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana apresenta-se como fundamento moral, ético e jurídico do ordenamento, concorrendo com outros princípios que objetivam assegurar a plena realização do indivíduo e o desenvolvimento de sua personalidade. É na

²¹⁷ Ibidem, p. 213.

²¹⁸ Ibidem, p. 195.

²¹⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 20.

família que se reconhece o espaço comunitário para a realização de uma existência digna e da vida em comunhão com outras pessoas.²²⁰

A família passa, sob o fundamento da dignidade da pessoa, a ter novo significado, determinando a perda de suas antigas características, dando lugar ao espaço de liberdade e igualdade, tendo como mote e alicerce o afeto. A instituição apresenta-se em constante processo de transformação, diferentes modelos, construídos com ingredientes que sempre fizeram parte de sua composição, amor, cooperação, respeito mútuo, no entanto, concebida em outra moldura, no qual se evidenciam liberdade e igualdade.

Maria Berenice Dias contempla que a “família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e a formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado”.²²¹ Como leciona Maria Celina Bodin de Moraes:

A passagem da família como instituição, protegida em si mesma, à família-instrumento, isto é, aquela que propicia um ambiente adequado ao desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um de seus membros, suscitou, indiscutivelmente, uma forte individualização e, em consequência, uma maior liberdade, ensejando em contrapartida, o confronto de duas forças claramente paradoxais: de um lado, a autonomia e possibilidade de crescimento individual; de outro, a imprescindibilidade de compartilhamento de projetos comuns.²²²

A família institucional continua representando a base da sociedade segundo o texto constitucional, no entanto, não mais com o enfoque do grupo em si, mas como o espaço para as realizações pessoais fundadas em sentimentos e ou local onde prepondera a intimidade com maior autonomia, liberdade e menor intervenção do Estado.²²³

²²⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 61.

²²¹ FACHIN, Luis Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. p. 41.

²²² MORAES, Maria Celina Bodin de. A Família democrática. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional**. p. 216.

²²³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. p. 20.

Dentro dos princípios consagrados pela Constituição, o da menor intervenção do Estado nas relações privadas estaria atrelado a um menor interesse quanto à forma estrutural da família, o modelo idealizado por seus membros, reservando-se ao ente estatal necessidade de intervenção quando e somente quando o interesse individual decorrente de uma quebra dos deveres familiares fosse afetado.

Entre os fundamentos da família contemporânea estão a afetividade e a solidariedade que garantem a busca do pleno desenvolvimento da personalidade e das realizações pessoais, que tendem a se realizar no mais íntimo plano familiar. Sua finalidade “é o enfoque personalístico da afetividade – da comunhão de vida, do exercício do ônus da criação dos filhos, da realização pessoal e do desenvolvimento da personalidade de seus membros –, podendo estar presente em diversas formas de família”.²²⁴

Carlos Eduardo Pianovski Ruzik, sob o ponto de vista do livre desenvolvimento do ser humano nessa estrutura *sui generis*, aponta para a função da família como o oferecimento de espaço para autoconstituição da pessoa no exercício da liberdade de coexistir, por ser na coexistência que pressupõe a liberdade que a pessoa se forma para a convivência social.²²⁵ Liberdade e responsabilidade compondose com a solidariedade para realização da dignidade da pessoa dentro da entidade familiar.

Ana Carla Harmatiuk Matos, acerca da atual função da família no cenário social, afirma:

A função serviente da família deve ser realizada de forma aberta, integrada na sociedade civil, com uma obrigatória colaboração com outras formações sociais: não como uma ilha, mas como autônomo território, que é parte que não pode ser eliminada de um sistema de instituições civis predispostas para um escopo comum; todas essas formações sociais são merecedoras de tutela se a regulamentação interna for inspirada no respeito da igual dignidade, na igualdade moral e jurídica dos componentes e na democracia. Valores que

²²⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**.p. 16-17.

²²⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. p. 315.

representam juntamente com a solidariedade, o pressuposto, a consagração e a qualificação da unidade dos direitos e dos deveres no âmbito da família.²²⁶

Maria Celina Bodin de Moraes afirma que na nova concepção de família a instituição não pode sobrepor seus interesses aos dos seus membros, eis que a possibilidade de configuração de novos e abertos modelos destina-se justamente à satisfação do bem-estar da pessoa e à realização de sua dignidade. “A família brasileira, portanto, não mais se acha fundada em rígidas hierarquizações, preocupada com a preservação do matrimônio do casal e do patrimônio familiar, para se revelar como um espaço de igualdade, de liberdade e de solidariedade entre os indivíduos que a compõem”.²²⁷

Entre os princípios que norteiam a nova concepção de família e que assegurará o permissivo para as novas configurações familiares está o princípio da igualdade que se conjuga com o direito à liberdade para ingressar na seara familiar. Consagrado no artigo 5º, I da Constituição Federal que determina serem todos iguais perante a lei, igualdade que garante a liberdade e assegura o direito à diferença e à diversidade.

O princípio da igualdade assegura a possibilidade de ampliação a um vasto rol de formatos das famílias pela pluralidade assegurada pela Constituição, garantindo, assim, variantes formas de proteção, permanecendo a família como base da sociedade, no entanto, não mais arrimada no casamento, mas na entidade familiar fundada na igualdade, liberdade, afetividade e solidariedade.

Pelo princípio da igualdade asseguraram-se os mesmos direitos ao homem e à mulher, atribuindo-lhes igual tratamento na administração da família²²⁸, assim como restaram paritariamente divididos direitos e deveres em relação aos filhos, quanto a prover-lhes educação, saúde, alimentação e o pleno desenvolvimento de sua

²²⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. p. 245-246.

²²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Família Democrática In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional**. p. 214.

²²⁸ Constituição de 1988 - Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado... § 5º - os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

personalidade. Pelo mesmo princípio os filhos passaram a receber tratamento igualitário vedando-se a discriminação e a distinção entre eles.²²⁹

Conjugando citado dispositivo com o que dispõe o artigo 226, Paulo Lôbo identifica a correção das desigualdades no Direito de Família:

O simples enunciado do § 5º do art. 226 traduz intensidade revolucionária em se tratando dos direitos e deveres dos cônjuges, significando o fim definitivo do poder marital. “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. O sentido de sociedade conjugal é mais amplo, pois abrange a igualdade de direitos e deveres entre os companheiros da união estável. O § 6º do art. 227, por sua vez, introduziu a máxima igualdade entre os filhos, “havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção”, em todas as relações jurídicas, pondo cobro às discriminações e desigualdades de direitos, muito comuns na trajetória do direito de família brasileiro. O caput do art. 226 tutela e protege a família, sem restringi-la a qualquer espécie ou tipo, como fizeram as Constituições brasileiras anteriores em relação à exclusividade do casamento.²³⁰

Como afirma Paulo Lôbo “não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana”.²³¹

Ana Carla Harmatiuk Matos pondera sobre a liberdade que conduz à pluralidade apontando que não se permite ao Estado delimitar as formas possíveis de família, mas tão somente de tutelá-la. “Com a tutela principal das relações familiares voltada para a realização personalística de seus membros, a pluralidade das entidades familiares se impõe. Respeitando-se tal clamor, as pessoas poderão conviver familiarmente conforme o modelo que melhor represente seus anseios pessoais”.²³²

²²⁹ Constituição de 1988 - Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado... § 6º - Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

²³⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**, p. 66.

²³¹ Idibem, p.84.

²³² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. p. 161.

Segue Ana Carla Harmatiuk Matos afirmando que “novas formas privilegiadas de afeto estão a informar os modelos de família que deve o direito contemplar, pois a atual Constituição não apresentou um elenco taxativo de possibilidades de entidades familiares. Nem poderia desse modo proceder, porque os novos modelos de família brotam das relações sociais, não sendo criados conjuntamente com as aprovações dos textos normativos”.²³³

A repersonalização da família contemporânea nasce no espaço de afeto compatível com um modelo de família plural, centrado na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social. “Uma família ‘repersonalizada’ e ‘despatrimonializada’, conforme proposto pela Constituição Federal de 1988, assentada numa ordem jurídica sob diversos princípios fundamentais que, alçados à órbita constitucional, emanam valores para todo o sistema”.²³⁴

Kátia Boulos pregoa que a pluralidade deve ser atribuída à afetividade, que no ordenamento brasileiro passa a ter valor jurídico:

O pluralismo das entidades familiares existentes na sociedade brasileira demonstra que, ao lado das famílias constituídas pelo casamento, que submeteram sua origem à formalidade da lei, convivem as famílias fundadas no afeto, e não apenas aquelas advindas da união estável ou da monoparentalidade, mas também as pluriparentais e as advindas da homoafetividade e da socioafetividade. Daí ter o afeto alçado à condição de valor jurídico, consagrado na legislação familiarista hodierna, como exemplificativamente se verifica nas Leis nº 11.698/2008 e nº 12.010/2009.²³⁵

Ana Carla Harmatiuk Matos apresenta o ambiente onde se desenvolve a família constitucional, de nova moldura, e novos objetivos:

²³³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**.p.160-161.

²³⁴ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família no novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**.p. 10.

²³⁵ BOULOS, Kátia. Da Guarda “com-parte-ilhada” à guarda compartilhada: novos rumos e desafios. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. **Grandes temas de direito de família e sucessões**. p. 71.

Dentro dos laços familiares, os sujeitos exercem sua sexualidade, oferecem e recebem suporte psicológico, fazem companhia um ao outro nas atividades privadas e sociais; há auxílio econômico mútuo, com o conseqüente amparo nas adversidades financeiras; ocorre a divisão das atribuições necessárias no atendimento da casa, da alimentação e das atividades cotidianas; verifica-se o apoio de um para conceder a possibilidade de desenvolvimento profissional ao outro; há troca de afetividade entre os parceiros e entre eles e os filhos, bem como comum se torna a divisão de tarefas de socialização das crianças.²³⁶

Maria Berenice Dias afirma que a família contemporânea existe pela confluência de interesses pessoais fundados em sentimentos e intenções de felicidade, e o Estado não pode e não precisa intervir:

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor, de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.²³⁷

A felicidade que se busca na família é proporcionada pelo estado afetivo e pela troca de experiências recíprocas. A realização pessoal através dos laços de afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família da nossa época, afirma Paulo Lôbo²³⁸. E complementa, apontando na afetividade o elemento nuclear e definidor da união familiar, o trunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico da modernidade.²³⁹

2.3 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR: A ALTERIDADE NA PROMOÇÃO DA PESSOA HUMANA NA FAMÍLIA

O princípio da solidariedade ingressa no cenário jurídico, em especial no direito de família, quando o legislador constituinte estabelece como objetivos do Estado construir uma sociedade livre, justa e solidária.

²³⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. p. 162.

²³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p.55

²³⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 20.

²³⁹ Idem.

Roberto Senise Lisboa aponta, a partir da concepção constitucional, que a solidariedade familiar decorre da solidariedade social e pode ser observada por dois diferentes enfoques: (i) externamente ao atribuir ao Poder Público e à sociedade civil a promoção de políticas públicas que garantam o atendimento às necessidades familiares e (ii) internamente, determinando a cada membro do grupo familiar a obrigação de cooperação, permitindo que os integrantes obtenham o mínimo necessário para o seu completo desenvolvimento biopsíquico.²⁴⁰

A solidariedade de que trata o texto constitucional contempla, assim, como afirmado por Roberto Senise Lisboa, além de uma função patrimonial, funções afetivas e psicológicas. Com mesmo fundamento, Maria Berenice Dias afirma que “ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (CF 227) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação”.²⁴¹

No âmbito de uma perspectiva constitucional, na qual prepondera o princípio da dignidade da pessoa humana, reserva-se à pessoa, no íntimo das relações familiares, o espaço para desenvolvimento de sua capacidade, personalidade e felicidade, o princípio eudemonista.

Na perspectiva da repersonalização do Direito de Família, fundado na percepção eudemonista da instituição²⁴², é reinventada conceitual e funcionalmente a família, privilegiando o afeto e a solidariedade de seus membros como elo de sua atual constituição, princípios da contemporânea concepção da instituição instrumental.

A Constituição, ao inserir valores fundamentais na forma de princípios em seu texto, permitiu a constituição de famílias sem fórmulas preconcebidas, determinando

²⁴⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil - direito de família e sucessões**, p. 36.

²⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 62.

²⁴² “O princípio eudemonista encerra segundo a tese que se está a defender, a função como liberdade(s): consiste no reconhecimento de que a função do Direito de Família pode ser pensada, ainda que não exclusivamente, como a de assegurar a liberdade para que as pessoas possam buscar sua felicidade coexistencial”. (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. p. 328).

que a moldura típica dos Códigos definitivamente ruísse, permitindo a construção ou então, reinvenção, reinterpretção do conceito de família na órbita dos direitos fundamentais.

Paulo Lôbo afirma, sobre as bases da família constitucional, que a mesma se funda na solidariedade, cooperação, respeito à dignidade de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. “A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos e arranjos”.²⁴³

Essa repersonalização do indivíduo nas relações de família é a remição do valor da dignidade da pessoa transportado para o mais íntimo espaço das relações afetivas sem, no entanto, despojá-la da tutela jurídica, como a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar; no humanismo que só se constrói na solidariedade – no viver com o outro.²⁴⁴

Essa tutela é o fundamento do Estado Democrático de Direito, no qual a defesa intransigente dos valores da dignidade representa a diretriz constitucional, que pelo mecanismo de irradiação projeta-se para todos os ramos do direito. Gustavo Tepedino, sobre os reflexos da proteção da entidade familiar em conformidade com a tutela plena da personalidade:

Pode-se afirmar em propósito, que a dignidade da pessoa humana, alçada pelo art. 1º, III da Constituição Federal, a fundamento da República, dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo art. 226, do mesmo texto maior: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social. De se abandonar, portanto, todas as posições doutrinárias que, no passado, vislumbraram em institutos do direito de família uma proteção supra-individual, seja em favor de objetivos políticos, atendendo as ideologias autoritárias, seja por inspiração religiosa.²⁴⁵

²⁴³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 27

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 28-29

²⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. p. 394-395.

Para Rosana Fachin o texto constitucional determina os novos rumos assumidos pelo Direito de Família, cujo desafio é superar o sistema jurídico privado clássico e adequar-se ao novo modelo constitucional, cuja estrutura é plural, fundada em princípios. Através da promoção da dignidade humana e da solidariedade, a família passa a ser concebida como referência de liberdade e igualdade, objetivando a felicidade de seus membros.²⁴⁶

José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz lecionam que a família sofreu transformação no sentido de que se acentuam as relações de sentimentos, valorizam-se as funções afetivas da família, que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais. É o fenômeno social da família conjugal, ou nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto, é a intensidade das relações pessoais de seus membros.²⁴⁷

Seguem os mesmos autores afirmando que “esta família constitucionalizada amparada pelo Estado, na qual predominam as relações de afeto, de solidariedade e cooperação (art. 226 §§ 4º, 5º e 8º; art. 229, da Constituição de 1988), é reconhecida como fato básico da vida social e, portanto, garantida contra discricionariedade do legislador ordinário”.²⁴⁸

A realidade contemporânea que se apresenta é a de uma estrutura menos organizada e mais independente, na qual os laços sanguíneos não representam o marco inicial da estrutura familiar, que se fundamenta mais em sentimentos e valores, na opção individual de plena satisfação de necessidades imateriais, não atreladas a modelos preconcebidos.

Maria Celina Bodin de Moraes dá forma ao que denomina de família democrática, o “ninho”, onde o conviver com responsabilidade e igualdade tem por

²⁴⁶ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família no novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**.p. 67.

²⁴⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. p. 13.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 14.

escopo o crescimento e realização individual de cada um de seus membros, cujos laços desenvolvem-se através de escolhas individuais e afeto, realçando o respeito à dignidade da pessoa pelo exercício da solidariedade e o reconhecimento e respeito ao outro, a alteridade. Para justificar a denominação apresenta situações nas quais restam claros esses ideais dentro do texto constitucional:

Explicitou a Constituição, no que toca à liberdade na família, a facilitação da dissolução do casamento pelo divórcio direto sem culpa (art. 226, § 6º) e, no que se refere à solidariedade, garantiu a assistência a cada membro da família (art. 226 § 8º), tutelando individualmente cada integrante e não apenas o grupo familiar como um todo. Ainda no que se refere à solidariedade, estabeleceu, além da responsabilidade dos pais pelos filhos menores, a responsabilização dos filhos maiores pelos pais idosos, carentes e enfermos (art. 229).²⁴⁹

Essa nova família, democrática, instrumental, é assim considerada porque busca assegurar a felicidade plena do indivíduo e a formação de sua personalidade por meio da convivência em um ambiente de afeto propício ao desenvolvimento, com liberdade de escolhas e asseguramento de respeito, sem discriminação, frente às opções. É o ser humano exercendo sua individualidade de forma ilimitada, mas com objetivo nobre de auferir sucesso em seus projetos pessoais.²⁵⁰

A referência que se tem da família contemporânea é de que a mesma não possui interesses superiores aos individuais, sendo marcante sua principal função, assegurar a realização das necessidades do homem e promover-lhe o livre desenvolvimento pessoal. “A família não é titular de um interesse separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa, argumenta Ana Carla Harmatiuk Matos”.²⁵¹ Pietro Perlingieri assevera a respeito:

[...] Este interesse não exclusivo ora resta individual, ora assume o papel de interesse coletivo, no sentido de realizar diretamente a tutela de todos os componentes da família. Em

²⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional**. p. 621.

²⁵⁰ “A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se interfere da primeira parte do §8º do artigo 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram”. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 30.

²⁵¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. p. 245.

uma e em outra hipótese, a titularidade do direito compete aos membros da família e não à família como tal. Esta não é uma pessoa jurídica, nem pode ser concebida como um sujeito com direitos autônomos: ela é formação social lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes. As “razões da família” não têm autonomia em relação às “razões individuais”.²⁵²

As entidades familiares não mais se constituem para a proteção da instituição que representa, mas para procurarem defender os interesses individuais de seus membros, unidos por opção pessoal e não por imposição social e na busca de um ideal comum de felicidade e de realização própria, ao lado de pessoas que lhe são caras.²⁵³ “Se a proteção jurídica é destinada a cada componente da família, considerado individualmente, não é relevante saber qual é o modelo em que essa pessoa está inserida para efeito de admitir ou não a proteção”.²⁵⁴

Carlos Eduardo Pianovski Ruzik considera a família espaço em que prevalecem os interesses coexistenciais, tendo por mote o afeto. “Uma família que não encontra fundamento em si mesma – e com funções vinculadas à sua própria reprodução –, mas, sim, busca seu fundamento na formação de vínculos de afeto – e, nessa medida, abre-se a novas possibilidades funcionais, sendo compreendida, inclusive, como meio no qual as pessoas buscam sua felicidade coexistencial –, constitui o que se denomina de família eudemonista”.²⁵⁵

A nova conformação, ninho ou moldura, espaço de intimidade amplo e irrestrito, sem marginalizações, onde impera alteridade, solidariedade e afeto é que permite que se desenvolva a família, alterando-se continuamente, renovando-se como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à

²⁵² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. p. 178-179.

²⁵³ BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de filiação**. p. 78.

²⁵⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. p. 333.

²⁵⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): pensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. p. 326.

solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social.²⁵⁶

Nessa nova realidade familiar rompe-se com a primazia da instituição em detrimento do homem, prevalecendo na nova concepção indivíduos com direitos igualitários, com a valorização da personalidade individual construída de forma singular pelo afeto e pela solidariedade. Para Silvana Carbonera, “a família é um espaço relacional informado por valores e características que significam afeto, autonomia, liberdade, igualdade, respeito, complementaridade, dependência, mas também poder, autoridade, busca de realização individual”.²⁵⁷

A família contemporânea, dita instrumental, prima pela realização afetiva dos seus membros que, inspirados na felicidade, possuem maior capacidade de desenvolvimento individual. A proteção constitucional contemplada pela família em termos de proteção e desenvolvimento do homem e da sociedade destina-se à satisfação plena do indivíduo para que o mesmo, feliz no aconchego de seu lar, contamine com os mesmos ideais de afeto e solidariedade os membros da sociedade em que vive.

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk afirma que a apreensão pelo direito dessa família, eudemonista, prevista no parágrafo 8º do artigo 226, da Constituição, está em propiciar ao indivíduo o exercício, manutenção e o incremento da liberdade:

Por “propiciar liberdade(s)” deve-se entender não apenas a imposição da mácula da ilicitude sobre opções de vida coexistencial, mas, sobretudo, reconhecer a normatividade que emerge a liberdade vivida. A construção concreta da vida familiar enseja compromissos mútuos (e tácitos) entre seus integrantes, que constituem ao mesmo tempo o cimento e o móvel que mantém as pessoas livremente unidas. Trata-se de uma verdadeira liberdade positiva que não se confunde com autonomia da vontade formal, expressa contratualmente, mas de algo que se constitui na vivência livre, e que gera uma normatividade no âmbito das relações.²⁵⁸

²⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. p. 394.

²⁵⁷ CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva da intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade**. p. 258.

²⁵⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. p. 329.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, a solidariedade, no âmbito da família, mostra-se estritamente ligada à igualdade e à dignidade de seus membros, não podendo o interesse da instituição sobrepor-se ao de seus membros que têm no espaço familiar o *locus* privilegiado de realização pessoal.²⁵⁹ O princípio da solidariedade familiar compreende a própria fraternidade e a reciprocidade, a solidariedade que cada membro deve observar em relação aos outros, fundado nos vínculos afetivos.²⁶⁰

A família, em sentido atual, “rompendo-se com a superação do modelo clássico assentado na família tradicional do século XVIII até meados do século XX, pode ser entendida como o lugar privilegiado de abrigo, ninho de solidariedade com base no afeto”, nas palavras de Ana Carla Harmatiuk Matos.²⁶¹

Luiz Edson Fachin estabelece que os alicerces da família contemporânea realizam-se em um *tripé*, diversidade, comunhão e tolerância:

Mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural de tolerância. Tripé de fundação, como se explica. Diversidade cuja existência do outro torna possível fundar a família na realização pessoal do indivíduo que respeitando o ‘outro’ edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pelas substâncias de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões.²⁶²

Carlos Eduardo Pianovski Ruzik, acerca da proteção da individualidade e do projeto constitucional da felicidade, afirma que o “eudemonismo não se confunde com o individualismo: a solidariedade familiar, como alteridade, é indissociável da concepção eudemonista tal como apreendida pelo direito. A liberdade plural que

²⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional**. p. 252.

²⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 55.

²⁶¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. p. 27.

²⁶² FACHIN, Luis Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. p. 318.

permite a cada um fazer o que valoriza, buscando nessa medida a felicidade é coexistencial”.²⁶³

Por meio do princípio da solidariedade, segundo Paulo Lôbo, desenvolve-se o "cuidado como valor jurídico". Para o autor esta variável desponta nos estatutos tutelares das pessoas vulneráveis, como a criança, a mulher e o idoso. Assim o cuidado recebe força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada desta. “O direito positivo tem avançado, procurando estabelecer teias legais de solidariedade para os que são considerados juridicamente vulneráveis nos âmbitos do direito de família ou conexos, a saber, as crianças e os adolescentes (ECA), os idosos (Estatuto do Idoso), as vítimas de violência doméstica (Lei Maria da Penha), os necessitados de alimentos (legislação específica)”.²⁶⁴

Segue Paulo Lôbo apontando essa transmutação conceitual da solidariedade no ambiente de família:

Há solidariedade quando há afeto, cooperação, respeito, assistência, amparo, ajuda, cuidado; o direito os traz a seu plano, convertendo-os de fatos psicológicos ou anímicos em categorias jurídicas, para iluminar a regulação das condutas. Cada uma dessas expressões de solidariedade surge espontaneamente, nas relações sociais, como sentimento. Mas o direito não lida com sentimentos e sim com condutas verificáveis, que ele seleciona para normatizar. Assim, o princípio da solidariedade recebe-os como valores e os transforma em direitos e deveres exigíveis nas relações familiares.²⁶⁵

A partir do paradigma da solidariedade, a função social do Direito de Família é contribuir para a formação de indivíduos éticos, morais que respeitem a existência e o valor dos outros seres humanos.²⁶⁶

Afirma Michele Perrot:

²⁶³ RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** p. 327.

²⁶⁴ LÔBO, Paulo. Princípio constitucional da solidariedade nas relações familiares. In: CONRADO, Marcelo. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coords.). **Direito Privado e Constituição.** p. 329

²⁶⁵ Ibidem. p. 331.

²⁶⁶ CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo.** p. 215.

Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexos e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho.²⁶⁷

Aplicações diretas do princípio da solidariedade e a forma com que ingressam no cenário familiar constituem objeto do terceiro capítulo.

²⁶⁷ PERROT, MICHELE. O nó e o ninho. In: **Reflexões para o futuro**. p. 75-81.

A SOLIDARIEDADE FAMILIAR E A COEXISTÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA FAMÍLIA

3.1 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado de Direito Liberal caracterizou-se pela não intervenção, ou mínima intervenção do Poder Público nas relações privadas. O dogma da autonomia da vontade, típica do individualismo no direito privado dos séculos XVIII, XIX e meados do século XX, regeu a ordem jurídica civil, abstraindo possibilidades quanto à necessidade e interesse de tutela pública na esfera privada.

Justificava-se até certo ponto o não reconhecimento da invasão pública na seara privada, pela falta de uma perspectiva de que em dado momento histórico a força do poder econômico determinaria a supremacia de um indivíduo frente ao outro no entorno de relações entre particulares. Essa percepção é recente no atual estágio das relações público-privadas.

O Estado Social em oposição ao Estado Liberal dirige-se à maior intervenção nas relações privadas, fundado na ideia de realização de justiça social, de igualdade material e não meramente formal e no reconhecimento de relações jurídicas que importem em déficit de igualdade ou suficiência, não mais somente na relação Estado-indivíduo, como também entre indivíduos.

Eis a afirmação de Paulo Lôbo no que tange a esse processo de intervenção:

O Estado social, desenvolvido ao longo do século XX, caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, tendo por fito a proteção dos mais fracos. Sua nota dominante é a solidariedade social ou a promoção da justiça social. O intervencionismo também alcança a família, com intuito de redução dos poderes domésticos – notadamente do poder marital e do poder paterno -, da inclusão e equalização de seus membros e na compreensão de seu espaço para a promoção da dignidade da pessoa humana.²⁶⁸

²⁶⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 34.

É em nome da solidariedade social e da função social das instituições como a propriedade e o contrato, que o Estado Social começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de *normas de ordem pública*. Trata-se da proteção do lado mais fraco²⁶⁹ na relação jurídica como o consumidor, o locatário, o empregado, em face da constitucionalização do direito privado.²⁷⁰

Em que tenha o Estado, em dado momento, a obrigação e necessidade de intervir nas relações decorrentes do trato jurídico familiar é certo que essas acontecem na esfera da mais alta intimidade e privacidade dos indivíduos em espaço de afeto. Assim, ao Estado, ao menos em tese, é vedada a ingerência na esfera individual por meio do direito, sendo ao indivíduo lícito proceder onde não atuar esse mesmo direito. Gustavo Tepedino aponta para o cenário jurídico onde se desenvolve a família, e a tutela que lhe é dispensada:

O fato de os princípios de ordem pública permearem todas as relações de família não significa ter o direito de família migrado para o direito público; devendo-se ao reverso, submeter a convivência familiar, no âmbito do próprio direito civil, aos princípios constitucionais de tal maneira que a família deixe de ser valorada como instituição, por si só merecedora de tutela privilegiada, como quisera o Código de 1916 em favor de uma proteção funcionalizada à realização da personalidade e da dignidade dos seus integrantes, como quer o texto constitucional.²⁷¹

Orlando Gomes alertava para esse fenômeno, eis que pelos sujeitos envolvidos, as relações de família travam-se entre particulares, embora tutelados pelo Estado, sujeitos a fiscalização e controle a vista da importância que tem a família para

²⁶⁹“A razão de ser, primeira e última dos direitos fundamentais sempre foi fixar limites ao poder. Assim, reconhecidos os abusos que também os sujeitos privados podem cometer no âmbito de suas relações com outros particulares, os direitos fundamentais também devem exercer papel de limite negativo a sua autonomia privada, limite que se impõe com mais rigor quanto maior for a desigualdade real entre as partes de uma relação jurídica caracterizada notoriamente pelo desequilíbrio dos poderes de fato”. (PEREIRA, SumayaSaadyMorhy. **Direito fundamentais e relações familiares**, p.71-72).

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalização e constitucionalização do direito: o trunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. p. 735.

²⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. p. 21.

a comunidade limitando a autonomia da vontade, sem, contudo, obstruir seu propósito, o de fomentar o desenvolvimento da personalidade do indivíduo.²⁷²

É no universo das liberdades e nos espaços de não intervenção em que ao Estado é defeso imiscuir-se que se verifica a formação da família afetiva e solidária. A liberdade e a individualidade são os motes dessa nova instituição, na qual o que menos importa são os mecanismos de proteção colocados à disposição pelo Estado para regular a relação, até porque jamais poderão ser deflagrados se preservados na unidade familiar seus objetivos de realização da felicidade. É a ponderação que faz Carlos Eduardo Pianovski Ruzik:

Uma questão relevante diz respeito à definição do sentido que a “busca pela felicidade” deve receber. Por evidente não se pode pensar no Direito como artífice da felicidade individual. Trata-se a rigor, de se pensar em instrumentos jurídicos que protejam a possibilidade de que as pessoas venham a livremente buscar essa felicidade.

O valor atribuído a essa liberdade pelos indivíduos e os rumos a que essa liberdade acaba por conduzir não são direcionadas pelo jurídico. A este cabe, porém, oferecer instrumentos para que o exercício da liberdade não seja a aniquilação da liberdade e da dignidade do outro. Ao cancelar exercícios de liberdade positiva e reconhecer a normatividade que dali emerge, o Direito pode estar a oferecer a resposta possível à frustração do caminho coexistencial de busca da felicidade. Caminho esse que, nem por isso, pode deixar de ser reputado livre.²⁷³

As diferenças sociais demonstram que a igualdade entre indivíduos é meramente formal, a opressão do homem pelo homem desigual. Se no passado somente o Estado era, em potencial, o ente opressor por excelência, o mundo contemporâneo demonstrou existir um novo opressor, um novo *inimigo* real contra quem é necessária defesa, mas cujas armas podem ser as mesmas usadas frente ao poder supremo outrora atribuído ao Estado.

Hodiernamente as relações privadas imiscuíram-se em situações que até então eram eminentemente públicas, as grandes sociedades de economia mista, as multinacionais, as concessionárias de serviços públicos demonstram isso. Desse modo,

²⁷² GOMES, Orlando. **Direito de família**. p. 14.

²⁷³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**.p. 326-327.

as forças públicas, agressoras em potencial, monopolizadas pelo Estado, que ameaçavam outrora o indivíduo, hoje também são exercidas por particulares.

Gustavo Tepedino adverte sobre as causas de imbricação entre os ramos do direito: “[...] com as necessidades da sociedade industrial, mostram-se, no entanto abaladas pela crescente demanda da sociedade tecnológica, onde a economia massificada e os avanços científicos perturbam a demarcação antes cristalina dos territórios do direito público e do direito privado”.²⁷⁴

Nesse contexto, o indivíduo hipossuficiente, frente a outro indivíduo, passa a protagonista, não só vitimizado pela ação potencial suprema do Estado, mas também pelo flanco privado. Sumaya Pereira apresenta o problema:

De fato não são poucas as relações jurídicas entre particulares onde se pode constatar que as partes não dispõem realmente da mesma liberdade em manifestar sua vontade, em optar por diferentes possibilidades, ou não dispõem das mesmas possibilidades de discutir sobre o conteúdo de um negócio jurídico. Essas situações ocorrem quando o exercício de sua liberdade – acaba por anular a liberdade da parte mais debilitada, que muitas vezes, encontrando-se em um estado de dependência ou de tamanha necessidade, não tem, de fato, outra alternativa senão aceitar as condições estabelecidas pela parte mais forte.²⁷⁵

É na eficácia horizontal dos direitos fundamentais que se fomenta a discussão acerca de sua atuação no campo do direito privado, frente ao grau de vinculação que esse direito pode adquirir na relação entre particulares, eis que todos os integrantes dessa relação são detentores dos mesmos direitos fundamentais, a chamada posição igualitária na esfera de proteção individual.

A viabilidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas tem como fundamento a desigualdade material das partes em conflito, eis que estando uma delas em posição de hipossuficiência, presumidamente seria viciada sua expressão da vontade, vez que restrito o campo de liberdade, decorrente da fragilidade imposta, contaminando a validade da relação privada, o que determinaria a deflagração da proteção constitucional contra o particular.

²⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. p. 56.

²⁷⁵ PEREIRA, SumayaSaadyMorhy Pereira. **Direitos fundamentais e relações familiares**. p.42.

Sumaya Pereira apresenta os mecanismos a serem utilizados pelo indivíduo frente à nova ameaça. São velhos escudos contra os novos ataques:

A chamada teoria dos poderes privados contribuiu para proporcionar um questionamento em torno da autonomia privada, revelando que a decisão incondicional a esse princípio das relações privadas pode gerar na verdade, a garantia de impunidade a violações de direitos fundamentais por parte de entes privados poderosos. Consequentemente favorecendo o crescimento da conscientização da necessidade de limitar os poderes sociais para garantir a defesa dos direitos de todos os indivíduos, protegendo os mais fracos nas relações marcadas pela desigualdade de fato, a teoria dos poderes privados acabou fortalecendo o reconhecimento da existência de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ou seja, o reconhecimento de que os direitos fundamentais devem atuar, na verdade, como forma de defesa contra toda e qualquer opressão independentemente de onde seja proveniente, seja de entidades públicas ou de sujeitos privados.²⁷⁶

Em outra concepção protecionista, pode-se afirmar ser inconcebível imaginar que a eficácia dos direitos fundamentais fosse oponível somente contra ações potenciais do Estado, eis que a força vinculativa de proteção constitucional espalha-se indistintamente por todo o ordenamento, contra qualquer forma de violência, dada a denominada funcionalidade das normas constitucionais.

Sumaya Pereira, quanto ao alcance da esfera de proteção, afirma que “os direitos fundamentais passam a ser compreendidos em sua dimensão objetiva, ou seja, como normas objetivas que incorporam valores cuja proteção independe da natureza pública ou privada de uma relação jurídica e cuja proteção afeta todos os Poderes do Estado, inclusive o Judiciário”.²⁷⁷

Segue Sumaya Pereira afirmando que a efetividade dos direitos fundamentais nas relações privadas é indiscutível, “cabendo ao operador do direito, diante do caso concreto, aquilatar a medida de sua aplicabilidade, não se podendo negar que ao juiz caberá sempre a importante função de realizar a concreção dessa eficácia, como protagonista na função de aplicação do Direito e a adequação das normas – e também das normas de direitos fundamentais – ao caso concreto”.²⁷⁸

Diversas são as teorias que tratam da eficácia dos direitos fundamentais na esfera jurídico-privada. A primeira, denominada Teoria direta ou imediata, apresentada

²⁷⁶Ibidem, p. 43.

²⁷⁷PEREIRA, Sumaya Saady Morhy Pereira. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares**. p. 46.

²⁷⁸Ibidem, p. 64.

e delineada por Nipperdey, apregoa que “os direitos fundamentais não se limitam a afirmar a liberdade do indivíduo perante o Estado, mas também perante a sociedade”.

²⁷⁹ Portanto, “os direitos fundamentais não restringem sua eficácia no plano estatal”

²⁸⁰ oponíveis, desse modo, *erga omnes*, tutelando a relação cidadão-Estado e cidadão-cidadão.

Na contramão da apontada teoria, criticada no que tange ao poder atribuído aos juízes dado o grau de indeterminação das normas de direitos fundamentais e ao afastamento da autonomia privada²⁸¹, surge a Teoria indireta ou mediata.

Seu precursor, Günter Dürig, prega a relativização da Teoria imediata, de forma que os direitos fundamentais não seriam oponíveis diretamente aos particulares, merecendo intermediação do legislador ou, na sua falta, do juiz, conservando, assim, a autonomia privada.²⁸²

Desdobramento da Teoria mediata, a Teoria dos deveres de proteção atenua o rigor desta no que se refere à aplicação dos direitos fundamentais como direito subjetivo dos particulares. Seu principal defensor, Canaris, sustenta que os direitos fundamentais se vinculam diretamente apenas em relação aos poderes públicos e no que tange às leis e decisões judiciais, quedando excluídos atos de direito privado, constituídos por negócios jurídicos e atos ilícitos.²⁸³

Rosalice Fidalgo Pereira, no que se refere a essa Teoria preconiza que “na perspectiva enunciada por Canaris, o Estado desempenha um papel defensivo e outro protetivo: o primeiro, designado de “proibição de intervenção”, obriga o ente estatal a se abster de violar os direitos fundamentais, enquanto o segundo, designado de “imperativo de tutela”, impõe-lhe o dever de proteger os particulares da agressão de seus direitos, promovidas por sujeitos de Direito Privado”.²⁸⁴ Essa é a teoria

²⁷⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**, p. 60.

²⁸⁰ Idem.

²⁸¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**, p. 64.

²⁸² Idem.

²⁸³ Idem.

²⁸⁴ Idem.

predominante no cenário jurídico alemão, caminho não seguido pelo sistema jurídico brasileiro que trata como imediata a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.²⁸⁵

Com fundamento na teoria imediata da eficácia dos direitos fundamentais, afirma-se a plena aplicabilidade das normas de direito público nas relações privadas sempre que a desigualdade material da relação oprimir uma parte considerada, no caso concreto, mais fraca, a ponto de necessitar da tutela pública que até então somente era oponível contra ações do Estado.

Sumaya Pereira aderindo este posicionamento afirma que o Estado deve proteção contra as agressões aos bens jurídicos fundamentais assegurados, inclusive quando essas agressões forem oriundas de outros particulares. “No exercício desse dever de proteção, o Estado promove a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, de forma indireta, por mediação do legislador e, subsidiariamente, pelo julgador, por meio da interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais”.²⁸⁶

Conclui Sumaya Pereira sobre a eficácia das normas de proteção constitucional especificamente sobre as relações do Direito de Família:

A proteção da família como instrumento para realização de seus membros não exime obrigações do Estado, como também não relega suas funções a papel subsidiário, mas ao contrário, inserida em sistema misto, intensifica ainda mais a vinculação dos Poderes públicos como obrigados a um dever de proteção dos direitos fundamentais, impondo-lhes ainda, no âmbito familiar, o dever de garantir às famílias as condições e os recursos necessários para o desempenho de suas funções – como estabelece expressamente o § 7º do artigo 226 da Constituição.²⁸⁷

Traçando paralelo entre a proteção da família como instituição e a proteção do indivíduo na esfera de tutela de seus interesses, Gustavo Tepedino afirma que a família, com a Carta de 1988, 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 medida em que – se constitua

²⁸⁵ Idem.

²⁸⁶ PEREIRA, SumayaSaadyMorhy Pereira. **Direitos fundamentais e relações familiares**. p. 67.

²⁸⁷ Ibidem, p. 115-116.

em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e da promoção da dignidade de seus integrantes.²⁸⁸

Evidente que não será a lei responsável pela imposição do dever de fidelidade, de respeito, de solidariedade, de afeto, ou de igualdade dentro da entidade familiar, eis que no espaço reservado à intimidade esses sentimentos devem representar a vontade individual dos participantes da relação, mas necessitam ser, de igual modo, objeto de observação e tutela permanente do Estado.

Essa tutela não é a proteção típica da instituição família como outrora se concebia, mas uma proteção dirigida aos seus integrantes como forma de proteção de direitos fundamentais; a vertente mudou e contempla proteção específica ao indivíduo destinatário final da norma enquanto sujeito de direitos e não membro da instituição família.

Essa postura não interventiva do Estado, respeitando o espaço íntimo do indivíduo, é o que Silvana Carbonera denomina de reserva de intimidade, “representada por um espaço não legislado, de modo que a plena realização das personalidades e o desenvolvimento individual seja possível num espaço relacional.”²⁸⁹

Embora deva ser considerado o dissenso acerca da forma *sui generis* em que há intervenção do Estado na esfera de proteção da família objetivando a satisfação dos objetivos trilhados pelo Estado Social de Direito, quando traça um itinerário de proteção de seus indivíduos, é certo que tênue é a linha de possibilidade de atuação a se admitir.

Isso se verificará quando e somente quando se constatar a necessidade de preservação da dignidade de um membro da família marginalizado, em posição de hipossuficiência a reclamar equilíbrio, em tutela individual e específica, sob pena de, em agir de forma diferente, estar o Estado imiscuindo-se no direito à privacidade e invasivo nos limites delimitados pelos próprios membros da família.

²⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. p. 422.

²⁸⁹ CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva da intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade**. p. 242.

O espaço familiar é construído tendo como regras aquilo que se convencionou pelos indivíduos como dever, como a fidelidade, o respeito, a solidariedade, o afeto e não a figura típica de uma relação pré-concebida pelo Estado, o que por si só justifica a não intervenção estatal no ambiente pacífico e de conforto, o que não impede, no entanto a observação e a vigilância pelo ente público.

A necessidade de tutela estatal reside na zona de litígio e desconforto onde os deveres não são mais respeitados, quando então permitido à parte que se sentir violada nos seus direitos fundamentais, postular pela proteção justificada do Estado, como ocorre nas questões patrimoniais, nos alimentos entre pais e filhos ou entre cônjuges, companheiros.

Pondera Silvana Carbonera, ao afirmar que a existência de uma reserva de intimidade na conjugalidade “implica reconhecer que a intervenção estatal pode e deve existir na medida necessária e suficiente para dar condições de implementação às relações conjugais, reconhecendo e respeitando a dignidade e a personalidade”.²⁹⁰

Ao contrário do que ocorreu nas relações codificadas, nas quais a presença do Estado era intervencionista com a determinação de regras rígidas para e entre os cônjuges, hoje o que se busca é a perfeita sintonia entre a entidade familiar de fato fundada no afeto, com função de realização de felicidade, e nos princípios constitucionais que conformam a família constitucional contemporânea.

3.2 A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR NO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição, segundo preleciona Alenilton da Silva Cardoso, “transformou-se no filtro por meio do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional, importando

²⁹⁰CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva da intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade.** p. 267.

isso na constitucionalização do direito, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance aos seus ramos tradicionais e autônomos”.²⁹¹

Dada a influência que exerce, de forma direta, por meio de normas operativas, seja indireta, com a transformação do espírito informador do direito, a Constituição de 1988, que cuidou de situações até então mais afetas ao direito privado, impôs a esse aparência diversa, mais voltada à ética e ao social²⁹², já que a releitura necessária da legislação ordinária induz à reinterpretação dos dispositivos sob o enfoque da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

O mesmo autor segue expondo que “o que importa além da supremacia da Constituição, é a valoração conferida pela mesma aos direitos humanos fundamentais, cristalizando-se, por conseguinte, o paradigma contemporâneo do constitucionalismo social e democrático”²⁹³, denominando esse novel sistema de “eficácia horizontal” ou “vinculação dos particulares” aos direitos fundamentais, segundo Wilson Steinmetz citado por Alenilton Cardoso.²⁹⁴

Com esteio nessa nova sistematicidade produzida, os direitos fundamentais se configuram não somente como garantias aos cidadãos frente ao Estado, mas também como uma nova ordem de valores que reflete diretamente nas relações privadas.

Paulo Lôbo afirma que liberdade, justiça e solidariedade são os objetivos supremos que a Constituição consagrou para a realização da sociedade fraterna, após os duzentos anos da tríade apregoada pela Revolução Francesa. Do mesmo modo são os valores fundadores da família brasileira atual como lugar para a concretização da dignidade da pessoa de cada um de seus membros, iluminando aplicação do direito.²⁹⁵

O homem não se realiza somente em si e por si mesmo, precisa do outro para seu pleno desenvolvimento e o elo colmatador do espaço de mútua reciprocidade é a

²⁹¹ CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. p. 164.

²⁹² Idem.

²⁹³ CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. p. 165.

²⁹⁴ Idem.

²⁹⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 36.

solidariedade como representação do sentimento de alteridade. As relações de família, estruturadas a partir da afetividade, são reconhecidas como fato cultural, social e não natural decorrente da consanguinidade.

A alteridade e os sentimentos afetivos que integram o conceito de solidariedade familiar alicerçam a família instrumental, na qual o respeito aos espaços de liberdade, igualdade e tolerância dão a feição desse novo espaço de realização pessoal, valores que se alternam entre deveres e direitos.

A solidariedade no âmbito familiar é definida por Paulo Lôbo como “categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico; significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e auto-determinado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade”.²⁹⁶

O direito hodierno, em sentido diverso ao representado na família matrimonial e hierarquizada insculpido no código civilista do início do século XX, atribui proteção à pessoa como membro da instituição que integra, e à família como base da sociedade enquanto instrumento de satisfação das realizações pessoais. Paulo Lôbo diz que o grupo familiar permanece concebido como titular de direito, mas deve compartilhar essa titularidade com as titularidades de cada pessoa que o integra, sendo a solidariedade que permite a unidade familiar.²⁹⁷

Mas como se projeta a solidariedade, como se exterioriza sua mutação de valor, de fato a norma jurídica no ambiente da família? Paulo Lôbo leciona que as pessoas convivem no espaço familiar não por submissão a um poder incontrariável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres, inclusive na legislação infraconstitucional, a exemplo do Código Civil de 2002.²⁹⁸

²⁹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. p. 62.

²⁹⁷ LÔBO, Paulo. O princípio constitucional da solidariedade nas relações de família. In. CONRADO, Marcelo. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (coords.). **Direito privado e constituição.** p. 328-329.

²⁹⁸ Idem.

Dessa forma, o princípio norteador do texto constitucional – a dignidade da pessoa humana – fulcrado na solidariedade, vem refletindo na legislação ordinária, tornando os dispositivos legais relacionados ao âmbito do direito de família menos patrimonialistas e mais voltados às pessoas integrantes das relações familiares, resultado da prefalada horizontalização dos direitos fundamentais. Há solidariedade quando há afeto, cooperação, respeito, assistência, amparo, ajuda, cuidado; o direito os traz a seu plano, convertendo-os, de fatos psicológicos ou anímicos, em categorias jurídicas, para iluminar a regulação de condutas.²⁹⁹

O diploma civilista de 2002, ao qual os mandamentos principiológicos do texto constitucional já irradiam seus fundamentos, contempla hipóteses da solidariedade como norma jurídica, reconhecíveis, segundo Paulo Lôbo, nos seguintes dispositivos:

No Código Civil, podemos destacar algumas normas fortemente perpassadas pelo princípio da solidariedade familiar: o art. 1.513 do Código Civil tutela “a comunhão de vida instituída pela família”, somente possível na cooperação entre seus membros; a adoção (art. 1.618) brota não do dever, mas do sentimento de solidariedade; o poder familiar (art. 1.630) é menos “poder” dos pais e mais múnus ou serviço que deve ser exercido no interesse dos filhos; a colaboração dos cônjuges na direção da família (art. 1.567) e a mútua assistência moral e material entre eles (art. 1.566) e entre companheiros (art. 1.724) são deveres hauridos da solidariedade; os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos, para o sustento da família (art. 1.568); o regime matrimonial de bens legal e o regime legal de bens da união estável é o da comunhão dos adquiridos após o início da união (comunhão parcial), sem necessidade de se provar a participação do outro cônjuge ou companheiro na aquisição (arts. 1.640 e 1.725); o dever de prestar alimentos (art. 1.694) a parentes, cônjuge ou companheiro, que pode ser transmitido aos herdeiros no limite dos bens que receberem (art. 1.700), e que protege até mesmo o culpado (§ 2º do art. 1.694 e art. 1.704), além de ser irrenunciável (art. 1.707) decorre da imposição de solidariedade entre pessoas ligadas por vínculo familiar.³⁰⁰

O integrante de cada família representa aspirações aos direitos na unidade que integra, aspirações imateriais representadas pelos sentimentos afetivos, mas também materiais e assistenciais que possibilitam a subsistência conformando o máximo a ser extraído da entidade. Há, assim, uma expectativa de solidariedade como um dever

²⁹⁹ Ibidem, p. 331.

³⁰⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 64.

natural daquele que se aventura na relação, como também uma imposição que decorre da relação jurídica formada pelo afeto.

A família edifica-se pautada em sentimentos, expressados voluntariamente como elementos conformadores da união, deveres inerentes à relação que se convertem em direitos a partir da constatação de conflito e desequilíbrio entre os atores familiares. Assim acontece com a solidariedade, inicialmente um mero dever moral a ser satisfeito espontaneamente, convertido em direito pela necessidade de amparo à parte enfraquecida.

Kátia Boulos argumenta: “De acordo com o princípio da solidariedade, os parentes devem prestar auxílio uns aos outros, tanto no aspecto material quanto no aspecto imaterial. Ou seja, além do necessário para a subsistência física – alimentação, saúde, moradia –, importa assistência imaterial – moral, psicológica e espiritual –, refletindo a conjugação desses fatores o real solidarismo no ambiente familiar”.³⁰¹

Nessa esteira apresentam-se situações nas quais emprega-se o princípio da solidariedade para a solução de conflitos de ordem familiar, sempre na busca da realização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

3.3 O DIREITO AOS ALIMENTOS EM FACE DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Conforme já referido, o direito de família recebe a irradiação dos efeitos dos princípios constitucionais que asseguram o pleno direito de personalidade. Valores na forma de princípios asseguram a dignidade da pessoa humana por meio de outros princípios estruturantes, solidariedade e igualdade. Esses são os alicerces dessa nova família eudemonista, as quais se compõem das mais variadas formas de união, ligadas pelo mesmo elo, o afeto.

³⁰¹ BOULOS, Kátia. Artigo: Da guarda “com-parte-ilhada” à guarda compartilhada: novos rumos e desafios. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. **Grandes temas de direito de família e sucessões**. p. 70.

Na disciplina dos alimentos os princípios constitucionais específicos nunca foram tão caros, pois impõem como deveres e ao mesmo tempo convertem-nos em obrigação. Luiz Edson Fachin os conceitua no ordenamento jurídico, “afirmando que compreendem universo de prestações de cunho assistencial, consideradas prestações para a satisfação das necessidades de quem não pode provê-las por si só”.³⁰²

Na atual sistemática do ordenamento civil, o dever de prestar alimentos tem como fundamento a relação de parentalidade ou conjugalidade e o dever de solidariedade imposto aos membros da família. A primeira, que decorre do poder familiar, consistente na obrigação natural dos pais e integrantes da unidade familiar em sustentar os filhos e dependentes, como assegura o mandamento constitucional insculpido no artigo 227. A segunda arrima-se na necessidade de mútua-assistência imposta aos indivíduos pela opção da união fundada nos vínculos afetivos.

Integrante dos direitos sociais, inserido no art. 6º da Constituição Federal, o direito à percepção de alimentos representa expressão do bem viver, da proteção da integridade física e dos direitos de personalidade. Os alimentos têm como esteio o dever de mútua-assistência que se realiza pela opção pessoal do indivíduo ao buscar proteção em um ambiente familiar. São os vínculos afetivos assegurando um dever-obrigação de subsistência.

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira citado por Maria Berenice Dias, “a fundamentação do dever de alimentos se encontra no princípio da solidariedade, ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem uma família, independentemente de seu tipo: casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, socioafetiva (eudemonista), entre outras”.³⁰³

Os alimentos, como expressão da dignidade da pessoa humana, dentro dessa instituição repersonalizada em que a família existe para o indivíduo, passaram a

³⁰² FACHIN, Luis Edson. **Direito de família:** elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. p. 285.

³⁰³ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, p.514 *apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria geral dos alimentos, p.2 In: CAHALI, Francisco José (Coord.). **Alimentos no código civil.** São Paulo: Saraiva, 2005. p.1-20.

instrumento de solidariedade social, familiar e econômica, constitucionalmente assegurada através de princípios estruturantes elementares e de configuração conexas.

Assim, os membros de uma mesma família devem apoio moral e material recíprocos, de modo a garantir o bem-estar de todos, fato que deriva do dever moral e jurídico de solidariedade. Os alimentos têm seu fundamento no dever de cooperação e na viabilidade da subsistência do outro. Representa a divisão de responsabilidades materiais e imateriais que unem os integrantes de uma família, e o elo é a solidariedade.

O dever de prestar alimentos decorre do direito fundamental de preservação da vida com dignidade, assim assegura-se o mínimo necessário a quem deles precisa, a ser exigido de quem tem o dever legal de prestá-los, sendo a solidariedade familiar convertida em obrigação pessoal, mas por idêntico fundamento. Essa solidariedade deriva do respeito, do afeto, da assistência e da cooperação, sentimentos que afloram nos membros da entidade familiar.

A solidariedade, como dever ou direito, é que assegura o amparo recíproco entre os membros da família. Paulo Lôbo, tratando da família repersonalizada, na qual a tutela só se revela na proteção dos membros que a integram, segundo o que dispõe o art. 226 § 8º da Constituição, afirma que “o grupo familiar permanece concebido como titular de direitos, mas deve compartilhar essa titularidade com a titularidade de cada pessoa que o integra. É justamente a solidariedade que permite a unidade familiar”.³⁰⁴

Os mesmos sentimentos de solidariedade que integram a entidade familiar, manifestados pelo dever de mútua assistência, na esfera de tutela material e imaterial como moral, com o rompimento da vida em comum convertem-se em obrigação. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves essa relação:

³⁰⁴ LÔBO, Paulo. O princípio constitucional da solidariedade nas relações de família. In: CONRADO, Marcelo. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). **Direito privado e constituição**. p. 328.

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officium pietatis*, ou na *caritas*. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural. É inata da pessoa a inclinação da pessoa para prestar ajuda, socorrer e dar sustento.³⁰⁵

Na mesma esteira constitucional, o artigo 229³⁰⁶ converte esse dever moral solidário em responsabilidade jurídica, obrigando reciprocamente os membros da família a prestarem alimentos àqueles que deles necessitam, tanto que autoriza a prisão civil para o cumprimento da obrigação dessa natureza, consoante o que dispõe o artigo 5º, inciso LXVII³⁰⁷, da Constituição Federal.

Assim, é de se concluir que o fundamento do dever de prestar alimentos decorre naturalmente da mútua-assistência que deriva da solidariedade. Desse modo, nem mesmo a maioria civil extingue automaticamente o dever de sustento proveniente dos laços de parentalidade, eis que o dever de solidariedade não cessa com o desaparecimento do poder familiar.

Sob esse fundamento é que se tem reconhecido que os filhos têm direito, quando não dispuserem de meios para manutenção da vida acadêmica em ensino superior, de forma subsidiária, aos alimentos, remanescendo aos pais a obrigação, ainda que complementar, para proporcionar aos filhos o pleno desenvolvimento educacional. É no dever de solidariedade, convertido em obrigação, o permissivo para a extensão da obrigação para além da maioridade.

Sob o manto do princípio da solidariedade é que se concebem como possíveis as mais variadas formas de auxílio alimentar, de pai para filho, mesmo em se tratando de filiação socioafetiva, de filho para pai, entre cônjuges mesmo após o divórcio,

³⁰⁵ RIZARDO, Arnaldo, Direito de Família. p. 717 *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** p. 482

³⁰⁶ Constituição Federal de 1988 - Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

³⁰⁷ Constituição Federal de 1988 - Art. 5º *omissis* -LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

assim como nas uniões estáveis pós-dissolução, indiferentemente da atribuição de culpa.

Desse modo, a obrigação alimentar proveniente do dever de mútua assistência que deriva de obrigação natural na constância do casamento não cessa necessariamente com o divórcio. É o que se conclui do disposto no art. 1708 do Código Civil. Mas não é somente o vínculo jurídico que esteia a obrigação, essa se sustenta também no dever moral de assistência fulcrado na solidariedade.

Rodrigo da Cunha Pereira expõe que “a pensão alimentícia compensatória surge e ganha força no ordenamento jurídico brasileiro em consequência do comando constitucional de reparação das desigualdades entre cônjuges ou companheiros, que antes da ruptura do relacionamento se regiam pela mútua assistência, ao lado de outros deveres morais, tais como fidelidade, convivência e respeito mútuos”.³⁰⁸

Marco Aurélio Gastaldi Buzzi leciona a esse propósito:

[...] o dever de assistência material, também chamado dever de socorro, ou dever de ajuda, engloba a obrigação alimentar, com esta não se confunde, pois, enquanto o dever de assistência deve ser cumprido na constância da sociedade conjugal, a obrigação de alimentos surge com o término da convivência comum, isto é, com a separação de fato.

[...] Pode se dizer, mormente frente à ‘mens legis’, contida no novo Código Civil, que o compromisso de prover alimentos entre os cônjuges e companheiros, e acrescenta-se, também entre parceiros, como alguns julgados já estão reconhecendo em sede de matéria previdenciária, tem por fundamento não uma obrigação, como é típico no caso daqueles devidos em razão dos ‘jus sanguinis’, mas, antes de tudo, está lastrado em um sentimento de dever moral, em um compromisso de solidariedade, de caridade até, ante a relevância e qualidade dos laços e liames havidos entre os protagonistas de algo comum.³⁰⁹

Justificando a obrigação de alimentos devidos pós-ruptura da sociedade conjugal, Rodrigo da Cunha Pereira expõe que “o desfazimento de um casamento, especialmente daqueles que se prolongaram no tempo e tiveram uma história de

³⁰⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 230.

³⁰⁹ BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Alimentos transitórios**. p. 65-66.

cumplicidade e cooperação, não pode significar desequilíbrio no modo e padrão de vida pós divórcio”.³¹⁰

Sob a ótica do princípio da solidariedade é de se estender obrigações mesmo após o desfazimento do casamento porque, como diz Paulo Lôbo, “assistência diz respeito às atenções e cuidados devotados à pessoa do outro, o que socialmente se espera daqueles que estão unidos por laço de afetividade e amizade em seu grau mais elevado. Está vinculado à natureza humana de apoio recíproco e de solidariedade, nos momentos bons e nos momentos difíceis”.³¹¹ Os precedentes judiciais sobre o fundamento:

Apelação Cível - Direito de Família - Divórcio - Sucessão - Comunhão Universal de Bens - Herança - Meação - Impossibilidade - Sucessão aberta após a Separação de Fato - Pensão Alimentícia - Postulação pelo Cônjuge Varão - Possibilidade - Mútua Assistência - Princípio da Solidariedade - Ausência de prova da necessidade e da Possibilidade. Se, ao tempo da abertura da sucessão, o casal já estiver separado de fato, a herança recebida por um deles não se comunica, ainda que o regime seja o da comunhão parcial de bens. É cabível o pagamento de alimentos entre marido e mulher em virtude do dever de mútua assistência, bem como do Princípio da Solidariedade, balizador da obrigação alimentar entre os cônjuges. Nos termos do §1º do art. 1.694 do Código Civil, os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Não se afigura razoável que, após longo período de separação de fato, venha o ex-marido, sob o argumento de que não pode sobreviver às próprias custas, pleitear pagamento de pensão alimentícia à ex-mulher, mormente, se não demonstrou, de forma contundente, a sua necessidade de receber tal verba, bem como a possibilidade dela de suportá-la.³¹²

Ao tratar da família democrática, ou seja, célula básica da sociedade em um Estado Democrático de Direito, Rodrigo da Cunha Pereira preconiza que:

Para que se possa ter uma família democrática é necessário que se igualem os direitos entre homens e mulheres. Para isso é preciso que se façam compensações. Uma das formas de compensar o desequilíbrio econômico-financeiro entre os divorciados, independentemente do regime de bens entre eles, é estabelecer uma pensão alimentícia compensatória. Este tipo de pensionamento não está atrelado, obrigatoriamente, à clássica equação aritmética necessidade/possibilidade. A natureza da pensão compensatória serve para amenizar o desequilíbrio econômico, no padrão de vida de um dos cônjuges, por

³¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 230.

³¹¹ LÔBO, Paulo. O princípio constitucional da solidariedade nas relações de família. In. CONRADO, Marcelo. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). **Direito privado e constituição**. p. 334.

³¹² TJMG – Apelação Cível nº 1.0701.09.266467-4/001 – Uberaba – 4ª Câmara Cível – Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes – DJ 24.11.2010. (destacou-se).

ocasião do fim do casamento. Assim, o quantum alimentar é aquele que proporciona e equipara o mesmo padrão socioeconômico a ambos os divorciados.³¹³

Nessa esteira o citado autor ilustra:

O caso clássico a justificar esse tipo de pensionamento é o do cônjuge, historicamente a mulher, que, por acordo, ainda que tácito, passou sua vida dando o suporte doméstico para educação e criação dos filhos ou abriu mão de sua profissão em prol do outro cônjuge, e com isso possibilitou que ele se desenvolvesse profissionalmente, mas, por outro lado, tornou-se a parte economicamente mais fraca. Este tipo de pensão é também uma forma de se atribuir um conteúdo econômico ao “desvalorizado” trabalho doméstico. As normas jurídicas que dão suporte e autorizam a pensão compensatória, após o fim do casamento ou da união estável, advém dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, responsabilidade e dignidade humana.³¹⁴

Assim, não obstante a sociedade conjugal tenha sido rompida, o dever moral e jurídico de assistência pode ser mantido com fundamento na solidariedade e sempre com o escopo de assegurar a plena efetividade do princípio constitucional da dignidade humana. Trata-se de considerar a solidariedade como alteridade, na medida em que o outro está concretamente definido, possibilitando a coexistência de direitos fundamentais na família.

A união estável, entidade familiar legitimamente reconhecida pelo selo constitucional, ocupante de mesma graduação institucional constituída pelo casamento, menos formal, mas não menos importante, preserva os mesmos laços e compromissos das relações parentais e das conjugais.

O ônus alimentar decorrente de união estável, esta elevada, pela Constituição, à categoria de entidade familiar e, assim, protegida pelo Estado, possui mesma feição atribuída aos alimentos prestados após o fim do casamento. O dever de mútua assistência reconhecido entre cônjuges encontra-se de forma semelhante inserido na fórmula estrutural da união estável. Com sua dissolução, assim como acontece no divórcio, a mútua assistência transforma-se, pelos mesmos vínculos de solidariedade que a constituíram, em dever-obrigação prestacional de ajuda à subsistência.

³¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 230-231.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 231-232.

Com o reconhecimento constitucional, a legislação infraconstitucional tratou de delimitar o âmbito das relações domésticas que não se consumaram pelo matrimônio, mas que em tratamento nada é diferenciado, a não ser pela Lei nº 8971/94, que regulamentou especificamente a matéria, como se a Constituição já não o tivesse feito ao erigir o direito à igualdade como fundamento do Estado democrático de direito.³¹⁵

Maria Berenice Dias assevera que “os alimentos devidos aos companheiros em união estável decorrem do dever de mútua assistência, que existe durante a convivência e persiste mesmo depois de rompida a união. [...] Basta que um do par não consiga prover a própria subsistência e outro tenha condições de lhe prestar auxílio.”³¹⁶

Sempre com esteio na solidariedade derivada dos laços afetivos, não se pode olvidar do dever de prestar alimentos na hipótese de filiação, especificamente tratando da filiação socioafetiva, a qual dá ensejo a discussões acerca de direitos e deveres, incluindo o ônus alimentar.

A paternidade socioafetiva vem ganhando força em detrimento da paternidade biológica face às mutações oriundas da família contemporânea e, também, por não serem os laços sanguíneos os únicos a ensejarem a relação de pai e filho. Vale notar, inclusive, que a relação de afeto entre pais e filhos deriva não do vínculo biológico, mas da convivência, a justificar a preocupação com a filiação não decorrente de vínculo sanguíneo.

O novel modelo familiar, pautado na afetividade e não mais no matrimônio, fez emergir diversas situações não enfrentadas pela família clássica. Se o afeto foi erigido à categoria de lastro das estruturas familiares contemporâneas, por certo esteia também a relação de filiação e paternidade.

³¹⁵ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ROMPIDA ANTERIORMENTE AO ADVENTO DA LEI Nº 8.971, DE 29.12.94. A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, pode determinar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar. Precedentes da Quarta Turma. Recurso especial conhecido e provido, a fim de que, afastada a extinção do processo, o Tribunal a quo examine o mérito da causa. (STJ - Processo REsp 184807 / SP 998/0058351-3. Relator(a) Ministro Barros Monteiro - Quarta Turma - Data do Julgamento: 07/06/2001 DJ 24/09/2001 p. 308).

³¹⁶DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 514.

Preconiza Maria Berenice Dias que “a filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto”. Da filiação socioafetiva podem decorrer diversas situações geradoras de conflitos, como o ônus alimentar. Assim, deve alimentar quem desempenha as funções parentais.

Importa repisar que os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e do melhor interesse do menor se sobrepõem no que tange às questões afetivas à filiação, ao vínculo biológico, de modo que o reconhecimento da posse de estado de filho produz todos os direitos e deveres inerentes à paternidade, incluindo, por óbvio, o direito aos alimentos a fim de garantir o direito à vida e à vida digna.

Na esteira do ônus alimentar como decorrente do princípio da solidariedade surge, também, o dever de assistência aos idosos. O legislador constituinte ao instituir um vasto rol de direitos fundamentais assim o fez objetivando a proteção plena da dignidade da pessoa independentemente de classificação de gênero que se atribua ao indivíduo. Sujeito, muitas vezes, protagonista de abandono e exclusão, ora do Estado, ora da família, o idoso passa a receber proteção específica, com seu Estatuto, Lei nº 10741/2003.

À velha forma da política brasileira que remedia o descaso, legislando protetivamente, uma nova forma de discriminação, que cria desigualdade de tratamento pelos efeitos legislativos, compensa a falta de tratamento igualitário das mesmas classes que se protege.

O Estatuto, com suas regras específicas de proteção à vulnerável, objetiva, como as demais, de mesma natureza, assegurar direitos fundamentais inerentes à pessoa impondo obrigações à família, sociedade ou Estado, sendo o que se depreende do artigo 3º³¹⁷, da citada legislação infraconstitucional. Como outrora afirmado, o dever de prestar alimentos decorre do direito fundamental de preservação da vida e da integridade física, assegurando-se a subsistência a quem deles necessita.

³¹⁷Estatuto do Idoso - Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Tal obrigação, no entanto, não é só oponível aos entes da família, tendo o Estado também a incumbência de prover o necessário à subsistência de seus cidadãos em situação de abandono, tanto que o Estatuto do Idoso reconhece o encargo, ao prescrever em seus artigos 14 e 34 *caput*³¹⁸, o dever de assistência, assumindo uma responsabilidade fundada no dever geral de solidariedade social.

Em que pese essa possibilidade, são os parentes, cônjuges e companheiros preferencialmente chamados a prestá-los com arrimo em outro dever, da solidariedade, fundamento da relação familiar. Somente quando na ausência de parentes aptos a prover o sustento do idoso, a obrigação alimentar se transmite ao Poder Público, por meio da assistência social, ou seja, o Estado possui o dever de prestar alimentos àquele que não tenha como se sustentar, sem parentes que possam fazer, respeitando também o princípio da proteção integral.

Previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como é cediço, arrima todo o ordenamento jurídico pátrio, devendo, pois, em qualquer hipótese, ser respeitado, tanto no que tange às relações jurídicas públicas como às privadas, sob pena de desobediência a todo sistema.

Destarte, as relações jurídicas familiares devem ser orientadas neste mesmo sentido, o que culmina com a extensão do dever alimentar, deixando à margem de qualquer discussão, na hipótese de alimentos devidos após a constância do casamento ou a dissolução da união estável, até mesmo o elemento culpa outrora levado em conta.

³¹⁸Estatuto do Idoso - Art. 14. Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social. Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

3.4 O DIREITO À IGUALDADE DE TRATAMENTO DE FILIAÇÃO E A SOLIDARIEDADE FAMILIAR

O meio pelo qual, através de ato jurídico solene conferido por sentença judicial, rompem-se os laços biológicos, reconhecendo laços afetivos, por instrumento pleno de filiação e conseqüente estabelecimento de igualdades de direitos na família é o que se denomina por adoção³¹⁹. Juridicamente é o que bastaria à conceituação.

Mas adoção não é isso, ou ao menos, só isso; essa é forma como se exterioriza uma situação amparada pelo direito. Adoção é ato de bondade, de generosidade, de sentimento que agrega e acolhe o ‘estranho’, autêntica vocação para o amor.

Luiz Edson Fachin identifica que “na adoção os laços de afeto se viabilizam desde logo sensorialmente, superlativando a base do amor verdadeiro, que nutrem entre si pais e filhos”.³²⁰ E conclui que o que determina a verdadeira filiação não é a descendência genética, mas os laços de afeto que são construídos, em especial, na adoção.³²¹ Desprezam-se com isso os laços biológicos de modo a preservar os laços afetivos, os sentimentos de pertencimento que unem integrantes de uma mesma família.

Rodrigo da Cunha Pereira observa que “o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sanguínea, mas o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos”.³²² E acrescenta que:

³¹⁹A adoção no modelo jurídico pátrio é regida pela Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990 que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 39). A Lei 12010 de 03 de agosto de 2009, considerada Lei Nacional da Adoção alterou o Estatuto e revogou os dispositivos específicos constantes do Código Civil de 2002.

³²⁰ FACHIN, Luis Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. p. 238.

³²¹ FACHIN, Luis Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**.p. 241.

³²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 215.

A filiação biológica não é nenhuma garantia de experiência da paternidade, da maternidade ou da verdadeira filiação. Portanto, é insuficiente a verdade biológica, pois a filiação é uma construção que abrange muito mais do que uma semelhança entre DNA. Afinal, o que é essencial para a formação de alguém, para que possa tornar-se sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que uma pessoa tenha em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e de mãe. A presença do pai ou da mãe biológicos não é nenhuma garantia de que a pessoa se estruturará como sujeito. O cumprimento de funções paternas e maternas, por outro lado, é o que pode garantir uma estruturação biopsíquica saudável de alguém. Por isso, a família não é apenas um dado natural, genético ou biológico, mas cultural, insista-se.³²³

A trilha da adoção, na qual predominou a desigualdade entre os filhos adotados e os legítimos, desaparece definitivamente pela proteção integral dos filhos biológicos ou não, determinada no mandamento prescrito no art. 227, § 6º, da Constituição Federal³²⁴, estabelecendo a total paridade de tratamento e sem discriminações, perseverando o preceito da família socioafetiva, corolário do princípio da igualdade, assegurado pelo artigo 5º, do texto constitucional e ratificado pelo diploma civil em seu artigo 1596.

Referido preceito constitucional reconhece a igualdade de direitos dos filhos adotados, afastando, por completo, o ranço discriminatório que incidia sobre o denominado ‘filho adotivo’. O processo de adoção torna plenos e definitivos a condição de filho e o vínculo afetivo com a entidade familiar que assim o reconhece.

Com propriedade observa Paulo Lôbo que “a desigualdade entre filhos, particularmente entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos era a outra e dura face da família patriarcal que perdurou no direito brasileiro até praticamente os umbrais da Constituição de 1988”.³²⁵

Com a adoção, a origem da filiação se dissipa, demonstrando a opção, pelo constituinte, da família socioafetiva, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade, especificamente nesta hipótese, da igualdade entre os filhos.

³²³ Ibidem, p. 215-216.

³²⁴ Constituição Federal de 1988 - Art. 227- É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. §6º - Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

³²⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 218.

No que tange ao princípio da igualdade aplicável nas relações de filiação, Adriana Fasolo Pilati Scheleder e Renata Holzbach Tagliari dispõem que “a relação entre a dignidade da pessoa humana e o direito a inclusão familiar encontra respaldo no princípio da igualdade, que vê na desbiologização das relações de filiação, a garantia da aplicação do sentido real da família contemporânea, qual seja, a afetividade”.³²⁶ Seguem as mesmas autoras afirmando que:

Quando se invoca os princípios da dignidade humana e da igualdade como elementos essenciais na legitimação do afeto, estamos nos reportando inclusive ao direito transindividual de viver em ambiente saudável e sustentável. Nos reportamos, portanto, a melhor qualidade de vida (e, conseqüentemente, vida digna) inclusive às gerações futuras, partindo-se do pressuposto de uma concepção ampla acerca do que seja essa dignidade, olhando além da postura (simplista) biológica.³²⁷

A função da adoção é eminentemente social, instrumento de solidariedade familiar, pois não obstante satisfaça espiritualmente os integrantes da família receptiva, sua nobreza está em assegurar ao indivíduo abandonado, em posição de adotado, as condições para se desenvolver em um ambiente saudável, onde impere o afeto e o respeito, espaço de amor apto à satisfação da formação de personalidade com dignidade, ambiente familiar capaz de propiciar tudo que for preciso ao alcance das necessidades materiais e imateriais da pessoa, atento ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Essa nova ordem que assegura a igualdade de direitos entre os filhos biológicos e adotados representa uma concepção constitucional no sentido de reconhecimento da família socioafetiva, prestigiando os laços não biológicos tão comumente discriminados até meados do século passado.

Essa paternidade socioafetiva determina-se pela corresponsabilidade, pela convivência, mútua assistência e solidariedade dispensadas; é a família sociológica em oposição à natural, aquela integrada somente pelo amor e pela felicidade de seus membros. Paulo Lôbo argumenta que “a filiação não é um dado da natureza, mas uma

³²⁶ SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; TAGLIARI, Renata Holzbach. **O princípio da solidariedade, a teoria humanista e os direitos humanos fundamentais como meios de valorização do afeto quando do estabelecimento de vínculos de filiação.**

³²⁷ Idem.

construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem. Nesse sentido, o filho biológico é também adotado pelos pais no cotidiano de suas vidas”.³²⁸

Ponto de partida é reconhecer que a adoção representa direito fundamental da criança e do adolescente, como corolário de princípios emergentes do texto constitucional, como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar, em nível estruturante e ainda na categoria de princípios específicos, o do melhor interesse do menor, da convivência familiar e da afetividade.

Esse ‘melhor interesse do menor’ compreende, na verdade, um direito à vida digna em ambiente familiar afetivo, conforme previsto na Declaração Internacional dos Direitos da Criança de 1989, cujo texto encontra-se reproduzido na Lei nº 8069/90, Estatuto da Criança e Adolescente, em seu artigo 4º.³²⁹

A adoção representa a forma mais nobre de consagração do princípio solidário, eis que não decorre de laços de consanguinidade ou de parentesco direto, mas tão somente do desejo afetivo, da vontade de proporcionar felicidade, de satisfazer as necessidades pessoais de outrem e, isso, de forma altruística e generosa. Sua função é típica de tutela, proteção e promoção de direitos fundamentais, desenvolvimento pleno em família substituta.

A relevância da adoção na estrutura familiar é a de reafirmar o papel da família constitucional eudemonista, peculiarmente afetiva, eis que por si só os laços de hereditariedade não conferem, necessariamente, entre pais e filhos, a garantia do amor e todos os consectários que determinam o pleno desenvolvimento da pessoa no espaço familiar.

Presta-se, a adoção, precipuamente, a atender o interesse do adotado – menor, que desde a entrada em vigor da Lei 8.069/90, passou a ser sujeito de direitos e não

³²⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**, p. 273.

³²⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente - Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

somente objeto de direito dos pais³³⁰ —, homenageando o princípio do melhor interesse do menor, dando uma família a esse que não a tem, outorgando-lhe o *status* de filho, ainda que não possua vínculo biológico com os pais. Nas palavras de Estela Mayumi Takahashi, “a lei visou a dar prioridade ao *melhor interesse da criança e do adolescente*, deixando de atender tão somente aos interesses particulares dos adotantes, sem, contudo, ignorá-los”.³³¹

Dessa feita, resta superada a ideia reinante no Código Civil de 1916, que apregoava a adoção como um meio de dar filhos a quem não os tinha³³², daí porque se admitia o tratamento desigual entre filhos legítimos e adotados, já que se buscava, por meio da adoção, apenas a satisfação do interesse dos adotantes.

Os laços biológicos fenecem e a filiação socioafetiva desponta como mecanismo de desenvolvimento da criança e do adolescente em família, conscientemente assumida para tal desiderato. “A adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade”, afirma Maria Berenice Dias.³³³

Envolvida em laços de afetividade por opção é que a adoção desponta no cenário jurídico. Clarice Arnold pondera que a adoção está revestida da solidariedade, pois tem por objetivo primordial atender aos interesses de crianças e adolescentes desprovidos de atenção, de respeito, de amor e de um lar e que, através de medidas preventivas e protetivas tenham todo o suporte necessário para seu crescimento e desenvolvimento como um ser humano digno.³³⁴

Em julgamento de Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça, em hipótese de Adoção de menor em situação de risco, vítima de violência sexual

³³⁰ TAKAHASHI, Estela Mayumi. A adoção no Brasil. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coords.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. p. 284.

³³¹ Idem.

³³² ZULIANI, Ênio Santarelli. Adoção no ordenamento jurídico atual. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (Coords.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. p. 242.

³³³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 483.

³³⁴ ARNOLD, Clarice Paim. **Adoção tardia: do estigma à solidariedade**. p. 3.

praticada por padrasto, cuja mãe, menor impúbere, entregou o filho para adoção, a Ministra Nancy Andrighi, relatora, enalteceu os princípios conformadores desse novo modelo de família constitucional para dar provimento ao recurso manejado, reconhecendo o direito dos autores adotantes à filiação na forma como se verifica no julgado abaixo colacionado:

Observa que, entre os direitos materno-biológicos e os parentais-socioafetivos, deve ser assegurado primeiro o interesse da criança como elemento autorizador da adoção (arts. 6º e 43 do ECA), garantindo-se as condições básicas para o seu bem-estar e desenvolvimento sociopsicológico. Afirma não ignorar o sofrimento da mãe biológica da adotanda nem os direitos que lhe são inerentes, porém, a seu ver, nem aquele nem esses são esteio suficiente para fragmentar a única família de fato que a criança conhece, na qual convive desde a tenra idade; **se ocorresse a separação, seria afastar a criança de suas únicas referências de amor, solidariedade, conforto e autoridade. Frisa que houve todo um ajuste pessoal da adotanda com os recorrentes, que, não obstante tenham três filhos comuns, dispuseram-se, já com certa idade, a assumir a condição de pais da criança, com a qual não nutrem laços consanguíneos.** Por fim, entre outras considerações, registra que recolocar a adotanda na sua família biológica importaria a sofrida necessidade de uma readaptação de todos os valores e costumes construídos ao longo desses anos, além de que essa mudança se daria no conturbado período da pré-adolescência. Assim, entende, por todos esses motivos e peculiaridades do caso, que se deve manter íntegro o núcleo familiar dos recorrentes. Diante do exposto, a Turma deu provimento ao recurso para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença, concedendo aos recorrentes a adoção pleiteada.³³⁵(grifo nosso).

Denota-se do julgado a preponderância da valorização da família sociológica à biológica, conservando o *status quo* da relação de fato afetiva preexistente, assegurando o preceito eudemonista, que tem na dignidade da pessoa e na solidariedade as linhas para consecução da família constitucional.

Na esteira da valorização da paternidade sociológica ou socioafetiva em detrimento da biológica, apresenta-se tutelada a “adoção à brasileira”, pelo mesmo fundamento da solidariedade que abarca a figura da adoção realizada nos exatos moldes legais.

A expressão “adoção à brasileira” ou adoção simulada se concretiza quando a paternidade ou maternidade é declarada consciente e falsamente perante o registro civil, atribuindo estado de filiação inexistente, conduta que fraudava o instituto da

³³⁵REsp 100.294-SP, DJ 19/11/2001. REsp 1.199.465-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 14/6/2011.

adoção, além de ser tipificada criminalmente no artigo 242, do Código Penal brasileiro³³⁶, parto suposto, previsto no Capítulo II, do Título VII, dos crimes contra o estado de filiação.

O ato de generosidade e nobreza da conduta, fundado em razões de solidariedade, tem sido objeto de reprovação mitigada pela sociedade na medida em que o agir, não obstante sua formal ilegalidade e realiza os princípios constitucionais de proteção ao recém-nascido.

A ação formalmente ilícita assegura uma convivência familiar e atende, assim, ao melhor interesse do menor em espaço de afetividade e desenvolvimento adequado, potencialmente frustrado por eventual abandono, em conformidade com o que aduz o artigo 227, da Constituição Federal.

Mesmo na seara penal se reconhece forma de impunibilidade, hipótese do parágrafo único do artigo 242, ao arbítrio e sensibilidade do magistrado, quando a conduta for praticada por relevante motivo, situação em que o juiz poderá deixar de aplicar pena, concedendo perdão judicial ao indivíduo.

Os motivos para esse fim considerado na esfera penal decorrem dos reflexos que a conduta acarreta socialmente e no âmbito familiar, porque motivação aqui são os sentimentos de humanidade, altruísmo, generosidade, solidariedade, etc., tão caros ao direito de família hodiernamente.

Paulo Lôbo afirma que a “adoção à brasileira”, fundada no “crime nobre” como se denomina a conduta típica de falsificação do registro de nascimento, é um fato social amplamente aprovado por suas razões solidárias (salvo quando oriundo de rapto), convertendo-se em estado de filiação indiscutível após a convivência duradoura.³³⁷

Mais adiante o mesmo autor revela que a convivência familiar duradoura transforma a “adoção à brasileira” em posse de estado de filho, que é espécie do

³³⁶Art. 242 Código Penal - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

³³⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. p. 250.

gênero estado de filiação, que independe de fato originário da falsidade ou não da declaração. Bastam, para a posse do estado de filho, o nome, o tratamento e a reputação, que são consolidados na convivência familiar duradoura.³³⁸

E sua justificativa torna-se plausível na medida em que no conflito de valores normativos há de prevalecer, no juízo de ponderação axiológica, aquele em maior conformidade com a matriz constitucional, no caso a prioridade da convivência familiar.

Conclui Paulo Lôbo que: “Na Constituição se colhem o compromisso da República Federativa do Brasil com a solidariedade, e a fraternidade, o bem-estar, segurança, liberdade, etc., estando essas opções axiológicas muito mais para uma ideia de paternidade fundada no amor e no serviço do que para a sua submissão aos determinismos biológicos”.³³⁹

No caminho dessa família constitucional, fundada no afeto e nos princípios da dignidade da pessoa e da solidariedade, estruturante no trato do direito familiar, a jurisprudência vem reconhecendo a situação de fato, sociológica, estabelecida pela “adoção à brasileira” frente à necessidade de manutenção da vinculação socioafetiva que se pautou em conduta inicialmente ilícita, mas que protege os melhores interesses dos indivíduos unidos pelo afeto. Julgados do Superior Tribunal de Justiça têm traduzido a relação afetiva como preponderante no reconhecimento da família.³⁴⁰

³³⁸ Ibidem, p. 251.

³³⁹ Idem.

³⁴⁰ “DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PREPONDERÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DA ESTABILIDADE FAMILIAR. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar. - O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha. - Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico

Assim como na adoção regular, os laços afetivos que se sedimentam nas “adoções à brasileira” devem ser preservados, face especial proteção dispensada ao menor e necessidade de dar continuidade a situações geradas a partir de ideais de generosidade, afeto e solidariedade.

morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto. - Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também "parentescos de outra origem", conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. - Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. - Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança - hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo - preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares. - Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ/SP, em que se identificou a configuração de verdadeira "adoção à brasileira", a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por tratamento materno-filial, deve ser assegurada judicialmente a perenidade da relação vivida entre mãe e filha. Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na doutrina de proteção integral à criança. - Conquanto a "adoção à brasileira" não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 usque 52 - D e 165 usque 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a julgada consideradas as especificidades de cada caso - a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercida. - A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade. - Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar. Recurso Especial não provido". (STJ - REsp 1.000.356; Proc. 2007/0252697-5; SP; Terceira Turma; Relª Minª Fátima Nancy Andriighi; Julg. 25/05/2010; DJE 07/06/2010). (Resumo).

3.5 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A guarda é ao mesmo tempo direito e dever e decorre de exigência constitucional (art. 229 CF) de prestação de assistência aos filhos de forma a propiciar-lhes desenvolvimento físico e intelectual, sendo inerente aos pais e representa expressão do poder familiar.

Enquanto exercida conjuntamente no contexto da unidade familiar a guarda não oferece problemas, porque seus objetivos, de auxiliar moral e materialmente, ao menos como regra, coincidem com os deveres que norteiam a estrutura familiar, como o dever de mútuo-auxílio, cooperação e afetividade. Nesse ambiente de guarda comum, harmoniza-se e concretiza-se a prevalência dos interesses dos filhos, eis que a mutualidade de esforços em razão dos filhos resta presumida.

Questão tormentosa decorre do conflito quando há rompimento da relação da conjugalidade ou parentalidade, porque embora não afaste o poder familiar, pode acarretar quebra de unidade plena de seu exercício, irrompendo-se por vezes os laços de convivência contínua.

O texto constitucional, em seu art. 227, assegura à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar. Assim, a ruptura da vida conjugal dos pais não engloba a prole. O interesse dos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse do menor, deve prevalecer sobre os interesses dos pais em conflito.

A guarda, na clássica história do direito de família, privado-civilista, representava um consectário necessário do processo de dissolução do casamento e das demais formas de união, e o critério da culpa³⁴¹ determinava o guardião, atribuindo ao culpado, culturalmente o homem, mero direito de visitas pré-determinadas e obrigação pecuniária, sem que se buscasse fixar outro critério que pudesse melhor atender os

³⁴¹ Lei 6.515/77 – Art. 10 - Na separação judicial fundada no "caput" do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

interesses do menor, presumindo-se que o mais adequado seria que o filho fosse mantido na guarda do não responsável pela separação, o que nem sempre constituía a melhor expressão da verdade.

Assim como a forma e os conceitos de família passaram a receber novo trato, em especial a partir do texto constitucional que tem na igualdade o princípio matriz, distinto tratamento passou a ser dispensado à criança e ao adolescente, reconhecendo direitos de parentalidade plenos, tendo os integrantes da família ampliados seus espaços familiares, consagrando-se a afetividade, a solidariedade, a personalidade, além do melhor interesse e da proteção de sua dignidade como corolário para uma distinta concepção do instituto.

Nessa nova concepção, desagregam-se do processo os motivos da ruptura do vínculo de conjugalidade, assim como se desconsideram os conflitos, os ressentimentos e as mágoas como ‘bagagens quase sempre necessárias’ da ruptura. O critério a ser considerado, não importando se unilateral, alternada ou outra modalidade, é o que melhor atenderá os interesses do menor estabelecendo, sempre que possível, o maior tempo de convivência com todos os integrantes da família, não em uma relação de preferência, eis que essencial ao asseguramento do direito, a troca de experiências, afeto, responsabilidades indistintamente entre os pais, situação que só se assegura se não houver rompimento de vínculos de convivência.

Nas palavras de Paulo Lôbo:

Na sistemática legal anterior, a proteção da criança resumia-se a quem ficaria com sua guarda, como aspecto secundário e derivado da separação. A concepção da criança como pessoa em formação e sua qualidade de sujeito de direitos redirecionou a primazia para si, máxime por força do princípio constitucional da prioridade absoluta (art. 227 da Constituição) de sua dignidade, de seu respeito, de sua convivência familiar, que não podem ficar comprometidos com a separação de seus pais. A cessação da convivência entre os pais não faz cessar a convivência familiar entre os filhos e seus pais, ainda que estes passem a viver em residências distintas.³⁴²

Com os novos conflitos, recentes também são as soluções; a concepção da criança como sujeito de direitos e não de prêmio à parte considerada inocente na dissolução da unidade familiar face à indiferença que o elemento culpa apresenta na

³⁴² LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. p. 189.

dissolução das famílias, dada a alteração do texto constitucional em seu artigo 226, § 6º, adéqua a guarda como instituto de direito de família à recente realidade jurídica constitucional, conferindo à mesma a natureza de direito à continuidade de convivência familiar.

Com a ruptura da entidade familiar deve-se supor que os pais, por mútuo-acordo, hão de aquilatar quem terá melhores condições de custodiar o(s) filho(s) se o critério for da unilateralidade ou da exclusividade. Se conflituosa a ruptura, transfere-se a responsabilidade ao juiz, a quem incumbirá avaliar quem dos integrantes da entidade familiar reúne as melhores condições para manter-se guardião, preservando-se sempre o melhor interesse do menor.

Paulo Lôbo, nessa hipótese, aduz que “o juiz levará em conta o conjunto de fatores que apontem para a escolha do genitor cujas situações existenciais sejam mais adequadas para o desenvolvimento moral, educacional e psicológico do filho, dadas as circunstâncias afetivas, sociais e econômicas de cada um”. Conclui, ainda, o autor, que “Fator relevante deve ser o de menor impacto emocional ou afetivo sobre o filho, para essa delicada escolha”.³⁴³

Adequando-se às diretrizes constitucionais e estatutárias, a Lei 11.698/2008, Lei da Guarda Compartilhada, alterando três dispositivos do Código Civil, traz novos contornos a serem seguidos na matéria, privilegiando o que a prática aconselhava e o texto constitucional há muito recomendava, a preservação do melhor interesse do menor junto à família.

A disciplina contida no artigo 1583, § 2º, do Código Civil³⁴⁴, com especial destaque ao reconhecimento do grupo familiar como elemento indispensável ao pleno desenvolvimento dos filhos e a indicação do compartilhamento como forma de

³⁴³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**.p. 193.

³⁴⁴ Art. 1.583 Código Civil. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação.

assegurar o desenvolvimento dos filhos junto à família, frente à obsoleta e prejudicial figura do “pai de hora-certa” ou a “mãe de final de semana”, conformam a nova realidade aos princípios em preservação.

Ao se referir ao instituto da guarda compartilhada, Rodrigo da Cunha Pereira observa que a ruptura é da família conjugal e não da parental, o que significa que a prole advinda do matrimônio não se separa dos pais quando esses põem fim à sociedade conjugal; os pais permanecerão participando da vida de seus filhos já que o casamento teve fim, mas não a família.³⁴⁵ Prossegue o autor, nesse diapasão, asseverando que:

Isso derruba a velha concepção de pai de fim de semana, que acaba se tornando apenas uma *visita*. Ora, a educação de crianças e adolescentes se faz é no cotidiano. Quando a separação está bem resolvida entre o casal e os filhos não se tornam moeda de troca, não há porque mãe e pai não continuarem participando igualmente do dia a dia dos filhos. Vemos aqui o encontro saudável do princípio do melhor interesse da criança/adolescente em sua melhor conjugação com o princípio da igualdade entre homens e mulheres.³⁴⁶

Situação emblemática de processo no qual os princípios constitucionais de proteção à família afetiva preferindo à consanguínea foi verificada em litígio que envolvia o filho da cantora Cassia Eller, falecida em 29 de dezembro de 2001.³⁴⁷

³⁴⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 174-175.

³⁴⁶ *Idem*.

³⁴⁷ Maria Eugênia Martins, companheira em união homoafetiva com Cássia Eller há 15 anos, litigava com pai da cantora pelo direito de guarda de Francisco Ribeiro Eller, à época com 09 anos de idade, que residia com a companheira e a mãe por ocasião de seu óbito. Maria Eugênia, já havia recebido a guarda provisória do menor por decisão judicial, tendo sido deferida em caráter definitivo após acordo com o avô paterno. Valendo-se das mesmas relações de afeto foi deferido ao avô litigante o exercício do direito de visitas em relação ao neto. O caso é considerado paradigmático, pois pela primeira vez o Judiciário brasileiro concedeu em sede liminar e definitivamente a guarda à mulher de filho de sua companheira. A notícia assim foi veiculada no site da revista Isto É, em 09 de abril de 2003, por Aziz Filho e Liana Mello, após entrevista com a companheira de Cássia Eller, Maria Eugênia. Na reportagem veiculada na Revista Isto É, intitulada "Sou discreta", Maria Eugênia, a ex-companheira de Cássia Eller, fala de sua vida. “A mineira Maria Eugênia Vieira Martins, estudante de nutrição no Rio de Janeiro, recebeu no dia 8 de março deste ano a homenagem do Poder Legislativo do Distrito Federal, em nome das mulheres do Brasil. No Dia das Mães, será a atração de um programa de grande audiência na tevê. Tímida, Eugênia sempre fugiu dos holofotes, mas ganhou notoriedade ao virar mãe de um filho que não gerou. Com a morte da roqueira Cássia Eller, sua companheira por 14 anos, venceu a disputa pela guarda de Francisco Eller, o Chicão, filho de Cássia. Transformou-se, da noite para o dia, numa bandeira do movimento gay. Um ano e três meses depois da morte de Cássia, Eugênia e Chicão continuam no mesmo apartamento de três quartos no Cosme Velho, zona sul. Na

O reconhecimento da guarda compartilhada como previsão legal, na mão de direção que trilhava doutrina e jurisprudência, adveio com a Lei 11698/2008 que, legislando expressamente sobre o compartilhamento, institui a preferência dessa forma de guarda, à unilateral ou exclusiva, por representar o modo mais completo e vantajoso de propiciar a convivência apta ao desenvolvimento da personalidade dos filhos, eis que busca conservar, no seu máximo, a vida como era antes do rompimento da entidade familiar, de forma dividida, porém com soma de esforços e mútua e intensa responsabilidade.

Ao estatuir no art. 1583, § 2º, do Código Civil a expressão grupo familiar, quis o legislador ordinário ampliar a possibilidade de estabelecimento da guarda civil, estendendo o direito também a outros membros que de alguma forma nutram afeto e tenham condições mais favoráveis para assumir a função de guardião do que os próprios pais, como determina o artigo 1584 § 5º, do Código Civil³⁴⁸. Essa extensão admite a família plural-afetiva reconhecida constitucionalmente, na qual está presente não só a consanguinidade, mas também e, principalmente, a socioafetividade.

Nas palavras de Paulo Lôbo, “a guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Ela incita o diálogo, ainda que cada genitor tenha constituído nova vida familiar”.³⁴⁹

casa, a lembrança da estrela é discreta, nada sugere um santuário de saudade. A maior referência é mesmo Chicão, com a aparência de anjinho, mas com uma personalidade forte à moda Eller. “Caramba, ninguém merece isso duas vezes na mesma vida”, brinca a mãe incontestável. Aos 41 anos, ela diz não estar interessada em um novo relacionamento. Ainda dorme com Chicão, nove anos, e, como toda mãe nessa fase, não esconde uma ponta de tristeza em saber que o chamego não vai durar muito tempo. “Enquanto ele quiser, vou aproveitar”, diz. (em resumo)³⁴⁷. FILHO, Aziz; MELLO, Liana. “Sou discreta”: Maria Eugênia, a ex-companheira de Cássia Eller, fala de sua vida com Chicão. **IstoÉ**, ed. 1749, 9 abr. 2003.

³⁴⁸Art. 1.584 Código Civil. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: *omissis* § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

³⁴⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**.p. 200.

Maria Berenice Dias salienta que essa espécie de guarda assegura de forma ampla a proteção dos princípios constitucionais, porque faz com que os pais participem mais intensamente na vida quotidiana dos filhos, mantendo os laços de afetividade e minorando os efeitos deletérios que a separação dos pais acarreta nos filhos³⁵⁰, assegurando o pleno desenvolvimento desses.

O rompimento da sociedade conjugal ou a dissolução de união estável acarretam, necessariamente, além de discussão acerca da guarda da prole advinda dessa relação, definição sobre direito de visitas, em respeito ao direito à convivência, conferido reciprocamente aos pais não detentores da guarda e a seus filhos.

Quando a Constituição, em seu artigo 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 19, estabelecem um direito de visitas, na melhor locução, convivência familiar, que tem como pressuposto assegurar ao menor o seu melhor interesse dentro do espaço de afeto familiar, assegurando-se também o livre desenvolvimento de sua personalidade, buscam objetivo bastante concreto, o de resguardar o íntimo convívio entre familiares, de paternidade e de parentalidade, eis que nesse espaço afetuoso encontra-se o melhor ninho para o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente.

Para assegurar o direito de convivência do menor junto aos pais e parentes pós divórcio ou dissolução da união estável entre os pais, tornou-se prática corriqueira nas varas especializadas e tribunais o estabelecimento de cláusulas de guarda e regulamentação de visitas, em processos com fórmulas preconcebidas, guarda com a mãe e visitas em finais de semana com o pai em horas estipuladas, além de convenções em dias em período de férias escolares e datas comemorativas (Dias dos pais, Natal, etc.)

Essas fórmulas, apesar de comuns, estão longe do ideal porque não permitem a plena convivência como outrora acontecia antes da ruptura dos pais. Assegura-se ao genitor que não detém a guarda um fracionamento de convivência, cingindo a estes momentos para prover educação e afeto, como se para tanto tivesse hora marcada.

³⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 443.

Essa prática tem sido amenizada pela estipulação de guarda compartilhada, como alhures exposto. Conceitualmente, poder-se-ia dizer que se trata de um direito da criança de conviver com o seu genitor e, ainda, com pessoas unidas por laços de parentalidade, com os quais não convive quotidianamente.

Nas palavras de Adriana Fasolo Pilati Scheleder e Renata Holzbach Tagliari, “o reconhecimento acerca do direito à vida deve ser ampliado para além da existência física, fazendo jus ao fundamento da dignidade da pessoa humana que inclui a integridade física, condições de gozo de uma vida com qualidade, com saúde, em meio ambiente propício para tal, ou seja, no presente caso, direito a integração familiar”.³⁵¹

O direito de visitas funda-se, portanto, no direito à dignidade da pessoa, que impõe a manutenção da convivência contínua com pais, avós ou com qualquer outro parente desde que haja laços de afetividade, solidariedade, respeito e amor, já que este é o ambiente propício para seu ideal desenvolvimento moral.

A criança tem o direito de personalidade de ser visitada, não só pelos avós, como também pelos bisavós, irmãos, tios, primos, padrinho, madrinha, enfim, por toda e qualquer pessoa que lhe tenha afeto³⁵². Essa orientação é determinada por Maria Berenice Dias, em citação a Sílvio Neves Baptista. Observa, na mesma toada, Paulo Lôbo:

Os tribunais brasileiros avançam no sentido de assegurar aos avós, aos tios, aos ex-companheiros homossexuais, aos padrastos e madrastas o direito de contato ou, de visita, ou de convivência com as crianças e adolescentes, uma vez que, no melhor interesse destas e da realização afetiva daqueles, os laços de parentesco ou os construídos na convivência familiar não devem ser rompidos ou dificultados.³⁵³

Se o que se tutela é o livre desenvolvimento da personalidade e o desenvolvimento da pessoa em um espaço de afetividade familiar, cabe impingir a obrigação solidária, sob pena de afrouxamento dos vínculos parentais, mantendo-se a fórmula normativa dos princípios constitucionais e a convivência familiar.

³⁵¹ SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; TAGLIARI, Renata Holzbach. **O princípio da solidariedade, a teoria humanista e os direitos humanos fundamentais como meios de valorização do afeto quando do estabelecimento de vínculos de filiação.**

³⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** p. 479

³⁵³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** p. 65.

Se o direito de convivência assegura a manutenção do direito de personalidade há de se reconhecer que não encontra limites, nem restrições, ou seja, há de ser assegurada quando envolver melhor interesse da criança. Assim, se reconhece direito de visitas com quem detém laços afetivos que merecem ser preservados como avós, padrinhos e outros integrantes da entidade familiar.

O direito de visitação do menor, porque integra seu direito de personalidade, constitui-se direito inafastável e sua negação viola princípio da afetividade e da solidariedade previstos constitucionalmente.

DIREITO DE VISITA. DIREITO DA AVÓ. POSSIBILIDADE. O DIREITO DE VISITAÇÃO DOS AVÓS AOS NETOS, MESMO QUANDO HÁ CONFLITO COM OS TITULARES DO PÁTRIO PODER, DECORRE: 1. DOS VÍNCULOS ORIUNDOS DA FILIAÇÃO; 2. E FRUTO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR; 3. E UMA OBRIGAÇÃO ORIUNDA DO PARENTESCO; 4. E UMA GARANTIA DA MANUTENÇÃO DOS VÍNCULOS DE AFETO E DEDICAÇÃO DOS AVÓS AOS NETOS.³⁵⁴

Verifica-se, pois, que o condão do texto constitucional, referindo-se especificamente à seara da família, mormente no que se concerne aos filhos menores, é sempre o melhor interesse desses, com esteio nos princípios da dignidade humana, solidariedade e afetividade.

3.6 AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES: A FAMÍLIA SOLIDÁRIA

A Constituição de 1988 apresentou novos contornos à família com a assunção do princípio do pluralismo familiar. A família contemporânea, considerada eudemonista, incorporada pela Carta Magna de 1988, ocupou o lugar, como dito alhures, da família clássica, matrimonializada, representada pelo Código Civil de 1916, diploma legal este, que deixava à margem do direito qualquer modelo familiar distinto do legalmente tutelado.

³⁵⁴TJRS - Apelação Cível Nº 591067699, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gilberto Niederauer Corrêa, Julgado em 02/04/1992. (Em resumo).

Não há que se falar em crise na família, como adverte Roberto Senise Lisboa, mas em seu redimensionamento decorrente do desenvolvimento histórico da humanidade o que acarretou, na família contemporânea, a repersonalização das funções de seus membros.³⁵⁵

Consciente da realidade social, a Constituição Federal de 1988, absorvendo as transformações sofridas pelos arranjos familiares, em seu artigo 226, assegurou a existência, e conseqüentemente, a proteção legal, da família pluralista, quebrando paradigmas e protegendo a dignidade humana. Isso porque no novel modelo de família, o afeto assume valor, de forma que em havendo *affectio* e desejo de comunhão de vida pode-se falar em núcleo familiar, merecendo, pois, essa figura, absoluta tutela estatal.

Preconiza Maria Berenice Dias que “a ideia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano”.³⁵⁶

Na nova estrutura familiar ganharam importância igualdade e liberdade de modo que os direitos da personalidade de cada um dos membros das entidades familiares restam tutelados, não mais importando se esse membro é o pai, a mãe ou os filhos. Vê-se, pois, que aos citados princípios conferiram-se maior relevo em detrimento da figura do chefe de família.

Embora tenham sido objeto desse trabalho algumas espécies de arranjos familiares, certo é que os modelos de família previstos expressamente no texto constitucional constituem rol exemplificativo, em vista da complexidade das relações familiares hodiernas.

Na esteira de Paulo Lôbo, Breezy Vizeu e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador dispõem que “ao contrário das Constituições anteriores, em que excluía qualquer outro modelo de família que não fosse baseado no casamento, a de 1988, em seu art. 226, não definiu um tipo específico de família, sendo, portanto, uma cláusula

³⁵⁵LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. p. 28.

³⁵⁶DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 54.

de inclusão”³⁵⁷, impedindo, dessa forma, a desconsideração de qualquer modelo familiar pautado na solidariedade, na afetividade e na mútua assistência, já que a conjugação desses elementos prescinde de outros para configurar a família solidária.

Seguem os mesmos autores preconizando que:

Para além dos modelos legais excludentes que o Direito codificado tipificava, encontram-se uma infinidade de relações familiares, tais como um casal unido pelo matrimônio com filhos ou sem filhos, o casal unido sem matrimônio com ou sem filhos, pai ou mãe com filho biológico, mãe ou pai e filho biológico e adotivo ou somente adotivo, pessoas unidas por laços de sangue, amizade ou ajuda mútua baseados na afetividade, como irmãos, amigos, senhoras que dividem o mesmo teto, uniões homossexuais, uniões concubinárias, pessoas que se unem em segundas núpcias com filhos de uma ou de ambas as partes (...) e outras tantas composições, criadas a partir da complexidade das relações sociais.³⁵⁸

Arrimando o entendimento de que o artigo 226 da lei maior refere-se a rol não taxativo de modelos familiares, os Tribunais pátrios têm decidido, em se tratando do bem de família, tutelado pela Lei 8.009/90, que a expressão “entidade familiar” pode ser interpretada de forma estendida de modo a compreender núcleos familiares compostos somente por irmãos³⁵⁹, retrato da adoção do modelo do solidarismo familiar. Nesse sentido, a jurisprudência tem se posicionado:

EMBARGOS À EXECUÇÃO - BEM DE FAMÍLIA - PENHORA - PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA - REJEIÇÃO - IRMÃOS SOLTEIROS - CARACTERIZAÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR - FAZENDA PÚBLICA - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS - APELO IMPROVIDO - UNÂNIME. I - NÃO SE CARACTERIZA CERCEAMENTO DE DEFESA A NÃO OITIVA DO PRÓPRIO EMBARGANTE, EIS QUE EM SEU DEPOIMENTO NADA TRARIA DE NOVO QUE PUDESSE SE CONTRAPOR ÀS PROVAS POR ELE MESMO PRODUZIDAS. II - A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA É MATÉRIA QUE PODE SER DISCUTIDA TANTO EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO, COMO TAMBÉM EM MERA PETIÇÃO NOS AUTOS, NÃO SE CARACTERIZANDO A

³⁵⁷VIZEU, Breezy; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Artigo: O papel do afeto na formação das estruturas familiares brasileiras: um estudo das famílias recompostas no Brasil. In CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luis Edson; NALIN, Paulo (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. p. 25.

³⁵⁸VIZEU, Breezy; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Artigo: O papel do afeto nas estruturas familiares brasileiras: um estudo das famílias recompostas no Brasil. In CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luis Edson; NALIN, Paulo (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. p. 25-26.

³⁵⁹Ibidem, p. 26.

VIA ELEITA EM PROCRASTINAÇÃO DO FEITO, AINDA MAIS QUANDO REQUERIDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. III - MUITO EMBORA SUSTENTE A APELANTE QUE IRMÃOS SOLTEIROS NÃO PODEM SER ABRANGIDOS PELO BENEFÍCIO INSTITUÍDO PELA LEI N.º 8.009/90, NÃO SE PODE NEGAR QUE ELES FORMAM UM NÚCLEO FAMILIAR, UMA ENTIDADE, ATÉ MESMO PORQUE O APELADO É CURADOR DO OUTRO.³⁶⁰

Ainda no mesmo diapasão:

BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL RESIDENCIAL OCUPADO POR IRMÃOS. LEI 8.009/90, ART.1º.1. O artigo 1º da Lei 8.009/90 estabelece a impenhorabilidade do "imóvel residencial do CASAL, OU da ENTIDADE FAMILIAR", o que demonstra, claramente, que na expressão "entidade familiar" o legislador visou a proteger a entidade familiar em que não há casal (marido e mulher), mas sim, por exemplo, o pai e os filhos (ou filho); a mãe e os filhos (ou filho); e, logicamente, os irmãos, uma vez que é um absurdo pretender que os irmãos não constituem ENTIDADE FAMILIAR. De feito, os irmãos também formam uma família. Precedentes dessa Corte e do STJ. 2. Apelação não provida.³⁶¹

Destarte, porquanto a Constituição Federal tenha reconhecido expressamente como entidades familiares somente aquelas decorrentes do matrimônio e da união estável, bem como aquelas formadas por qualquer dos pais e seus descendentes, não deixou à margem outras espécies de núcleos familiares, de modo que esses devem ser reconhecidos como tal, tanto quanto, as relações decorrentes destes, por meio de uma interpretação humanista do julgador.

As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses. - Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. - Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem

³⁶⁰ TJDF - APELAÇÃO CÍVEL: AC 294193319998070001 DF 0029419-33.1999.807.0001. Relator(a): LECIR MANOEL DA LUZ. Julgamento: 14/02/2007. Órgão Julgador: 4ª Turma Cível. Publicação: 13/03/2007, DJU Pág. 116 Seção: 3.

³⁶¹ TRF1 - APELAÇÃO CIVEL: AC 39906 BA 1997.01.00.039906-5. Processo: AC 39906 BA 1997.01.00.039906-5. Relator(a): JUIZ LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.). Julgamento: 08/08/2002 Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA SUPLEMENTAR. Publicação: 05/09/2002 DJ p.119.

constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente.³⁶²

Face ao caráter solidário da família contemporânea, as relações dessa têm sofrido profundas mutações, mormente porque pautam-se, agora, no afeto, elemento esse que, nos moldes da família clássica, era por completo desconsiderado.

Dessa forma, a novel realidade impeliu o Poder Legislativo tanto quanto o Judiciário a enfrentarem situações outrora inexistentes ou deixadas à margem de qualquer proteção estatal, dado o agasalhamento dessas conjunturas pela carta magna que, em seu artigo 226, previu cláusula de inclusão.

Prelecionam Luis Edson Fachin e Ana Carla Harmatiuk Matos que “sem embargo, as transformações sociais da realidade mutante fazem aflorar novos dilemas relacionados com a família recomposta (convívio entre padrastos, madrastas, enteados e irmãos de criação), bem como aqueles decorrentes da filiação de famílias homossexuais. Os valores atuais estão a exigir novas estruturas jurídicas de respostas.”³⁶³

Os modelos clássicos, tradicionais de família fundados no casamento, passaram a conviver com formas que, até então, eram estranhas, ou melhor, não reconhecidas pelo Direito, como a união estável, as uniões homoafetivas, as famílias monoparentais, as simultâneas, as recompostas. Essas ingressaram no rol de relações amparadas pelo direito à pluralidade, sendo reconhecidas como forma de assegurar o direito de igualdade e liberdade e da satisfação pessoal nas relações familiares.

Gustavo Tepedino aponta essa reestruturação conceitual a partir de fundamentos extraídos do texto constitucional observando que “do exame dos arts. 226 a 230, da Constituição Federal, 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

³⁶² Recurso especial provido. STJ – REsp nº 1.157.273 – RN – 3ª Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – DJ 07.06.2010.

³⁶³ FACHIN, Luis Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luis Edson; NALIN, Paulo (coord.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. p. 276.

dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros”.³⁶⁴

Rosana Fachin leciona que a plena dignidade da pessoa humana como princípio central almeja a efetiva realização pessoal, encontrando no Direito de Família a pedra basilar: amor, afeto e solidariedade conformam e amoldam a família constitucional. “Nessa linha, o dever de mútua assistência decorre da solidariedade e compreende um dos pilares daquilo que se pode valorar como princípio da dignidade humana”.³⁶⁵

Maria Berenice Dias diz que “esse novo panorama na estrutura das famílias, onde a instituição é base, mas o indivíduo essência decorre dos ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo, os quais se voltaram à proteção da pessoa humana. A família adquiriu função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes”.³⁶⁶

A Constituição cidadã de 1988 propulsiona a ruptura definitiva de modelo, e define os novos rumos da instituição família a concebê-la como base da sociedade, estabelecida com o reconhecimento da igualdade, liberdade e da solidariedade. Como pondera Rodrigo da Cunha Pereira:

Essas famílias podem ser recompostas, reconstituídas, binucleares, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, casais sem filhos, casais homossexuais... A lista dos diversos arranjos familiares é grande. Fundamental é verificar se os sujeitos que se dispuseram a unir-se o fazem pelos laços afetivos e se constituíram uma entidade familiar que está além de um convívio superficial e desprezioso. Se assim for, devem ser tomados e protegidos como família.

Pouco relevante é a obediência a uma padronização, mesmo porque, quando se trata de afeto, isso é impensável. Necessário é compreender que a sociedade comporta a pluralidade da família, num movimento histórico, a partir das demandas íntimas de cada indivíduo. Ao se relacionar e afeiçoar-se a alguém, não deveria fazer parte da preocupação da pessoa a titulação que será dada a este elo. O importante é verificar se há ali um núcleo familiar

³⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil - Tomo I**. p. 351.

³⁶⁵ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família no novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. p. 81.

³⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 42.

compondo uma estrutura psíquica, seja com alguém de seu sexo ou de sexo oposto, com filhos ou sem eles, para se ter uma nova vivência afetiva.³⁶⁷

Sendo assim, caracteriza-se, a família solidária, como aquela na qual cada um de seus membros, ligados ou não biologicamente, ocupa uma função, um lugar, culminando com o surgimento da convivência, esta sempre pautada na alteridade, o respeito ao outro que induz a solidariedade.

Tem-se, portanto, que para a existência da família solidária faz-se necessária tão somente a convivência pautada no afeto e na solidariedade, essa que, segundo Maria Berenice Dias, compreende a fraternidade e a reciprocidade³⁶⁸.

Nessa esteira, deve, a dignidade da pessoa nortear todas as decisões que tratem de relações familiares, estejam ou não elencadas nos diplomas legais. Ademais, face ao caráter pluralista da família contemporânea, que enseja uma gama de situações não tratadas especificamente pela legislação, cabe ao julgador arrimar-se nos princípios da dignidade humana, da solidariedade e, ainda, na equidade para solucionar os conflitos que por ventura se lhe apresentem.

A mudança de paradigma da família resultou em valorização do afeto, exigindo dos operadores do direito, em virtude da ausência de legislação específica sobre diversos assuntos referentes aos novos contornos dados à família pluralista, adequar as decisões no âmbito do direito de família aos princípios basilares da ordem constitucional, solidariedade e dignidade da pessoa humana.

São muitas as possibilidades jurídicas que decorrem do modelo pluralista de família e que virão, por certo, a bater às portas do Poder Judiciário, devendo, pois, os aplicadores do direito, seguindo a orientação humanizadora do direito civil, quedarem-se atentos para que, com sensibilidade e de forma satisfatória, encontrem soluções que atendam aos reclamos da sociedade contemporânea, mormente no que tange aos conflitos decorrentes dos novos modelos familiares.

³⁶⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p. 199.

³⁶⁸DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 66.

CONCLUSÃO

Por muito tempo os indivíduos se viram premiados em igualdade e liberdade, sem justiça social, fato decorrente do exacerbado egoísmo, típico do individualismo liberal, que dando maior valia ao capital acabou por determinar diferenças sociais abissais. O Estado é conclamado a intervir nas relações privadas de forma a estabelecer um equilíbrio social, para isso assume toda sorte de responsabilidades para realização de uma sociedade justa e igualitária, promovendo políticas públicas que viabilizassem a redução das desigualdades sociais, construindo o autêntico Estado Democrático.

Resultado seguinte é o reconhecimento que somente as ações estatais positivas restariam insuficientes a assegurar ao indivíduo seus direitos fundamentais. A sociedade desperta e paulatinamente começa a conscientizar-se que não basta somente exigir do Estado providências que objetivem a realização da justiça social.

Como não é possível ao indivíduo substituir completamente o Estado na missão institucional, nova trilha haveria de ser traçada a alcançar-se a igualdade e liberdade material almejada. E aí o mecanismo apto a tornar possível a redução das diferenças é o resgate de valores morais e fraternos, que sempre uniram o homem nas dificuldades relatadas pela história.

Destarte, a solidariedade, percorrendo longo percurso histórico, adquiriu *status* jurídico, ou seja, se antes não representava outra coisa senão um dever atrelado à virtude e à moral ética, sentimentos vivenciados pela necessária coexistência dos indivíduos em sociedade, uma forma de cooperação que decorre tão-somente da generosidade, começa a revelar sua expressividade para além de valor moral quando o indivíduo, justamente, atinge o ápice da insolidariedade, ou seja, quando o individualismo verificado nos Estados Liberais acabou por determinar a exploração do homem. É no momento de transição a Estado Social, em que se despertam as preocupações com os direitos sociais, que a solidariedade assume relevo para o cenário jurídico.

Valores como a ética e a moral que antes eram tratados somente como virtudes, atributos do homem benevolente e caridoso, se transformam em solidariedade jurídica passando a integrar rol normativo dos textos constitucionais contemporâneos na forma de princípios e como mecanismos de assegurar igualdade e liberdade com dignidade.

A solidariedade aparece expressamente no nosso ordenamento quando alçada a princípio constitucional pelo texto de 1988, objetivo do Estado ao idealizar e edificar uma sociedade livre, justa e solidária, que não medirá esforços para concretização plena desse objetivo; uma assunção de responsabilidade compartilhada com os próprios indivíduos, de forma à realização da igualdade material e justiça social.

O princípio acaba repercutindo em todos os ramos do direito, em face de um processo de constitucionalização. Nas relações familiares assume duplo relevo: eis que se externa como sentimento e direito, já que a solidariedade existe nos relacionamentos pessoais na forma de respeito ao outro e alteridade, sendo assim expressão de afetividade. Ao mesmo tempo, revela-se como instrumento de direito ao estabelecer deveres e obrigações entre os integrantes do grupo familiar, atribuindo-se não só ao Estado, mas aos integrantes da família o encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão.

Há que sinalizar que com a previsão do princípio da solidariedade no texto constitucional, o dever moral de solidariedade se solidificou, adquirindo uma força normativa por meio da mediação do Poder Judiciário, já que fora elevado a *status* constitucional.

A Constituição, ao estatuir a solidariedade como princípio fundante estrutural do sistema de proteção de direitos fundamentais, utiliza-o como mecanismo de realização de uma sociedade justa e igualitária, pretendendo que o Estado e os indivíduos não poupem esforços para satisfação da justiça social em comunhão de propósitos.

Nas relações de família, a solidariedade passa a representar o vínculo necessário à constituição do afeto, eis que externada naturalmente na forma de cooperação e ajuda mútua entre os seus integrantes. É a solidariedade concebida como

alteridade, expressão do respeito à diferença, que assegura a coexistência dos direitos fundamentais dos indivíduos no denominado “ninho”, expressão utilizada para referenciar o espaço íntimo de afeto e ideal para o desenvolvimento da personalidade e da felicidade.

A solidariedade como valor e norma estabelece vínculos morais e obrigacionais entre as pessoas dentro da entidade familiar, eis que a família contemporânea passa a ser objeto de proteção jurídica, não como instituição autônoma a ser tutelada, mas como instituição que preserva os interesses dos membros que a compõem. A solidariedade é reconhecida no respeito, na alteridade, no preocupar-se e realizar-se no e com o outro, envolvimento em um sentimento de cooperação que se concretiza tendo como mote o afeto.

A família contemporânea tem encontrado nesses sentimentos o seu principal suporte e elemento de união, substituindo, ao menos quanto à nova hipótese de modelo, os laços de parentesco que sempre estiveram arraigados conceitualmente à instituição. A solidariedade, fundada em um íntimo dever de cooperação, é o pressuposto necessário da constituição familiar, realizador do seu fim último, a plena satisfação pessoal dos membros pelo objetivo comum traçado em torno de um sentimento único, do amor.

Torna-se a solidariedade elemento indissociável da busca pela felicidade individual, mostra-se presente, ainda que de forma intrínseca, em diversos dispositivos legais, especificamente, nas relações familiares, de forma a garantir aos indivíduos o direito de compelir outros que insistam em seguir na contramão deste princípio norteador das relações afetivas, a cumpri-lo.

Nessa perspectiva a família pode ser considerada o primeiro ramo do direito a sentir os efeitos da irradiação da solidariedade no sistema, porque é nela que se desenvolvem aberta e naturalmente, os propósitos fraternos e cooperativos que identificam a solidariedade; daí a se falar em uma solidariedade familiar autêntica com inúmeros reflexos no mundo jurídico.

O novo modelo, rompendo com o paradigma da tradição clássica na qual imperava a desigualdade, orientada pela herança patriarcal da instituição

matrimonializada e unida pelos laços de sangue, vem sendo reconhecido e edificado tendo como suporte o amor e a afetividade; no novel modelo erige-se a felicidade pessoal como limite a ser alcançado, tendo como trilha viável a fraternidade e a solidariedade.

Assim é que a solidariedade espraia-se e atua diretamente nos ramos da família, ora como alicerce a sua constituição, entendida como sentimento, ora como instrumento de direito, valor jurídico, hábil a compelir os indivíduos a obrigações fundadas nos deveres solidários.

Com este fundamento o Poder Judiciário tem aplicado o princípio como fundamento para assegurar a realização de direitos fundamentais no âmbito da família: é com fundamento na solidariedade, objetivando assegurar a dignidade da pessoa humana, e as relações de afeto no ambiente de família, que os tribunais tem fundamentado suas decisões nos processos envolvendo alimentos entre dependentes, filhos maiores, ex-cônjuges e companheiros, independentemente da culpa pela separação.

Sob o mesmo fundamento vêm os tribunais assegurando o direito de visitas e guarda à avós e parentes próximos, preferência nas “adoções” considerada “à brasileira”. Não é possível elencar as hipóteses de aplicabilidade do princípio, porque não se encerram em um rol taxativo, no entanto é possível afirmar que a solidariedade como expressão do afeto tem se constituído no fundamento reitor das decisões conflituosas que se apresentam ao Direito de Família.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARNOLD, Clarice Paim. Artigo: **Adoção tardia**: do estigma à solidariedade. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/viewFile/509/504>>. Acesso em: 27 dez. 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. **A adoção em relações homoafetivas**. Ponta Grossa: Ed. UEPG, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Neoconstitucionalização e constitucionalização do direito: o trunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOFF, Leonardo. **Ética e moral**: a busca dos fundamentos. Petrópolis: Vozes, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp 184807 / SP 998/0058351-3. Rel. Min. Barros Monteiro. Quarta turma. Data do julgamento: 07/06/ 2001. DJ 24/09/2001.

_____. _____.REsp 100.294-SP, DJ 19/11/2001.REsp 1.199.465-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Data do julgamento: 14/6/2011.

_____. _____.REsp 1.000.356; Proc. 2007/0252697-5; SP; Terceira Turma; Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi; Data do julgamento: 25/05/2010; DJE 07/06/2010.

_____. _____.REsp nº 1.157.273 RN 3. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 07/06/2010.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Alimentos transitórios**. Curitiba: Juruá, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**.7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva da intimidade**: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade.Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade**: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2010.

CASALLI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.1, n.1, 2006. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 12 jan. 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.) **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONRADO, Marcelo. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coords.). **Direito privado e constituição**. Curitiba: Juruá, 2009.

CORTIANO JUNIOR. Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELLA GIUSTINA, Osvaldo. **Participação e solidariedade: a revolução do terceiro milênio II**. Tubarão (SC): Unisul, 2008.

DIAS, Maria Berenice. Divórcio já! **Conteúdo Jurídico**, 10 jul. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=152_Maria_Dias&ver=674>. Acesso em: 23 mar. 2012.

_____. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Wagner Inácio Freitas. **Além do “Eu” e em busca do “Nós”**: as interações do princípio da solidariedade e a boa-fé com vista ao exercício inadmissível de direitos. 2006. 123. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DISTRITO FEDERAL (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível: AC 294193319998070001 DF 0029419-33.1999.807.0001. Relator(a): LECIR MANOEL DA LUZ. Julgamento: 14/02/2007. Órgão Julgador: 4. Turma Cível. Publicação: 13/03/2007.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FACHIN, Luis Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família no novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERRAZ Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A nova sistemática dos alimentos: expressão de solidariedade familiar e garantia de direitos fundamentais. **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 2, n.3, janeiro/junho 2011. Disponível em: <<http://www.unipe.br/ojs/index.php/direito/article/view/113/79>>. Acesso em: 28 dez. 2011.

FILHO, Aziz; MELLO, Liana. "Sou discreta": Maria Eugênia, a ex-companheira de Cássia Eller, fala de sua vida com Chicão. **IstoÉ**, ed. 1749, 9 abr. 2003. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/23904_SOU+DISCRETA+?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage>. Acesso em: 2 dez. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

GLANZ, Semy. **A família mutante sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil.** Rio de Janeiro: 2005.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Introdução ao direito civil - revisto, atualizado e ampliado de acordo com o Código Civil de 2002.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro direito de família.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 6.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial.** 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. v. 3.

GRIZARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

KROHLING, Aloísio. **A ética da alteridade e da responsabilidade** Curitiba: Juruá, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Civil aplicado**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005. v. 5.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0701.09.266467-4/001 Uberaba 4. Câmara Cível Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes. DJ 24.11.2010.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001. v. 1.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NAY, Olivier. **História das ideias políticas**. Petrópolis (RJ): Vozes, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra, 1987.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e dignidade humana**. In: CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 5., 2006. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

_____. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Concubinato e união estável**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, SumayaSaadyMorhy. **Direito Fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERROT, Michele. O nó e o ninho. **Veja 25 anos: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e direito fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direito humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 591067699, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gilberto Niederauer Corrêa, Julgado em 02/04/1992.

ROSSO, Paulo Sérgio. Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI**, Jacarezinho (PR), n. 9, jul./dez., 2008.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direito fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHELEDER, Adriana FasoloPilati; TAGLIARI, Renata Holzbach. **O princípio da solidariedade, a teoria humanista e os direitos humanos fundamentais como meios de valorização do afeto quando do estabelecimento de vínculos de filiação.** Disponível em: Acesso em: 16 mar. 2012.

SILVA, Cleber Demétrio Oliveira da. **O princípio da solidariedade.** Disponível em: <<http://www.advogadobr.com/comentarios-ao-CPC/061126oprincipio.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. (Orgs.). **Grandes temas de direito de família e sucessões.** São Paulo: Saraiva 2011.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A família afetiva: o afeto como formador de família.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverski. **Solidariedade, trabalho e norma: do reconhecimento jurídico à concretização de garantias fundamentais na sociedade contemporânea.** Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2011.

TAKOI, Sérgio Massaru. Breves Comentários ao princípio constitucional da solidariedade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 17, n. 66, jan./mar. 2009.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. _____. **Temas de direito civil Tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. _____. **Temas de direito civil Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRASFERETTI, José. **Ética e responsabilidade social**. 2. ed. Campinas: Alínea, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIANA, Nildo. Indivíduo e sociedade em Norbert Elias. **Estudos**, Goiânia, v. 28, n. 5, p. 931-946, 2001.

WALD, Arnold. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5

WELTER, Belmiro Pedro. A compreensão dos preconceitos no direito de família pela hermenêutica filosófica. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 5-25, out./nov. 2006.

WESTPHAL, Vera Herweg. Diferentes matizes da ideia de solidariedade. **Revista Katálysis**, Florianópolis v. 11 n. 1 p. 43-52 jan./jun. 2008 . p. 44

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamento de uma nova cultura do direito**. 3. ed. São Paulo: Alga Omega, 2001.

_____. LEITE, Rubens Morato (Orgs.). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. _____. (Orgs.). **Fundamentos de história do direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

