

## **DIREITOS HUMANOS DA FAMÍLIA: DOS FUNDAMENTAIS AOS OPERACIONAIS (\*)**

**Sérgio Resende de Barros (\*\*)**

O direito de família é o mais humano dos direitos, pois lida com as mais íntimas relações humanas, nas quais flagra de modo ímpar as grandezas e as pequenezas do ser humano. Tanto é verdadeira essa intimidade, que no linguajar comum "familiar" significa "íntimo", como quando se diz, por exemplo, que "tal assunto é familiar a esta pessoa". Contudo, apesar de ser tão íntimo do ser humano, o direito de família não tem sido correlacionado com os direitos humanos. Essa omissão é incrível. Deve haver uma razão que a justifique: algo que dificulte ver como direitos humanos os direitos subjetivos integrados no direito objetivo relativo à família. De todo modo, é preciso pesquisar para remover esse empecilho. Onde encontrá-lo?

Já que a linguagem condiciona o pensamento, por ela é que deve começar a pesquisa. De fato, o que se exprime melhor num idioma é entendido melhor por quem o fala do que por outras gentes. A língua portuguesa fornece um exemplo clássico: o termo "saudade". Ele traduz um sentimento que, embora seja universal, não é bem compreendido senão pelos que falam português. É termo intraduzível em outros idiomas. É um idiomatismo da língua portuguesa. Nem sequer a palavra "nostalgia", muito usada no espanhol e no italiano, diz o mesmo que a palavra "saudade", que existe em português. Do mesmo modo, na singularidade lingüística está a razão por que muitos brocados jurídicos são falados em latim, uma língua sintética e sonora, que os expressa melhor do que outras.

Pesquisando nesse rumo, o da linguagem, logo se depara com um fato: realmente, há uma dificuldade lingüística que afeta o direito de família. Veja-se. Noutros campos, por exemplo, no direito constitucional e no direito de autor, a linguagem facilita perceber os direitos subjetivos agasalhados no direito objetivo. Fluientemente se fala em "direitos constitucionais" e "direitos autorais" para designar os direitos subjetivos amparados pelo direito constitucional ou pelo direito de autor. Também, tal é o caso do direito do consumidor (direito objetivo), sob cujas normas abrigam os direitos do consumidor (direitos subjetivos).

Infelizmente, o mesmo não se passa com o direito de família. Como designar os direitos subjetivos por ele amparados? Seriam "direitos de família", "direitos familiares", ou "direitos familiares"? Nenhuma dessas denominações soa adequada. A expressão "direitos de família" poderia se referir também a "diversos direitos de família", como o brasileiro, o português, o espanhol, o francês, etc. A expressão "direitos familiares" é portadora de uma indesejável idéia de intimidade. E "direitos familiares" é um modo de dizer que ainda não caiu no uso comum. Realmente, falta um nome geral para coligir os direitos subjetivos reconhecidos aos sujeitos em função da família, ainda que tais direitos sejam os mais generalizados, pois todos estamos inevitavelmente sujeitos às leis que os reconhecem e disciplinam.

Dessa maneira, a dificuldade de denominar embaraça - embora não impeça - visualizar tais direitos, que são extremamente relevantes para todos os sujeitos. Mas a falta desse nome geral não deve obstruir o esforço de relacionar os direitos humanos com os direitos subjetivos no campo do direito de família. Por isso, quando assim relacionados, proponho chamá-los "direitos humanos da família" ou "direitos humanos familiares". Acho que se deve insistir em dizer "direitos familiares", para que essa locução deixe de ser estranha aos ouvidos, uma vez que ela faz falta ao direito de família. Realmente, deve-se adotar a expressão "direitos humanos familiares" ou, ao menos, "direitos humanos da família", para designar os direitos humanos que decorrem do direito fundamental à família, a fim de concretizá-lo.

Há quem separe direitos humanos de direitos fundamentais. Mas os direitos humanos e os direitos fundamentais não constituem dois institutos jurídicos distintos. Essa separação retira humanidade ao fundamental e fundamentalidade ao humano. Ademais, contra isso se opõem a teoria e a prática dos direitos humanos, os quais constituem um todo dialético, formado de direitos mais gerais (direitos estruturais) que interagem com direitos mais particulares (direitos conjunturais). Assim, no todo dialético dos direitos humanos, o fundamental e o operacional se apóiam e se influenciam reciprocamente, sem ficar separados um do outro.

Dessa maneira, conjugando-se entre si, os direitos humanos fundamentais e os operacionais colocam em ação um só e mesmo instituto jurídico para atender uma só e mesma finalidade:

realizar toda a essência humana em toda a existência humana, ou seja, realizar o ser humano em todos os indivíduos humanos, nas condições de dignidade condizentes com cada época da história da civilização. Em verdade, não só realizar, mas também garantir a humanidade que tem sido realizada ao longo de sua história.

Foi no fim do século XVIII, bem no início da era contemporânea, que se começou a falar em "direitos fundamentais do homem e do cidadão". Eles então surgiram de forma absoluta para combater a monarquia absoluta. Eram direitos absolutos opondo-se aos reis absolutos: um absoluto contra outro absoluto. Foi com esse sentido que as revoluções liberais os proclamaram como sendo direitos universais, imprescritíveis e inalienáveis do ser humano, em suma: direitos assim abstratos e básicos, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à fraternidade, à felicidade, à segurança e outros igualmente genéricos.

A esses direitos, convém chamar direitos humanos fundamentais ou principais. Melhor seria chamá-los principais, já que eles são princípios de outros direitos mais particulares, que neles se fundamentam, para dar-lhes maior concretude. Esses outros direitos os operam e concretizam em situações bem determinadas. Daí, por que, a estes direitos mais concretos e particulares, que são instrumentos de realização daqueles mais abstratos e gerais, convém chamar direitos humanos operacionais ou instrumentais.

Sucede assim um desdobramento em escala dos direitos humanos, em que o fundamental ganha operacionalidade em conjunturas mais determinadas, sem que nelas o operacional perca fundamentalidade, exatamente porque aí - no momento ou no lugar em que atua - o operacional está realizando o fundamental. Por isso mesmo - para não pôr a perder a humanidade do fundamental, nem a fundamentalidade do humano - é que os direitos humanos podem e devem ser sempre distinguidos dentro de uma escala de fundamentalidade, ao longo da qual tanto se vai de direitos principais para direitos operacionais, quanto se volta destes para aqueles. Isso, porém, em graus sucessivos, mas contínuos, de modo que, nessa interação, todo o humano continua a ser fundamental, assim como todo o fundamental continua a ser humano, sem separar direitos humanos de direitos fundamentais.

Todos esses direitos são direitos humanos fundamentais, porque mesmo os operacionais, no momento e no lugar em que concretizam os principais, são fundamentais, pois aí revestem a fundamentalidade do direito do qual são instrumento. No momento e no lugar em que opera, o direito operacional reveste a fundamentalidade do direito por ele defendido.

Veja-se, por exemplo, o direito ao sono. Tomado em si mesmo, em abstrato, não há por que incluí-lo nas declarações de direitos entre os fundamentais. Mas, no tempo e no lugar em que ele protege a vida e a saúde humanas, como, por exemplo, à noite nas imediações do Aeroporto de Congonhas em São Paulo, ele é fundamental como o direito à vida e à saúde, que ele defende. Daí, por que se proíbem as operações de vôo em Congonhas entre 23 e 6 hs. Outro exemplo: o direito de amamentar é igualmente operacional do direito à vida e à saúde. Mas vinha sendo negado ou dificultado nos presídios. Por isso se tornou fundamental garanti-lo na declaração de direitos individuais da Constituição de 88, cujo artigo 5o, inciso L, determina que "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação".

Como se vê desses exemplos, justamente porque os direitos humanos operacionais implementam os direitos humanos fundamentais, daí resulta uma consequência inegável: no momento e no lugar em que os operacionais implementam os fundamentais, eles são igualmente fundamentais. Sucede, realmente, uma escala de fundamentalidade ao longo da qual o operacional e o fundamental interagem, dependem um do outro e se condicionam mutuamente, de modo que todo direito humano, em seu momento de eficácia, é fundamental. Essa afirmação, tanto é verdadeira, que ela se verifica na prática histórica.

De fato, já desde as primeiras declarações de direitos, como as de 1789 e 1793 na França e a de 1772 nos Estados Unidos, os direitos mais fundamentais já vieram acompanhados de direitos mais operacionais. Assim, o direito à liberdade já apareceu implementado pelo direito de manifestar opiniões pela imprensa, pelo direito de se reunir pacificamente, pelo direito ao livre exercício dos cultos e por outros direitos, inclusive operacionais políticos, como o direito de reformar a Constituição e o de resistir à opressão. Interessante, que este último veio expressamente colocado como instrumental de todos os demais, já que o artigo 33 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão editada pela França em 24 de junho de 1793 proclamou expressamente: "a resistência à opressão é a consequência dos outros direitos do homem".

Mas, a história seguiu o seu curso e ao longo do século XIX o capitalismo selvagem, propiciado pela revolução liberal acoplada com a revolução industrial, desencadeou desmedida exploração das massas sociais por uma elite insensibilizada pelo poder econômico. A intensa miséria e a extensa revolta do povo vieram a ser resumidas pelo nome de "a questão social". Daí sobreveio - contra as doutrinas revolucionárias anticapitalistas: socialistas, comunistas e anarquistas - o entendimento de que era imperioso melhorar a condição social de exercer concretamente aqueles direitos que haviam sido declarados abstratamente, na origem do Estado liberal, tão alienados do meio social, que acabaram constituindo verdadeiros privilégios dos poderosos: da burguesia capitalista. Em conseqüência começaram a surgir direitos com vistas a proteger as categorias mais fracas em face das mais fortes nas relações sociais que mantinham, sobretudo nas de natureza econômica.

Assim, ao depois e ao lado do direito liberal, em que todos são tratados igualmente pela lei, sem levar em conta sua condição social e até sua condição física, adveio o direito social - integrado por novos direitos subjetivos de teor econômico, social e cultural, sucintamente chamados de direitos sociais - nos quais se trata desigualmente os desiguais na proporção em que se desiguam. Entretanto, apesar de serem novos porque eram assim diferentes, estes direitos concretamente sociais - gerados pelo Estado Social de Direito que sobreveio ao liberalismo - não eram senão a implementação de meios materiais (econômicos, sociais, culturais) para assegurar a todos os indivíduos o gozo daqueles direitos abstratamente individuais gerados pelo Estado Liberal de Direito, o qual no alvorecer da era contemporânea havia superado o Estado Absoluto.

No fundo, têm sido vistas aí duas gerações de direitos: a primeira, de direitos individuais; e a segunda, de direitos sociais. Mas facilmente se verifica que os direitos declarados no Estado Social de Direito não eram senão - verdadeiramente - direitos humanos operacionais dos direitos humanos principais declarados no Estado Liberal de Direito, no princípio histórico da era contemporânea. Aqueles continuam estes, para dar-lhes concreção. Estes foram gerados em função daqueles, dos quais são conseqüentes e instrumentais.

Há, portanto, em vez de gerações, uma continuidade de geração de direitos subjetivos, buscando os direitos sociais dar eficácia aos direitos individuais e inovando - passando de absolutamente individual, para relativamente social - a função em que os direitos subjetivos são considerados no direito objetivo. Assim, não somente a propriedade, como também todos os demais objetos do direito - até mesmo a liberdade - foram postos em função social, moderadora de sua função individual. Essa inovação social dos direitos subjetivos começou na relação de trabalho, mas ao longo do século XX se espalhou para outras, alcançando enfim as relações de família.

Está presente nos diversos ramos do Direito e, também, no direito de família esse desdobramento contínuo e conseqüente dos direitos em fundamentais e operacionais, sendo estes também fundamentais no tempo, no lugar e na medida em que realizam aqueles. Assim, cabe perguntar: qual é no direito de família o direito humano fundamental de todos os outros? A resposta é uma só: é o próprio direito à família.

Quando se pensa em direitos humanos fundamentais o que primeiro vem à mente é o direito à vida. Mas não se pode pensar na vida humana sem pensar na família. Uma implica a outra, necessariamente. Daí que - também necessariamente - o direito à vida implica o direito à família, fundando-o primordialmente, como o primeiro na ordem jurídica da família, o mais fundamental dos direitos de família.

Também não é possível pensar outros direitos humanos fundamentais sem pensar na família. O direito à liberdade e à igualdade, à fraternidade e à solidariedade humanas, à segurança social e à felicidade pessoal, bem como outros direitos humanos fundamentais, todos eles dão fundamento ao direito à família e remetem ao recinto familiar - o lar - onde eles se realizam mais efetivamente, desde que envolvidos e amparados pelo afeto.

Da família, o lar é o teto, cuja base é o afeto. O lar sem o afeto desmorona e nele a família se decompõe. Por isso, o direito ao afeto constitui - na escala da fundamentalidade - o primeiro dos direitos humanos operacionais da família, seguido pelo direito ao lar, cuja essência é o afeto. Assim, mesmo sendo subsidiários do direito à família, o direito ao afeto e o direito ao lar são tão fundamentais quanto ele para os demais direitos operacionais da família.

Originado e assegurado pelo afeto, o lar é o recinto basilar da família. Para ele a família converge. Nele a família convive. Por isso, nos seus vários aspectos, o físico, o social, o econômico e o psíquico, o direito ao lar se associa aos demais direitos operacionais da família.

Não só aos direitos que garantem a infra-estrutura física da entidade familiar, como o direito à moradia e ao bem de família, como também aos direitos que promovem e protegem a família em sua estrutura social, como o direito a contrair o casamento ou a permanecer na união estável, o direito à igualdade entre o marido e a mulher, o direito ao planejamento familiar, o direito ao poder familiar, o direito à obediência filial, o direito à paternidade, à maternidade e à adoção responsáveis, o direito à assistência familiar.

Também, o direito ao lar está ligado aos direitos que zelam pela boa estrutura econômica da família, como o direito ao condomínio patrimonial, o direito à gratuidade do casamento, o direito à herança e sucessão, a alimentos e pensões. Enfim, está ligado aos direitos que dizem com a superestrutura cultural e psíquica da entidade familiar, tais como o direito à vivência doméstica e à convivência familiar, o direito ao apoio da família à saúde, educação, edificação e solidificação da pessoa humana, o direito ao reconhecimento da paternidade, maternidade ou filiação ignoradas, o direito ao parentesco e à afinidade, bem como ao respeito e à amizade entre os familiares.

Eis aí um elenco de direitos que se somam para justificar por que o direito de família encontra no direito à família o fundamento de todos os direitos de família, em contexto interativo com os direitos humanos fundamentais e operacionais. Contudo, por entre esses direitos que entre si já estão ligados por razões humanas, ainda há uma liga mais íntima mas igualmente forte - um direito-amálgama - que os cimenta a todos eles. Tal direito é o que tem por objeto o afeto e que, exatamente pela força do seu objeto, antecede e dá consistência aos demais direitos operacionais, inclusive ao próprio direito ao lar, ao qual todos eles estão associados.

Muito antes de todos esses direitos operacionais do direito fundamental à família - e tanto enlaçando quanto recobrando a todos eles com o manto da ternura e do carinho, da dedicação e do empenho, do compromisso e da responsabilidade para com as pessoas a quem se cativa - vem o direito mais imprescindível à saúde física e psíquica, à estabilidade econômica e social e ao desenvolvimento material e cultural da família e do seu lar: o direito ao afeto, cuja máxima expressão é o direito ao amor.

No senso comum, amor e afeto são vice-versa. Ou mais ainda: o amor é a origem e a plenitude, a substância e a culminância do afeto. Não há - não se desenvolve - um sem o outro. Entre os humanos, o mais puro afeto - a mais irrestrita afeição - é o amor. O amor deve prevalecer, porque ele faz do indivíduo humano um ser humano. Identifica-nos e, assim, gera em todos nós a solidariedade entre todos nós, que é a única força capaz de construir - dignamente - a humanidade em todo o agrupamento humano, a partir de sua grei inicial: a família.

Eis aí como o afeto é o laço não apenas interno (entre os familiares), mas também externo (entre as famílias), capaz de - pondo a humanidade em cada família - compor com todas as famílias, enfim, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será como sempre foi: a família. É por esse enlaçamento afetivo maior - visando a construir a humanidade pela força maior da solidariedade humana em cuja origem está a solidariedade familiar - que se amarram entre si, inseparavelmente, os direitos humanos e os direitos de família, a principiar do próprio direito fundamental à família, que - a mais e acima de estar lastreado em todos os direitos fundamentais da humanidade - também tem por lastro o direito maior de todos os direitos humanos: o direito à humanidade.

Igualmente dizem de perto com a família os direitos humanos operacionais que foram gerados no Estado Social de Direito - direitos sociais, tanto aqueles que têm por sujeito o trabalhador, a mulher, o menor, o idoso, o deficiente físico e outros hipossuficientes, quanto aqueles que têm por objeto o trabalho, o inquilinato, a saúde, a educação, o lazer, a cultura e outros valores instrumentais e operacionais, que incrementam a realização dos valores mais fundamentais e principais da existência humana digna, em equação com os padrões de civilização a que a humanidade vai galgando em sua evolução histórica.

Por fim, não há esquecer - a par da visão do lar - a macrovisão que situa a família no universo social como um verdadeiro direito difuso que não pode ser negado a nenhum sujeito humano a respeito de nenhum objeto humano, indistintamente, sem nenhuma discriminação anti-humana ou exclusão desumana, mas em plenitude humana. O direito à família vem a atender, assim, às características definidoras dos direitos difusos: indeterminação dos sujeitos e indivisão dos objetos. Nesse aspecto difuso, mais que em qualquer outro, "a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade", tendo por isso direito à proteção da própria sociedade e do Estado em que ela se constitui. Assim, tal como proclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem (XVI, 3), aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de

1948, consoante com muitas Constituições a ela anteriores ou posteriores, como a Constituição brasileira de 1988, que declara ser a família a base da sociedade (art. 226, "caput"). A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, dedicou especial atenção à família, ao longo dos artigos numerados de 226 a 230, no Capítulo VII, intitulado "Da família, da criança, do adolescente e do idoso" dentro do Título VIII, que trata "Da ordem social". Muitos dizem - e não deixam de ter razão - que aí o direito constitucional revolucionou o direito de família. De pronto, no artigo 226, a preocupação do Constituinte se voltou para a proteção constitucional das entidades familiares, não só do casamento, como também daquelas que - em virtude da própria dinâmica da evolução social - irromperam ao lado do casamento, no ímpeto de superar muitas das exclusões de que secularmente é portador o "bom e correto" conceito de família: hierarquizado e patriarcal, senhorial e patrimonial e, certamente, crivado de machismo, antifeminismo e outros preconceitos.

Foi com esse intuito realista - manifestação de uma mentalidade aberta e progressista - que o Constituinte deu amparo constitucional ao concubinato, até mesmo lhe aplicando novo nome, união estável (CF art. 226, § 3o), com o justo propósito de livrá-lo da carga de tabus e discriminações que lhe impunha o antigo nome - surgido na prática doutrinária jurisprudencial, cuja espontaneidade amiúde não a livra de ser contaminada pelos preconceitos sociais.

Com igual propósito, o Constituinte fez outra substituição de termos: em vez de desquite, falou separação judicial, ao lado da separação de fato, ambas prévias ao divórcio, ainda que por uma injustificada dilação de um ou de dois anos (CF art. 226, § 6o), que contradiz aí a mentalidade socialmente avançada que inspirou a ação constituinte.

Em compensação, essa mentalidade é afirmada clara e solidamente em outros dispositivos constitucionais, como naquele que assegura a plenitude da igualdade entre a mulher e o marido no referente aos direitos e deveres de sua sociedade conjugal (CF art. 226, § 5o). Nada mais justo e, ademais, condizente com o estágio histórico atual da civilização ocidental.

Igualmente, o mesmo intuito lastreado na mesma mentalidade - de realismo, igualdade e justiça no trato dos fenômenos sociais - fez a Constituição abrigar, e também de modo expresso, outra forma de entidade familiar que existe ao lado do casamento, mas diferente dele, ainda que muitas vezes derivada dele: a família monoparental (CF art. 226, § 4o).

Eis aí como a "mens legislatoris" fundiu a "mens legis" na elaboração da Constituição brasileira de 1988. Claramente se vê que uma tal mentalidade constituinte e a mente por ela constituída na Lei Maior, ainda que de modo expresso não hajam albergado outras formas de entidade familiar, não virão a opor-se ao reconhecimento legislativo, ou ao menos doutrinário e jurisprudencial, de novas formas de entidade familiar não previstas na enumeração constitucional do artigo 226 e seus parágrafos, tais como a família anaparental ou amparental, que se lastreia no afeto familiar, mesmo sem contar com a presença de pai ou mãe, e a família homoafetiva, que também se lastreia no afeto familiar, mesmo sem conjugar um homem com uma mulher.

Ademais - mas não depois dos demais - a criança e o adolescente. Embora não sejam a única, eles constituem uma das razões maiores - uma das causas principiais ou, dizendo o mesmo, um dos princípios causais - da família. O que faz deles o objeto de um especial afeto - o afeto paternal e maternal - que se alia ao afeto de toda a família e, além da família, o afeto de toda a sociedade, que se empenha em protegê-los da melhor maneira possível, como se deve proteger - dignamente - o ser humano na sua origem e na sua primeira evolução. Daí, por que o Estado em que a sociedade brasileira se constitui fez por assegurar constitucionalmente os direitos humanos fundamentais da criança e do adolescente, assim como os seus principais direitos operacionais. Basta ler os artigos 227, 228 e 229 da Constituição da República.

Por derradeiro, o artigo 230 cerca o idoso do afeto constituinte, refletindo o afeto familiar e o afeto social que por eles nutrem todos os que deles nasceram ou dependeram ou com eles conviveram, ao longo de sua vida. Garantem-se no "caput" desse artigo direitos humanos fundamentais dos idosos, como o direito à vida, à dignidade, ao bem-estar, cuja implementação se dá por direitos comunitários e sociais de caráter operacional, mas igualmente fundamental, por isso também versados no "caput", tais como o direito ao amparo familiar, social e estatal, o direito à participação na comunidade. O § 1o assegura aos idosos, com ênfase particular, o direito ao lar.

Enfim, o § 2o garante ao idoso um direito muito significativo para a compreensão e a comprovação da fundamentalidade dos direitos humanos operacionais, pela qual se inibe e se desautoriza a separação entre direitos fundamentais e direitos humanos, sugerida por alguns doutrinadores - em geral, imbuídos da ideologia de um positivismo jurídico tão extremado quanto

obcecado e, por isso, distanciado da realidade humana. Se não, vejamos.

O transporte coletivo urbano em condições humanas normais é um direito social operacional da liberdade individual de locomoção e, assim também, de outros direitos individuais. Mas, no caso particular do idoso, como de outros indivíduos cujo estado físico transitório ou permanente lhes dificulte a locomoção, por exemplo, a mulher grávida e os portadores de deficiência física, o direito ao transporte coletivo é matizado por uma especial condição humanitária, que lhe dá, nesses casos em que ele realiza o direito humano de locomoção, uma fundamentalidade (concreta) equivalente à fundamentalidade (abstrata) do direito realizado.

É dessa maneira - com reflexo na própria Constituição jurídica da sociedade política - que o direito de família principia pelo e no direito à família e faz dele decorrer - interagindo em níveis de fundamentalidade e operacionalidade interligados - todos os direitos de família, que são aqueles direitos humanos que o indivíduo tem em função da família, os quais por isso são direitos funcionais - operacionais - das diversas entidades familiares.

Nessa decorrência e com essa funcionalidade, o direito de família vem alcançando e envolvendo sempre mais sujeitos e objetos, no quanto tem sido historicamente necessário e possível para realizar o ser humano nos indivíduos humanos, cada vez com mais dignidade (melhor qualidade) de humanismo e com mais inclusão (maior quantidade) de pessoas.

É nessa medida histórica de dignidade e inclusão que os direitos humanos da família, principiando no direito à família, evoluem para realizá-la - ou preservar a sua realização - cada vez mais concretamente. Mas essa concreção somente será integral em sua qualidade e quantidade, como reclama a universalidade qualitativa e quantitativa a que tendem os direitos humanos, se alcançar a família nas diversas ocasiões e situações em que ela se manifeste, assim como nos diversos sujeitos e objetos em que ela se desenvolva. E não apenas no casamento, na união estável e no concubinato.

Também, outras formas igualmente existentes, mas desigualmente tratadas pelo direito, devem ser resguardadas e promovidas pelos direitos de família operacionais. Ainda excluídas, mas devendo ser incluídas, como as entidades familiares reconhecidas juridicamente, estão as entidades familiares que não contam com um dos pais (famílias monoparentais) ou com nenhum deles (famílias anaparentais ou ampARENTAIS) - as quais se tornam cada vez mais freqüentes nos meios sociais brasileiros, sobretudo nos grandes centros urbanos.

De mais a mais, além dessas, nem sequer há por que privar dos direitos de família fundamentais e operacionais outra forma de entidade familiar que, embora antiga, ainda é recusada pelos preconceitos antepostos ao conceito de família. Trata-se da família homoafetiva, que se forma em torno da união conjugal entre pessoas do mesmo sexo. Entrando na atualidade em acelerado processo de afirmação, esse tipo de família, cujo suporte psíquico é o afeto homossexual, exige ser reconhecido pela legislação do direito de família, pois nada justifica excluir dos direitos humanos nenhum dos seus integrantes - inclusive as crianças adotadas ou, mesmo, as procriadas como filhos por inovadores processos de concepção e gestação.

Desse modo, centrados na entidade familiar em que convivem, os conviventes anaparentais ou ampARENTAIS, assim como os homossexuais, clamam por um justo e completo reconhecimento jurídico. É injustiça - indigna do Estado de Direito - deixá-los à margem ou à míngua dos direitos humanos familiares, seja do direito fundamental à família, seja dos direitos de família operacionais.

Os direitos humanos - indo desde a criança até o idoso - desfraldam a bandeira da universalidade, mas não de forma abstrata como na sua geração inicial, porém de forma historicamente condicionada como nas suas gerações operacionais. Por isso mesmo, dada a sua tendência à concretude, que completa a sua tendência à universalidade, os direitos humanos repelem a exclusão de quaisquer entidades familiares verificáveis na evolução da família humana. De fato como de direito, admitir alguma exclusão seria negar o direito de família no seu núcleo fundamental - o direito à família - inibindo a partir daí a teoria e a prática dos direitos operacionais que desse núcleo defluem e em torno dele gravitam.

Daí, por que é inconstitucional o "caput" do artigo 1.790 do novo Código Civil ao excluir o companheiro ou a companheira do direito de participar da sucessão do outro senão, estritamente, "quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável". Se a Constituição equipara a união estável ao casamento ao incluí-la entre as formas de entidade familiar que igualmente aceita como válidas, resulta inconstitucional qualquer exclusão aplicada aos companheiros por união estável, que os discrimine "in pejus", em cotejo com os cônjuges por casamento. Tal dispositivo do artigo 1.790 do Código Civil recém-posto em vigor fere a

isonomia entre as entidades familiares assegurada pela Constituição nas disposições do seu artigo 226. É fulminante e irreparável a sua inconstitucionalidade.

Enfim, tendo por epicentro o afeto e por centro o lar por ele constituído e mantido, os direitos humanos familiares - tanto o direito fundamental à família, quanto os direitos operacionais da família - não mais podem ser recusados a nenhuma outra forma de entidade familiar que exista na sociedade brasileira, além das expressamente declinadas no artigo 226 e seus parágrafos da Constituição. Ainda mais, porque a enumeração feita pelo Constituinte não veio como "numerus clausus" para fechar a evolução do direito de família, mas sim como "numerus apertus" a todas as entidades e realidades familiares que - existentes diante do direito constitucional da família brasileira - por ele não podem ser ignoradas de nenhum modo. Se ainda são esquecidas pela legislação, ao menos devem ser lembradas, por ora e de imediato, pela jurisprudência e pela doutrina constitucionais.

Em suma, nenhuma das enumerações que o Constituinte fez com mentalidade aberta é fechada para as necessidades históricas da família brasileira, porque seria uma contradição se assim fosse. No Brasil, a atual enumeração constitucional dos direitos e das entidades familiares não é fatal para a ciência e a consciência jurídicas da família. Ao contrário, para estas é inicial de uma nova era, na qual jamais devem cessar, mas sempre acelerar o seu evoluir, de modo que o direito de família brasileiro seja sempre - não só o mais humano dos direitos - como também o mais humano dos direitos humanos.