
A Família Democrática

Maria Celina Bodin de Moraes*

*Did you, too, O friend, suppose democracy was only for elections,
for politics, and for a party name? I say democracy is only
of use there that it may pass on and come to its flower
and fruit in manners, in the highest forms of
interaction between [people], and their beliefs –
in religion, literature, colleges and schools –
democracy in all public and private life... ***
– Walt Whitman

Sumário: Introdução; 1. Democracia em pequenos grupos;
2. O modelo democrático de família; 3. A democratização
da família no Brasil: o papel da Constituição; 4. O que já
mudou; 5. O que está mudando; 6. O que falta mudar;
Conclusão.

Introdução

Acusada ao longo de parte do séc. XX de ser uma instituição em crise, decadente e destinada a desaparecer,¹ a família, nos últimos decênios, transformou-se, passando a responder a muitas das aspirações individuais presentes no mundo ocidental.² De fato, quase quarenta anos depois do movimento cultural de jovens que a considerava a principal fonte de repressão e de conformismo social, a família tem sido vista como um espaço privilegiado de solidariedade e de realização pessoal.

A idéia de ambiente familiar experimenta, na contemporaneidade, um momento de esplendor, tendo se tornado um anseio comum de vida, com o desejo generalizado de

* Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ e Professora Associada do Departamento de Direito da PUC-Rio.

** “Você também, amigo, acreditava que democracia se aplicava apenas às eleições, à política e aos partidos? Eu digo que a democracia se aplica exclusivamente lá onde ela se irradia e gera flores e frutos: nos comportamentos, nas mais altas formas de interação [entre as pessoas] e crenças – religião, literatura, universidades e escolas – democracia em toda a vida pública e privada...”

¹ V., por todos, David Cooper, *A Morte da Família*, São Paulo: Martins Fontes, 1986 [1974].

² Com efeito, a afirmativa parece ser verdadeira em relação a todos os países ocidentais. A propósito, foi dito a respeito da Inglaterra, que a vida familiar e o direito de família sofreram nos últimos trinta anos, naquele país, modificação de tal maneira significativa que o direito de família em vigor até os anos 70 parecia mais próximo àquele do início do século XIX do que ao atual: assim, John Eekelaar, *The End of an Era*, in S. N. Katz, J. Eekelaar and M. MacLean, *Cross Currents. Family Law and Policy in the United States and England*, London: Oxford University Press, 2001, p. 637.

fazer parte de formas agregadas de relacionamento baseadas no afeto recíproco.³ 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.⁴

Embora a modernidade tenha nascido sob a promessa de uma esfera privada como espaço de satisfação e de cuidados emocionais, esta só começou realmente a ser cumprida recentemente, quando o modelo tradicional foi posto por terra. Assim, por exemplo, na maior parte dos países ocidentais, inclusive no Brasil, o poder marital desapareceu,⁵ tendo havido, em seguida e em consequência, a supressão da figura do chefe da família. Além disso, do ponto de vista estrutural, diversos fenômenos sócio-demográficos contribuíram para a alteração radical da vida familiar. Quanto ao casamento, por exemplo, numerosos foram os casais que passaram a coabitar, independentemente de qualquer vínculo formal; tantos outros se divorciaram;⁶ inúmeras as crianças nascidas de pais não casados, e que até recentemente seriam consideradas ilegítimas. Concomitantemente, mais mulheres começaram a trabalhar fora e a compartilhar os encargos econômicos da família. Para tanto, adiaram o início da vida conjugal em prol de uma trajetória profissional, passando a ter filhos cada vez mais tarde, quando já dotadas de alguma independência financeira.⁷

Este processo foi acompanhado de perto pela legislação e pela jurisprudência brasileiras que tiveram nas duas últimas décadas, inegavelmente, um papel promocional na construção do novo modelo familiar. Tal modelo vem sendo chamado, por alguns especialistas em sociologia, de “democrático”⁸, correspondente, em termos históricos, a

³ Segundo Elizabeth Roudinesco, *A Família em Desordem*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 198: “A família é atualmente reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições”.

⁴ Tal era o modelo de família, concebido pela sociedade burguesa, que se consolidara desde meados do séc. XIX, fundado no casamento indissolúvel, vivido e propagado pela camada social que conduziu a passagem histórica da sociedade agrária à sociedade industrial. A família burguesa, hoje chamada de tradicional, tinha sua estabilidade garantida pela legislação civil e pelo exercício de um rígido controle social. Como se sabe, ambos os fatores alteraram-se profundamente no último quartel do séc. XX.

⁵ O poder marital no Brasil só acabou em 1988, com a promulgação da Constituição, que estabeleceu no art. 226, § 5º, a igualdade entre os cônjuges, embora alguns autores tenham insistido em mantê-lo vivo sob o argumento de que a Constituição não havia revogado o art. 233 do Código Civil de 1916.

⁶ Para uma análise da rotinização das separações nas classes médias brasileiras, v. Gilberto Velho, *Nobres e Anjos*, Rio de Janeiro: FGV, 1998.

⁷ Evidentemente, o texto se refere às camadas médias da população, às quais, com efeito, se aplicam, com generalidade, as disposições dos códigos civis.

⁸ V., por todos, Anthony Giddens, *A Terceira Via: Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia*, Rio de Janeiro: Record, 2000 e *A Transformação da Intimidade. Sexualidade, Amor e Erotismo nas Sociedades Modernas*, São Paulo: Unesp, 1992. V., na mesma perspectiva, François de

uma significativa novidade, em decorrência da inserção, no ambiente familiar, de princípios tais como a igualdade e a liberdade.⁹ Deste modelo, e de suas características jurídicas, trata este artigo.

1. Democracia em pequenos grupos

Qualquer decisão, se envolve mais de uma pessoa, pode ser tomada através de um procedimento de tipo democrático. Seja na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, seja em uma comunidade, associação de moradores, assembléia de acionistas ou na família, a decisão do grupo pode dar-se, ou não, de acordo com princípios democráticos.¹⁰

Segundo John Gastil, a democracia, quando vivenciada em pequenos grupos, tem certas peculiaridades: “Um pequeno grupo é democrático”, diz ele, “se distribui igualmente o poder de decisão, têm membros comprometidos com a democracia, relacionamentos saudáveis entre seus membros e um método democrático de deliberação.”¹¹ O método de deliberação é tido como democrático quando os membros do grupo detêm iguais e adequadas oportunidades de falar e são capazes e querem ouvir. Além disso, é preciso que o tempo para a deliberação do grupo seja suficiente. Democracia se faz através de diálogo, não há instâncias superiores a quem recorrer.

Todavia, a democracia descreve um ideal, e não oferece o método para atingi-la. “Ela não se configura como uma instituição consolidada; trata-se um projeto histórico”.¹² A tal ponto que um de seus mais ilustres teóricos prefere usar, para descrever tais formas representativas de governo, o termo “poliarquia” sob o argumento de que democracia propriamente dita é sistema político que ainda não foi realizado por nenhuma sociedade.¹³

Democracia como modelo significa igualdade, social e civil, e a rejeição de qualquer discriminação e preconceito. O termo diz respeito também à liberdade,

Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris: Nathan, 1993 e *Famille et individualisation*, 2 vols. Paris: Harmattan, 2001.

⁹ Segundo Frank Pittman, *Man Enough: Fathers, Sons and the Search for Masculinity*, New York: G. P. Putnam's Sons, 1993, p. 6: “Family life in Western society since the Old Testament has been a struggle to maintain patriarchy, male domination, and double standards in the face of a natural drift towards monogamous bonding.”

¹⁰ John Gastil, *Democracy in Small Groups: Participation, Decision Making and Communication*, Philadelphia: New Society Publishers, 1993, p. 4.

¹¹ J. Gastil, *Democracy in Small Groups*, cit., p. 6.

¹² Charles Lummis, *The Radicalism of Democracy* apud J. Gastil, *Democracy in Small Groups*, p. 5.

incluindo a liberdade de decidir o curso da própria vida e o direito de protagonizar um papel ao forjar o destino comum. Abriga ainda as noções de pluralismo e de diversidade cultural, vinculando solidariamente os membros de grupos diversos. Ela se refere, enfim, a um amplo espectro de perspectivas e de estilos de vida, interligando os diferentes grupos sociais em direção à coexistência pacífica e a uma respeitosa integração.

Portanto, a democracia representa um ideal, o ideal de uma comunidade coesa de pessoas, vivendo e trabalhando juntas, e buscando mecanismos justos e não violentos de conciliar seus conflitos. Democracia, no seu mais amplo sentido, pode ser definida como “a arte de viver junto”.¹⁴

Em 1949, porém, em seguida ao pós-guerra, o sociólogo americano Bruno Lasker fazia notar que “há uma enorme diferença entre aceitar o ideal democrático para a sociedade como um todo e estar disposto a aceitá-lo como um guia para a conduta pessoal diária de cada um.”¹⁵ Ele acentuava uma característica marcante da sociedade da época e que perdurou até quase os nossos dias: a democracia no espaço público podia conviver com a autocracia no espaço privado, concedendo a legislação de então completo aval para o exercício, pelo marido e pai, de um poder verdadeiramente totalitário, embora exercitado em nome do bem-estar da instituição.

A família tradicional apresenta-se como triplamente desigual: nela, os homens têm mais valor que as mulheres; os pais, maior importância que os filhos e os heterossexuais mais direitos que os homossexuais.¹⁶ Em contraposição ao modelo tradicional propõe-se atualmente o modelo da família democrática, onde não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia, e onde se busca pôr em prática o slogan outrora revolucionário: igualdade, liberdade e solidariedade.

2. A democratização da família

Em termos sociológicos, a tendência da família contemporânea é tornar-se um grupo cada vez menos organizado, menos hierarquizado e independente de laços

¹³ Robert Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven: Yale University Press, 1989.

¹⁴ Christine Beasley, How Can the Family Breed Democracy?, in *Marriage and Family Living*, August 1953, p. 201.

¹⁵ Bruno Lasker, *Democracy through Discussion* apud J. Gastil, *Democracy in Small Groups*, p. 143.

¹⁶ François de Singly, Famille démocratique ou individus tyranniques, in *Libération*, 27 juillet 2004. Disponível em <http://www.france.qrd.org/assocs/apgl/presse/libe20040727-1.htm>, acesso em 10.10.2005.

consangüíneos, e cada vez mais baseado em sentimentos e em valores compartilhados.

Na verdade, a partir da década de 1960, no mundo ocidental, a família começa a tornar-se mais atraente porque um de seus princípios fundadores passa a ser o respeito, tanto dos maridos com relação às mulheres, quanto dos pais em relação aos filhos – com o reconhecimento destes como pessoas –, alterando significativamente as relações de autoridade antes existente entre os seus membros.¹⁷ Além disso, uma certa igualdade de tratamento entre os cônjuges, garantida por lei,¹⁸ passou a caracterizar o grupo familiar, também contribuindo para a relevante mudança que permitiu a ampliação, tempos depois, dos espaços de autonomia, crescimento individual e auto-afirmação de cada membro dentro do grupo.

Como observa François de Singly, os indivíduos das sociedades contemporâneas ocidentais não podem ser comparados aos das gerações precedentes, dado o imperativo atual de tornarem-se indivíduos originais e únicos. Em consequência, a família modificou-se para produzir esses indivíduos, podendo-se notar dois momentos distintos ao longo do séc. XX. Até a década de 1960, a comunidade familiar ainda permanecia como uma unidade totalizadora, a serviço da qual agiam seus membros; a partir de então, caracteriza-se por uma nova concepção dos indivíduos em relação a seu grupo de pertencimento, na medida em que eles se tornam, como membros, mais importantes do que o conjunto familiar: o indivíduo único, cuja “verdadeira natureza” deve ser respeitada e incentivada.¹⁹

Para Anthony Giddens “a família está se tornando democratizada, conforme modos que acompanham processos de democracia pública; e tal democratização sugere que a vida familiar poderia combinar escolha individual e solidariedade social”.²⁰ Segundo Giddens, um dos principais teóricos desta concepção, a democratização no contexto da família implica igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão através da comunicação, resguardo da violência e integração social.²¹

Os relacionamentos familiares democráticos ensejam responsabilidade compartilhada pelo cuidado da criança, especialmente maior partilha entre mulheres e homens, na medida em que, na sociedade atual, as mães arcam com parcela

¹⁷ François de Singly, A Reinvenção da Família, in *Label France*, n. 39, abril de 2000, p. 3. V., também, do Autor, *Le soi, le couple e la famille*, Paris: Nathan, 1996.

¹⁸ Faz-se referência ao Estatuto da Mulher Casada, de 1962.

¹⁹ François de Singly, *Famille et individualisation*, cit., *passim*.

²⁰ Anthony Giddens, *A Terceira Via*, cit., p. 98.

desproporcional dos custos, embora desfrutem de parcela também desproporcional das recompensas emocionais dos filhos.²²

Quanto aos filhos, os pais não mais assumem como missão transformá-los em decorrência de princípios exteriores. A autoridade parental dilui-se na noção de respeito à originalidade da pessoa (do filho), valorizando-se outras qualidades que não a obediência e a tradição. No seio familiar, a educação deixa de ser imposição de valores, substituindo-se pela negociação e pelo diálogo. Os pais, então, colocam-se na posição de ajudar os filhos a tornarem-se si mesmos, sendo este considerado atualmente o melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesta família democrática, a tomada de decisão deve ser feita através da comunicação, através do falar e do ouvir. Entre marido e mulher, busca-se atingir o consenso; entre pais e filhos, a conversa e o diálogo aberto. Mas tampouco falta autoridade na família; no entanto é uma autoridade democrática que ouve, discute e argumenta. Sustenta-se que a autoridade deve ser negociada em relação aos filhos. Não há espaço para a tirania na família democrática, nem por parte dos pais e nem por parte dos filhos. Em síntese, segundo Giddens, a família democrática caracteriza-se pelos seguintes traços distintivos: igualdade emocional e sexual, direitos e responsabilidades mútuas, guarda compartilhada, co-parentalidade, autoridade negociada sobre os filhos, obrigações dos filhos para com os pais e integração social.²³

Ora, a família democrática nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõe, é respeitada, incentivada e tutelada.²⁴ Do mesmo modo, a família “dignificada”, isto é, abrangida e conformada pelo conceito de dignidade humana é, necessariamente, uma família democratizada.

Sendo a família a base da sociedade, mudanças na família geram mudanças sociais. Quanto mais famílias democráticas, maior o fortalecimento da democracia no espaço público e vice-versa. Além disso, e evidentemente, quanto mais democracia houver nos pequenos grupos, mais democrática será a sociedade na qual eles

²¹ Anthony Giddens, *A Terceira Via*, cit., p. 99.

²² Luciana Suárez Grzybowski, Famílias Monoparentais, in A. Wagner (org.), *Família em Cena*, Petrópolis: Ed. Vozes, 2002, p. 39 e ss.

²³ Anthony Giddens, *A Terceira Via*, cit., p. 99.

²⁴ Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, v. Maria Celina Bodin de Moraes, O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo, in I. Sarlet (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 105-147.

coexistem.²⁵

Em 1994, por ocasião da comemoração do Ano da Família, a Organização das Nações Unidas declarou a família como configurando “a menor democracia no seio da sociedade”, consagrando desta forma as transformações ocorridas nas décadas anteriores no mundo ocidental, e assim incentivando, por outro lado, sua extensão em âmbito mundial.

Tais mudanças também ocorreram no Brasil, não obstante a generalizada tradição da família patriarcal, tão bem descrita por Gilberto Freire. Em tema de família, o que aconteceu em outros países nas última décadas foi particularmente relevante para a cultura nacional e a nossa tendência revelou-se como absorvente, ao menos em parte, das principais mudanças legislativas levadas a cabo nos países mais desenvolvidos, principalmente na Europa continental e nos Estados Unidos.

De fato, profunda foi a transformação operada no âmbito das relações familiares em nosso país. Neste particular, ressalta-se a atual configuração instrumental dessas comunidades: se todas as pessoas são igualmente dignas, nenhuma instituição poderá ter o condão de sobrepor o seu interesse ao dos seus membros. 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.

3. A democratização da família no Brasil: o papel da Constituição

A Constituição de 1988 representa o marco fundamental do novo modelo familiar, tendo ela dado o passo definitivo em direção à democratização da família brasileira, seja que no diz respeito ao estabelecimento da igualdade, seja no que tange à garantia da liberdade e à imposição da solidariedade. A Constituição, por outro lado, considerou a família como a base da sociedade (art. 226), isto é, como a base de uma sociedade que ela própria define como democrática, pois constituída sobre um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*).

Das três desigualdades antes apontadas como definidoras da família tradicional – isto é, entre homens e mulheres, entre pais e filhos e entre heterossexuais e

²⁵ A. Giddens, *A Transformação da Intimidade*, cit., p. 213.

homossexuais –, a Constituição tratou expressamente de duas delas: estabeleceu no art. 226, § 5º, a igualdade dos cônjuges no casamento e no art. 227, ao garantir absoluta prioridade às crianças e aos adolescentes, atribuiu aos filhos a posição de centralidade no grupo familiar. Quanto à terceira desigualdade, ao ampliar as formas de organização da família (art. 226, §§ 3º e 4º), o Texto Constitucional abriu a possibilidade para novas formulações, inclusive para a chamada união homoafetiva.²⁶

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 ou enfermos (art. 229).

Houve dois importantes diplomas legislativos precursores desta virada legislativa em prol da democratização. Com o Estatuto da Mulher Casada, de 1962, e a Lei do Divórcio, de 1977, a concepção da família patriarcal já mudara de modo significativo no que se refere à igualdade dos cônjuges e à igualdade entre os filhos.

Todavia, foi consequência das opções constitucionais em relação à família que se anunciou o ingresso, no ordenamento brasileiro, de uma concepção de família completamente diversa da concepção anterior: “Altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros”.²⁷

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

²⁶ Sobre o tema, remete-se a Maria Celina Bodin de Moraes, *A União entre Pessoas do Mesmo Sexo: Uma Análise sob a Perspectiva Civil-Constitucional*, in *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, n. 1, 2000, pp. 89-112. V. item 5, *infra*.

²⁷ Gustavo Tepedino, *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*, in *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 395 e ss.

contrapartida, o confronto de duas forças claramente paradoxais: de um lado, a autonomia e a possibilidade de crescimento individual e, de outro, a imprescindibilidade de compartilhamento de projetos comuns.²⁸

A autonomia é reforçada pela instabilidade dos casamentos, instabilidade que é decorrente da maior possibilidade de escolhas no que se refere à estrutura familiar mais conveniente, efeito este da ampliação das formas tuteladas, e da consagração da igualdade de direitos entre os cônjuges.

A disseminação do divórcio, na realidade, provocou conseqüências determinantes para o sistema familiar como um todo, passando o casamento a representar a realização de projetos individuais e não, como antes, um assunto pertencente ao domínio dos parentescos de origem. A perda do caráter único da relação mudou sua qualidade, sua natureza e seu significado, tornando o casamento contemporâneo muito menos abrangente em suas implicações sociológicas.²⁹

Como resultado deste processo, a filiação assumiu a posição de centralidade na família em lugar da conjugalidade, agora instável, e esta mudança de eixo permitiu a renovação da instituição, mantendo porém sua coesão: centrada na filiação, continua a família a atribuir os lugares da parentalidade, da ordem genealógica, e a garantir a sucessão das gerações, permanecendo assim em lugar de destaque, isto é, na base da sociedade, compativelmente com o previsto no art. 226, *caput*, da Constituição da República.

4. O que já mudou

Em virtude da instauração da concepção essencialmente democrática de família, com o estabelecimento das diretrizes constitucionais relativas à igualdade, à liberdade e à solidariedade na família, a normativa infraconstitucional não teve outra alternativa senão obedecer aos mandamentos do Texto Maior. A promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente foi apenas um dos primeiros exemplos de aplicação da

²⁸ Sobre a nova conformação da família, v. Luiz Edson Fachin, *Elementos Críticos do Direito de Família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 306: “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” e, mais recentemente, Rosana Girardi Fachin, *Em Busca da Família do Novo Milênio*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, espec. o Título II, “Direito de Família e Sociedade Contemporânea”, p. 75 e ss. Cf., também, a posição de Pietro Perlingieri, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rassegna di diritto civile*, 1982, p. 72 e ss.

Constituição às relações familiares.

Outro exemplo, mais recente, está no Código Civil de 2002, não sendo difícil indicar em seus dispositivos a concretização das mencionadas diretrizes constitucionais. Assim é que a igualdade na família, como lugar de respeito das individualidades de cada membro, encontra-se prevista em numerosos preceitos do Código, dentre os quais se faz referência expressa aos arts. 1.511, 1.565, 1.567 e 1.631, em tema de igualdade entre os cônjuges, não se admitindo mais qualquer mecanismo posto a serviço da desigualdade de gênero. Já com relação à igualdade entre os filhos, parece suficiente a menção ao art. 1.596, que repete a fórmula consagrada pela legislação brasileira, segundo a qual: “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”.

A liberdade na família, como lugar de expressão das individualidades de seus membros, tem como consequência toda a disciplina do divórcio. De fato, como já se acentuou, o casamento, em nossos dias, não mais corresponde à posição de estabilidade, de ligação perpétua, que já ocupou. Hoje, demonstram as pesquisas sociológicas, um em cada três casamentos acaba em divórcio. Ao longo dos últimos cinquenta anos, o divórcio foi autorizado em praticamente todos os países ocidentais,³⁰ e isto foi feito justamente com a finalidade de reorganizar as famílias, permitindo que se refizessem novos laços em lugar dos antigos que se haviam rompido.

A superação da visão institucional da família, já referida, e a crescente valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana ensejam a proteção cada vez mais ampla da esfera individual, em detrimento de ultrapassadas “razões de família”. Visa-se agora a satisfação de exigências pessoais, capazes de proporcionar o livre e pleno desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da família, vista esta como uma formação social de natureza instrumental, aberta e democrática.

Quando o âmbito privado volta-se para o cultivo do espaço do “eu”, a liberdade constitui-se, nesse contexto, um valor fundamental e apresenta-se como condição básica do processo de individualização, conjugando as noções de autenticidade, autonomia e independência. Como mencionado, uma tensão permanente acompanha este modelo pois a família torna-se concomitantemente “desejada”, porque ensejadora de uma vida

²⁹ Gilberto Velho, *Família e Parentesco no Brasil Contemporâneo: Individualismo e Projetos no Universo das Camadas Médias*, in *Interseções*, UERJ, n. 2, 2001, p. 48.

³⁰ O Chile, um dos últimos países ocidentais a admitir o divórcio, promulgou lei neste sentido em 2004.

privada como espaço realizador dos interesses do indivíduo, e “instável”, porque sua duração depende essencialmente da satisfação recíproca dos interesses individuais.³¹

Ressalte-se que da liberdade individual, assegurada a cada cônjuge, decorre ainda a interpretação doutrinária que não admite reparação de danos morais por descumprimento dos deveres conjugais.³² Neste sentido, os deveres conjugais passaram a se referir à esfera de consciência da pessoa, dependentes, fundamentalmente, de cumprimento espontâneo, gerando o seu descumprimento, tão somente, de acordo com a previsão do art. 1.572, a possibilidade de propor a separação judicial.

A liberdade das crianças e adolescentes permanece garantida pelo ECA, particularmente nos arts. 15, 16, 17 e 142, parágrafo único, prevendo-se que o poder familiar deve ser exercido respeitando-se sua intrínseca autonomia individual, como pessoas humanas em desenvolvimento que são.

A solidariedade na família, como espaço de suporte e de ajuda mútua,³³ desdobra-se, entre outros campos, na disciplina dos alimentos, especificamente no art. 1.707, com a previsão expressa da irrenunciabilidade; no art. 1.698, com a extensão concomitante a diversos parentes; no art. 1.700, quando menciona que a transmissibilidade não alude às forças da herança mas às condições de fixação da pensão; enfim, ao novo regime da prestação alimentícia entre ex-cônjuges que deve ser estipulado, não obstante qualquer atribuição de culpa na separação³⁴, obedecido o binômio necessidade-capacidade, como expressão pura do princípio da solidariedade no domínio familiar.

São também conseqüências deste princípio o disposto no art. 1.567, com a previsão da direção da sociedade conjugal no interesse de todos os membros, e a inclusão, constante dos arts 1.566 e 1.724, do termo “respeito”, tanto na relação entre cônjuges quanto na relação entre companheiros.

Ainda em nome do princípio da solidariedade, vêm os tribunais entendendo que há direito de visita (*rectius*, convivência) das pessoas com quem a criança, ou o

³¹ Assim, François de Singly, *Famille et individualisation*, cit.

³² V. Maria Celina Bodin de Moraes, Danos Morais na Família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade civil, in T. da Silva Pereira e R. da Cunha Pereira (coords.), *A Ética da Convivência Familiar*. Sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais, Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 171 e ss., com amplas referências bibliográficas.

³³ Sobre o princípio jurídico da solidariedade, v. Maria Celina Bodin de Moraes, O Princípio da Solidariedade, in A. C. Alves Pereira e C. de Albuquerque Mello (orgs.), *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, pp. 527-556.

adolescente, mantém relações de afeto tais como os avós, eventuais ex-madrastas e ex-padrastos, irmãos unilaterais e irmãos ditos “políticos”,³⁵ independentemente da manifestação de vontade contrária, não justificada, dos pais.³⁶

Se nos habituamos a fazer o registro do direito estrangeiro para apontar aspectos negativos ou pouco desenvolvidos da legislação nacional, a comparação decididamente nos favorece em diversas questões de direito de família. Em especial, um tema relativo à igualdade, e, portanto, característico do processo de democratização da família, merece ser ressaltado. Trata-se do fato de que o ordenamento brasileiro admite o reconhecimento de todos os filhos, inclusive os incestuosos, no estrito cumprimento do princípio da igualdade.

Ainda hoje, na França, em caso de fruto de relação incestuosa, apenas um dos genitores está autorizado a fazer o reconhecimento, de modo que aos incestuosos a condição de filho de ambos os genitores não é admitida naquele país.³⁷ Tal formulação foi elaborada de modo a não permitir o reconhecimento de qualquer efeito jurídico positivo ao incesto.

Entre nós, a Constituição, em 1988, há mais de quinze anos portanto, igualou todos os filhos, assegurando-lhes os mesmos direitos, devido à concepção de que aos filhos não cabe atribuir as conseqüências das ações praticadas por seus pais. Esta é

³⁴ Código Civil, art. 1.704, parágrafo único.

³⁵ Isto é, filhos de padrasto ou madrasta e que habitam, ou habitaram, sob o mesmo teto.

³⁶ V., por todos, TJRS, 8ª C.C., AC 591067699, Rel. Des. Gilberto Niederauer Corrêa, julg. em 02.04.1992. Em doutrina, v., entre outros, Tânia da Silva Pereira, *Direito da Criança e do Adolescente*. Uma Proposta Interdisciplinar, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 160. A extensão, além dos avós, baseia-se no entendimento de que, segundo Pietro Perlingieri, *Perfis de Direito Civil*, cit., p. 244: “O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.”

³⁷ O art. 334-10 do Código Civil francês dispõe: “*S’il existe entre les père et mère de l’enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l’égard de l’un, il est interdit d’établir la filiation à l’égard de l’autre*”. A propósito, v. Frédérique Granet, *L’établissement de la filiation paternelle*, disponível em <http://www-cdpf.u-strasbg.fr/FILIApatfrance>, acesso em 23.06.2005: “*Si l’enfant est issu d’un inceste absolu, c’est à dire des relations entre proches parents dont le mariage est prohibé sans possibilité de dispense (père et fille, ou mère et fils, ou frère et sœur), le père naturel ne peut pas reconnaître l’enfant dont la filiation maternelle est établie (art.334-10 du code civil)*.” Na Itália, o art. 251 do Código Civil declara que são reconhecíveis os filhos incestuosos somente se os pais, à época da concepção, estavam de boa-fé. Contudo, em 2002, a Corte Costituzionale, através da sentença n. 494, de 28 novembre 2002, com base nos arts. 2 (tutela da personalidade) e 3 (princípio da igualdade) da Constituição italiana, declarou “*l’illegittimità costituzionale dell’art. 278, primo comma, del codice civile, nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell’art. 251, primo comma, del codice civile, il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato*”, admitindo assim o reconhecimento independentemente da boa-fé dos genitores. Em Portugal, a lei proíbe a averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade no caso dos filhos incestuosos (Código Civil, arts 1809º, al. a e 1866º, al. a).

apenas uma das razões pelas quais se afirma que o direito de família brasileiro coloca-se entre os mais avançados, principalmente naquilo que é o cerne da família contemporânea: a parentalidade e a proteção dos filhos.

5. O que está mudando

Duas palavras servem a definir o que está em mutação na família contemporânea. São elas: diversidade (ou pluralismo) e responsabilização, esta última com conotação dúplice, seja em tema de responsabilidade em termos de reconhecimento de paternidade, seja referida à responsabilidade civil propriamente dita.

Quanto à diversidade na família, cabe reafirmar que o fenômeno familiar deixou de ser unitário, não se constituindo o casamento mais como a única referência constitutiva do grupo familiar, como ocorria antigamente. Juridicamente, de fato, admitem-se entidades diferenciadas. A própria Constituição, como se salientou, reconhece, em rol exemplificativo, estruturas distintas de relacionamento familiar. De modo que outras configurações são possíveis e até desejáveis. Além das uniões estáveis, das chamadas famílias recompostas e das famílias monoparentais devem usufruir de proteção formas alternativas, tais como as famílias concubinas, as famílias homoafetivas, a adoção de adultos, entre outras.

No que se refere especificamente às uniões homoafetivas, tais uniões têm sido aceitas, nos últimos anos, em um número cada vez maior de países e mesmo no Brasil, país de fortes tradições religiosas, discute-se no Congresso Nacional a sua legalização.³⁸

O argumento jurídico mais discutido, contrário à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo, provém da interpretação do próprio Texto Constitucional. Nele, como se sabe, encontram-se previstas expressamente três formas de entidades familiares. Alguns, em respeito à literalidade da dicção constitucional e com argumentação que guarda certa coerência lógica, entendem que “qualquer outro tipo de entidade familiar que se queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não

³⁸ Trata-se do Substitutivo ao Projeto de Lei n. 1.151/95, que cuida da regulamentação das relações homossexuais, sob a designação de “Parceria Civil Registrada”, de autoria da Deputada Marta Suplicy, aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Em abril de 1997 o projeto chegou a ser posto na ordem do dia mas foi retirado de pauta.

por projeto de lei”.³⁹

Seguindo-se os raciocínios hermenêuticos da especificidade da interpretação das normas constitucionais e da interpretação da normativa civil à luz da Constituição, cumpre verificar se pelo fato de a normativa constitucional não ter previsto outras estruturas familiares, estariam elas automaticamente excluídas do ordenamento jurídico, ou se, ao contrário, tendo-se em conta a similitude substancial das situações fáticas, estariam essas uniões abrangidas pela expressão constitucional “entidade familiar”.⁴⁰

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos enunciados em tema de família, consagrou, no art. 1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, “impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com *status* constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família”.⁴¹ Assim sendo, embora tenha ampliado o seu prestígio constitucional, a família “deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes”.⁴² É o fenômeno da chamada funcionalização das comunidades intermediárias com relação aos membros que as compõem.⁴³

A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à “estrutura” familiar – pense-se no ato formal do casamento – foi substituída, em consequência, pela tutela

³⁹ É a posição do jurista Sérgio Ferraz que em parecer solicitado à Ordem dos Advogados do Brasil pelos deputados Marta Suplicy e Roberto Jefferson, acerca da constitucionalidade do projeto n. 1151/95, concluiu pela inconstitucionalidade do projeto, afirmando, em síntese, que “a deputada tentou tratar matéria constitucional com projeto de lei. A Constituição só admite dois tipos de configuração familiar – a família constituída pelo casamento e a união estável. E o projeto da deputada tenta criar a figura da união civil com as mesmas configurações da união estável e da família. Nesse sentido é que se posicionou a OAB, de que há burla à Constituição” (grifou-se). O parecer foi acatado, por maioria, pelo Conselho Pleno da OAB: v. Boletim OAB Urgente, ano I, n. 56, 1996.

⁴⁰ Acerca da ampliação da noção de entidade familiar, para além das hipóteses expressamente previstas na Constituição, o STJ já se manifestou a respeito, decidindo favoravelmente: cf. acórdão do STJ, 4ª T., REsp. 159851-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 13.03.98, publ. no DJ de 22.06.98, v.u. em cuja ementa se diz: “os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e, por isso, o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei 8009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles.” Grifou-se.

⁴¹ Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, cit., p. 350.

⁴² Idem, *o.l.u.c.*

⁴³ Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Camerino-Napoli, ESI, 1984, p. 558 o qual, referindo-se à Constituição italiana, afirma: “la persona è all’apice della gerarchia dei valori costituzionali e ad essa sono funzionalizzate sia le comunità intermedie sia le situazioni giuridiche soggettive patrimoniali: proprietà ed imprese”.

jurídica atualmente atribuída ao “conteúdo” ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela forma, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha – isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo e convivência afetiva entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer de sexos diferentes.

Se a família, através da adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como instrumento, não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma *ratio*, com os mesmos fundamentos, a mesma qualidade e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades familiares torna-se obrigatória quando se considera a proibição de qualquer forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual, orientação esta que se configura como um direito personalíssimo.

O argumento de que à entidade familiar denominada união estável o legislador constitucional impôs o requisito da diversidade de sexo não parece suficiente para fazer concluir que onde vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo, deva ser ignorado ou não possa ser protegido. Aqui tem valor jurídico superior o princípio da igualdade, ou da não-discriminação, previsto não apenas no art. 3º, IV, CF mas também no art. 3º, I, através do objetivo fundamental de construção de uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária.

O modelo democrático de família pressupõe justamente a existência de uma pluralidade de estruturas familiares, nenhuma delas apresentando legitimidade superior, na medida em que todas manifestam igual potencial de desenvolver as funções intrínsecas à família, tais como o cuidado e a educação das crianças, a solidariedade e a mútua assistência entre seus componentes.

Quanto à responsabilização decorrente da paternidade, enfim, as coisas começam a mudar. Até bem pouco tempo atrás, a mulher era obrigada, por força do art. 363 do Código de 1916, a fazer prova de que não tinha tido relações sexuais com qualquer outro parceiro para que se desse início ao processo de investigação de paternidade. Certamente, o advento do exame de DNA mudou estruturalmente este estado de coisas mas antes dele o legislador já trabalhava para estabelecer a paternidade,

de modo a que sua investigação não ficasse dependendo exclusivamente da iniciativa da mãe, nem sua proposição tivesse que aguardar a maioria dos filhos, pois tais circunstâncias permitem que os filhos cresçam abandonados, sem educação nem amparo paternos.

A partir de 1992, então, com a regulamentação da lei que possibilitou a averiguação oficiosa da paternidade (L. 8.560/92, art. 2º), passou o Estado a intervir, através da ação do Ministério Público, incentivando e favorecendo a palavra da mãe para investigar a paternidade e com a difusão do exame biológico passou-se a determinar sua realização com frequência no âmbito das provas a serem produzidas. A técnica do DNA, com efeito, é tida como uma tábua de salvação, embora somente alguns Estados da Federação garantam a gratuidade do exame, ainda bastante custoso.

A “defesa da ordem social a partir da criança” diz respeito a uma idéia de parentalidade substancialmente diversa daquela essencialmente burguesa do início do século XX,⁴⁴ emoldurada pelo Código Civil de 1916, quando a autoridade parental tinha apenas duas funções: a de limitar a capacidade negocial do menor no mercado e a de educá-lo para a convivência em sociedade. Tais funções, como é fácil perceber, eram exercidas tendo em vista a lógica patrimonialista então em vigor, restringindo-se os cuidados parentais, segundo a previsão legal, à atenção para com os bens dos próprios filhos e à vigilância com relação aos bens de terceiros.

A intervenção incisiva do legislador, a partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, entretanto, transformou este estado de coisas, com reflexos no Código promulgado em 2002. O poder familiar é hoje concebido como um poder-dever posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer as suas necessidades existenciais, consideradas as mais importantes, conforme prevê a cláusula geral de tutela da dignidade humana. Este também é, não por acaso, o teor do art. 227 da Constituição, ao determinar ser dever da família assegurar, com absoluta prioridade, às crianças e aos adolescentes os direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária. O princípio, conhecido como “a doutrina jurídica da proteção integral”, ramifica-se em numerosos dispositivos legais, constantes das mais diversas leis e regulamentos, todos eles atribuindo às crianças e aos adolescentes preeminência na família, na sociedade e no Estado.

A proteção do melhor interesse da criança, como cláusula geral que é, depende sempre da interpretação do juiz (do Estado, portanto), trazendo para a esfera pública a problemática. Como os filhos menores não estão em condições de se protegerem por si sós, o legislador e o juiz tomam a si o encargo de tutelá-los em face de todos, inclusive de seus próprios pais. A lei cada vez mais garante aos filhos proteção e liberdades, atribuindo aos pais responsabilidade.

O termo “responsabilidade” é o que melhor define atualmente a relação de parentalidade. Trata-se de uma relação assimétrica, entre pessoas que estão em posições diferenciadas, sendo uma delas dotada de reconhecida vulnerabilidade. Além disso, a relação é, ao menos tendencialmente, permanente, sendo custoso e excepcional o seu término: de fato, a perda ou a suspensão do poder familiar só ocorre em casos de risco elevado ou de abuso (Código Civil, arts. 1.637 e 1.638).

Embora nosso direito de família esteja entre os mais avançados do mundo, a família brasileira não vai bem. Estimou-se em cerca de 30%, anualmente, o número de crianças brasileiras cuja paternidade não consta do registro de nascimento, percentual este altíssimo, atribuído principalmente ao “sexismo” em vigor no país, o qual permite que os homens se eximam da responsabilidade de registrar e sustentar seus filhos: “No Brasil, ocorre a blindagem do pai, que não se sente obrigado a reconhecer filhos concebidos fora do casamento ou em relações não-estáveis”.⁴⁵ É o resultado de séculos de patriarcalismo que ainda hoje se manifesta.

As pesquisas realizadas demonstraram, pois, que a responsabilidade parental no Brasil, em cerca de um terço dos casos,⁴⁶ é suportada unicamente pela mãe que, em caso de gravidez acidental, vive o dilema atroz entre o aborto criminoso e a parentalidade solitária. Como forma de incrementar a responsabilização do pai, cuja “deserção” configura verdadeiro drama social, começou-se a aplicar nos tribunais o princípio da presunção de paternidade em caso de recusa à realização do exame biológico, agora consolidado pelo entendimento da Súmula 301 (2004) do STJ;⁴⁷ a propósito, ressalte-se que o Código Civil de 2002 já estabelecia, no art. 232, que “a

⁴⁴ Valerio Pocar e Paola Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Bari: Editori Laterza, 1998, p. 159.

⁴⁵ Assim, Ana Liési Thurler, *Paternidade e Deserção. Crianças sem Reconhecimento e Maternidades Penalizadas pelo Sexismo*. Tese de Doutorado em Ciências Sociais, UnB, 2005.

⁴⁶ Ana Liési Thurler, *Paternidade e Deserção*, cit. A autora, depois de ter investigado milhares de certidões em cartórios de registro civil e os dados do IBGE, concluiu que, anualmente, cerca de 800 mil crianças são registradas sem a filiação paterna estabelecida.

recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.”

Outras duas soluções, mais radicais, propugnam a determinação da paternidade por meios outros que não o da presunção em caso de recusa. De um lado, sustenta-se a inversão do ônus da prova;⁴⁸ de outro, a realização de perícia compulsória.⁴⁹

Como forma de diminuir o número de crianças não registradas, considerando útil mas insuficiente a presunção de paternidade em caso de recusa ao exame (Código Civil, art. 232 e Súmula 301 do STJ), propôs-se a inversão do ônus da prova, presumindo-se a veracidade da declaração materna, tendo então o suposto pai que provar sua não paternidade. Afirma Ana Liési Thurler: “para a efetiva aplicação do princípio da igualdade entre homens e mulheres, anunciado na nossa Constituição, e para superar diferenças de sexo, de raça e de classe que se transmutaram em desigualdades, desfavorecendo fortemente, neste quadro, as mulheres-mães, impõe-se a exigência de que o ônus da prova da paternidade seja retirado da parte mais vulnerável.”⁵⁰

Quanto à outra solução proposta para minorar a situação dramática dos filhos não reconhecidos, qual seja, a determinação de perícia forçada, mediante a obrigatoriedade de entrega de material para a realização do exame de DNA, há uma decisão do STF a respeito, entendendo que ninguém pode ser obrigado a submeter-se a exame pericial com a finalidade do estabelecimento da paternidade biológica.⁵¹ O aspecto extraordinário desta decisão é o teor dos votos vencidos, da lavra dos Ministros Francisco Rezek (relator original), Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Ilmar Galvão, os quais consideraram que, na pesagem dos argumentos contrapostos, havendo dois interesses (*rectius*, direitos) em conflito, quais sejam o da criança à sua real identidade e o do suposto pai à sua incolumidade física, deveria prevalecer o interesse superior da criança.

⁴⁷ Eis o teor da Súmula: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

⁴⁸ Ana Liési Thurler, *Paternidade e Deserção*, cit.

⁴⁹ Maria Celina Bodin de Moraes, O Direito Personalíssimo à Filiação e a Recusa ao Exame de DNA: uma Hipótese de Colisão de Direitos Fundamentais, in AA.VV, *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, pp. 225-238.

⁵⁰ Ana Liési Thurler, “Paternidade ainda é tabu no Brasil, diz socióloga”, entrevista disponível em <http://www.agenciartamamior.com.br>, acesso em 10.02.2005.

⁵¹ STF, HC 71.373-4 RGS, Tribunal Pleno, Rel. p/ o acórdão: Min. Marco Aurélio, julg. em 10.11.1994, publ. DJ 22.11.1996, v.m.

Não se duvida que a incolumidade física abranja o direito de recusa a submeter-se a tratamento médico ou exame de qualquer espécie, sem o consentimento expresso de seu titular, não podendo o indivíduo ser compelido a realizá-lo ⁵². No entanto, a perícia compulsória se, em princípio, repugna aqueles que, com razão, vêem o corpo humano como bem jurídico intangível e inviolável, parece ser providência legítima, a ser adotada pelo juiz, quando tem por objetivo impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique, como ocorre no caso do reconhecimento do estado de filiação, direito de terceiro, correspondente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse este que é, a um só tempo, público e individual. ⁵³

No que se refere à responsabilidade civil propriamente dita, interessante hipótese tem sido posta em causa, qual seja a responsabilidade do pai por danos morais causados ao filho, decorrentes de abandono afetivo. ⁵⁴

Recentemente, três decisões judiciais causaram clamor público ao condenarem os pais a indenizarem seus filhos por dano moral causado por abandono afetivo. A primeira decisão, datada de agosto de 2003, foi proferida na comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, e condenou o pai, por abandono material e afetivo de sua filha Daniela, a pagar-lhe uma indenização por danos morais no valor R\$ 60 mil; ⁵⁵ a segunda decisão, de abril de 2004, proveio da 7ª C.C. do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, condenando o pai, por abandono afetivo de seu filho Alexandre, ao pagamento de 200 salários mínimos; ⁵⁶ a última decisão, datada de junho de 2004, é proveniente da 31ª Vara Cível de São Paulo e condenou o pai a indenizar em R\$ 50 mil a filha Melka, por danos morais gerados por falta de assistência moral. ⁵⁷

⁵² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1996, 18 ed. rev. e atualiz., p. 159, o qual afirma: “Assunto ainda polêmico (sobre o qual já tenho me pronunciado) é o que diz respeito à perícia médica, sustentando o direito à recusa em nome do resguardo à integridade física, assumindo o recusante os efeitos de sua oposição, como se o exame fosse realizado”.

⁵³ Maria Celina Bodin de Moraes, O Direito Personalíssimo à Filiação e a Recusa ao Exame de DNA, cit., p. 238, onde se afirma: “O direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade.”

⁵⁴ Maria Celina Bodin de Moraes, Deveres Parentais e Responsabilidade Civil, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 31, ago-set. 2005, pp. 39-66, com ampla bibliografia.

⁵⁵ Decisão do Juiz Dr. Mario Romano Maggioni, noticiada no Espaço Vital, coluna de 18.06.2004. Disponível em <http://www.espacovital.com.br>, acesso em 20.03.2005.

⁵⁶ TAMG, 7ª C.C., Ap. Cív. 408550, Rel. Juiz Unias Silva, julg. em 01.04.2004, v.u, publicado na *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 20, 2004, pp. 177-179.

⁵⁷ São Paulo, Capital, 31ª V.C., Juiz Dr. Luis Fernando Cirillo, Proc. n. 000.01.36747, julg. em 07.06.2004.

A Constituição e a lei obrigam os genitores a cuidar dos filhos menores (art. 229). Em ausência deste cuidado, ou de cuidado equiparado, com prejuízos necessários à integridade de pessoas a quem o legislador atribuiu prioridade absoluta, há dano moral a ser reparado. De fato, a importância da figura paterna, especialmente depois das conclusões da psicologia moderna, não precisa de outras comprovações. É notória sua imprescindibilidade – assim como o é a da figura materna – para a apropriada estruturação da personalidade da criança. Quanto aos pais, *tertius non datur*: ou se tem pais, ou se tem ausência de pais. Quando este último caso ocorrer, configurado na ausência do exercício da paternidade (ou da maternidade), estará caracterizado o dano moral.

Entretanto, faz-se necessário melhor explicitar o posicionamento aqui sustentado. Para a configuração de dano moral à integridade psíquica de filho, será preciso que tenha havido o abandono por parte do pai (ou da mãe) e a ausência de uma figura substituta. Se alguém “faz as vezes” de pai (ou de mãe), desempenhando suas funções, não há dano a ser reparado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico. Não é de se admitir qualquer caráter punitivo à reparação do dano moral.⁵⁸ Não se trata, esclareça-se, de condenar um pai que abandonou seu filho (eventual “dano causado”) mas de reparar o dano sofrido pelo filho quando, abandonado pelo genitor biológico, não pôde contar nem com seu pai biológico, nem com uma figura substituta, configurando-se, então, só aí, o que se chamou de “ausência de pai” (isto é, ausência de uma figura paterna).

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no final de novembro de 2005, não caber indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo. O julgamento foi da Quarta Turma e deu provimento ao REsp. 757.411, interposto pelo pai de Alexandre para modificar a decisão condenatória da 7ª C. C. do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, antes aludida. Por maioria, a Quarta Turma deu provimento ao recurso do pai, considerando que a lei apenas prevê, como punição, a perda do poder familiar. O Min. Relator Fernando Gonçalves observou que “a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a

justificativa mais pungente dos que defendem a indenização por dano moral”. Ao ser provido o recurso, afirmou-se ainda que, por maior que seja o sofrimento do filho, o direito de família tem princípios próprios, que não podem ser contaminados por outros, com significações de ordem material, patrimonial. A propósito, manifestou-se o Min. Jorge Scartezzini: “O que se questiona aqui é a ausência de amor. Na verdade, a ação poderia também ser do pai, constrangido pela acusação de abandono (...) É uma busca de dinheiro indevida”.

Já o Min. Barros Monteiro, único a votar pelo não conhecimento do recurso, destacou que a destituição do pátrio poder não interfere na indenização, entendendo que “ao lado de assistência econômica, o genitor tem o dever de assistir moral e afetivamente o filho”. Segundo Barros Monteiro, o pai somente estaria desobrigado da indenização se comprovasse a ocorrência de motivo maior para o abandono.

6. O que falta mudar

Para alcançar-se a plena democracia nas relações familiares ainda há muito por fazer, mesmo do ponto de vista estritamente jurídico. Ao longo do texto já se indicou aspectos que merecem realinhamento, mas outros devem ser especificados. A relação a seguir é meramente indicativa do que uma análise superficial pode trazer à colação uma vez que o detalhamento da matéria seria tema para outro trabalho.

Com violência não há que se falar em democracia, sendo sua ausência uma condição *sine qua non* para a democratização das relações familiares. Em primeiro lugar, portanto, como aspecto primordial a ser salientado, cumpre envidar todos os esforços para diminuir o quanto possível a violência física e sexual no âmbito familiar.

Sabe-se que a violência doméstica representa em nosso país um problema de graves proporções, configurando-se como uma questão de saúde pública já que se apresenta como uma das principais ameaças à saúde das mulheres. Os números variam, mas as pesquisas apontam que o lugar mais perigoso para uma mulher é, justamente, dentro de casa. Recentemente, a Organização Mundial de Saúde divulgou estudo indicando que cerca de 30% das mulheres entrevistadas, provenientes de lugares tão

⁵⁸ Para o posicionamento contrário ao caráter punitivo do dano moral, v. Maria Celina Bodin de Moraes *Danos à pessoa humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193 e ss., espec. p. 258 e ss.

distintos quanto a cidade de São Paulo e a Zona da Mata pernambucana, afirmaram já ter sido vítimas de violência conjugal.⁵⁹

Um dos maiores obstáculos ao combate da violência conjugal parece ser a falta de uma lei específica para enfrentar o problema que é também cultural, com a notória e quase ufanista associação entre masculinidade e violência. Aliás, o ordenamento penal brasileiro deu um passo atrás no que se refere à proteção da mulher ao regulamentar a lesão corporal culposa como crime de ação pública condicionada, com base na Lei 9.099/95. Em doutrina, criticou-se contundentemente tal opção legislativa: “com o juizado especial criminal, o Estado sai cada vez mais das relações sociais. No fundo, institucionalizou-se a ‘surra doméstica’ com a transformação do delito de lesões corporais de ação penal pública incondicionada para ação pública condicionada. Mais do que isso, a nova Lei dos Juizados permite agora, o ‘duelo nos limites das lesões’, eis que não interfere na contenda entre as pessoas, desde que os ferimentos não ultrapassem as lesões leves (que, como se sabe, pelas exigências do art. 129 e seus parágrafos, podem não ser tão leves assim). O Estado assiste de camarote e diz: batam-se, que eu não tenho nada com isso. É o neoliberalismo no Direito, agravando a própria crise da denominada ‘teoria do bem jurídico’, própria do modelo liberal individualista de Direito”.⁶⁰

A igualdade de gênero também é condição essencial da democratização de qualquer instituição, sendo necessário pôr termo à desigualdade fática da mulher nas mais diversas situações. Embora tenha havido nítidos progressos em termos de escolaridade e profissionalização das mulheres no Brasil, a manutenção das

⁵⁹ A OMS realizou em dez países, inclusive no Brasil, entre 2000 e 2003, uma pesquisa intitulada “A Saúde das Mulheres e a Violência Doméstica”. Os resultados foram divulgados em novembro de 2005 e foram considerados preocupantes. Entre 15% das mulheres ouvidas no Japão e 71% na Etiópia foram vítimas alguma vez na vida de violência física ou sexual por parte de seu parceiro, ou dos dois tipos. O relator especial da ONU sobre a violência contra a mulher, Yakin Ertürk, disse que “o estudo questiona a idéia de que o lar é o local de mais segurança, ao demonstrar que é justamente onde as mulheres são mais expostas à violência”. A OMS enumerou 15 recomendações concretas para mudar uma situação que considera “muito espalhada” e “profundamente enraizada”, apesar de oculta na maioria das vezes. Entre as recomendações estão medidas como a promoção da igualdade sexual, o aumento da segurança nos colégios, a tomada de posição por parte de líderes religiosos e autoridades civis e a inclusão de medidas contra a violência de gênero nos programas existentes de prevenção da Aids. Disponível em <http://noticias.uol.com.br/saude/ultnot/afp/ult613u181.jhtm>, acesso em 25.11.2005.

⁶⁰ Lenio L. Streck citado por Letícia Massula e Mônica de Melo, “Balanço sobre esforços e atividades dirigidas a erradicar a violência contra as mulheres na América Latina e Caribe”, Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, CLADEM/UNIFEM, 2003. Disponível em <http://www.cladem.org/portugues/regionais/Violenciadegenero/Projeto/brasil.asp>, acesso em 22.11.2005.

desigualdades representa a reafirmação da dominação masculina.⁶¹ Neste caso, o ordenamento jurídico nacional deve ser mobilizado para realizar ações afirmativas de maior amplitude.

Além disso, não há paridade profissional possível sem paridade doméstica e, neste particular, ainda é estatisticamente irrelevante a contribuição masculina no desempenho das tarefas domésticas. Outro aspecto correlato a ser ressaltado, com relação à demanda pela igualdade de gênero, é o avanço da discussão em torno da guarda compartilhada. Atualmente, cerca de 90% das atribuições de guarda são para as mães e, socialmente, a mulher chega a ser mal vista quando não fica com a guarda dos filhos. No entanto, em tramitação no Congresso Nacional, há três projetos de lei sobre o tema, os PL 6.315/2002, 6.350/2002 e 7.312/2002, todos propondo a alteração dos arts. 1.583 e 1.584 do CC de 2002 para que se explicita a possibilidade de guarda compartilhada. No entanto, ressalte-se, como o Código Civil não proíbe o compartilhamento da guarda entre os pais, pode o juiz decidir-se por sua atribuição. Os Tribunais têm, algumas vezes, se manifestado favoravelmente à guarda compartilhada desde que presentes os dois requisitos geralmente considerados essenciais: os genitores residirem na mesma cidade e manterem uma relação de respeito e cordialidade entre si.

No que se refere à liberdade na família, o Código de 2002 também merece reparos. Assim, por exemplo, com relação ao problema da culpa na separação, o rol de causas de separação por culpa chegou mesmo a ser ampliado pelo art. 1.573, dando-se ainda ao juiz a possibilidade de identificar outras causas não expressamente previstas, quando o instituto da culpa na separação deveria ter sido expurgado de nosso ordenamento, como já ocorreu em tantos países. Outro aspecto, no que se refere à redução de liberdade, diz respeito à obrigatoriedade do regime de bens para as pessoas maiores de 60 anos, previsto no art. 1.641, II. Claramente, o objetivo do legislador foi protecionista; no entanto, não se justifica a limitação da liberdade de escolha de pessoas plenamente capazes, a não ser os interesses patrimoniais dos parentes, os quais, justamente por serem patrimoniais, devem ceder diante do direito à livre opção do nubente.

⁶¹ Sobre o tema, v. Pierre Bourdieu, *A Dominação Masculina*, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1999, p. 45, segundo o qual “A primazia universalmente concedida aos homens se afirma na objetividade de estruturas sociais e de atividades produtivas e reprodutivas, baseadas em uma divisão sexual do trabalho de produção e de reprodução biológica e social, que confere aos homens a melhor parte (...)”.

Enfim, quanto à solidariedade no âmbito familiar, o Código Civil apresenta grave incongruência. No afã talvez de assegurar a mais ampla proteção ao estado das pessoas, considerou o direito de contestar a paternidade presumida como imprescritível (*sic*), conforme o disposto no art. 1.601, seguindo jurisprudência estabelecida pela Quarta Turma do STJ.⁶² Contudo, esta solução não protege o melhor interesse da criança. De fato, a busca da verdade biológica, neste caso, pode ensejar graves prejuízos ao menor ao permitir ignorar, manifestamente, relações sócio-afetivas consolidadas. Mais importante, a solução legal mostra-se tecnicamente falha, uma vez que é errônea a idéia de que a imprescritibilidade deva ser estendida a todas as ações de estado. Como bem se sustentou em doutrina, “as ações de estado, que tendem em via principal a reclamar, contestar ou modificar os estados pessoais, de regra são imprescritíveis quando a pessoa age para afirmar a veracidade do próprio *status* e são prescritíveis quando o legitimado age para contestar ou modificar o estado de outrem”.⁶³

Conclusão

Cabe concluir indagando se o Código Civil de 2002, em matéria de família, deve ser considerado democrático, à luz do que se veio argumentando até aqui. A resposta, todavia, não é unívoca. Na realidade, somente a interpretação conforme a Constituição da República, na perspectiva do direito civil-constitucional, permitirá o pleno desenvolvimento daquele diploma legal, do ponto de vista da consagração de relações familiares, conjugais e parentais, unidas pelos ideais democráticos constitucionalmente estabelecidos e pela cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Segundo afirma Carole Pateman, “ideais democráticos devem ser postos em prática na cozinha, no cuidado dos filhos, no quarto de dormir”.⁶⁴ A democracia, contudo, não é uma panacéia. Ela também tem problemas, que são agravados quando de sua inserção no ambiente familiar. Um dos aspectos mais difíceis, aliás, para a aceitação da concepção democrática da família, diz respeito à autoridade em relação aos filhos, havendo posições antagônicas a respeito. Por um lado, numerosos são os especialistas que sustentam a necessidade de imposição da autoridade pelos pais; por outro, na

⁶² V., por todos, STJ, 4ª T., REsp. 146.548, Rel. Min. César Asfor Rocha, julg. 29.08.2000, publ. DJ 05.03.2001. Mas, diversamente, manifestava-se a Terceira Turma: v. STJ, 3ª T., REsp. 194.866, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 20.04.1999, publ. DJ 14.06.1999.

⁶³ Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 138.

⁶⁴ Carole Pateman, *Feminism and Democracy*, apud J. Gastil, *Democracy in Small Groups*, cit., p. 145.

concepção da democracia familiar, a autoridade parental deve ser negociada, nunca imposta, e propõe-se que se baseie em princípios.⁶⁵

A opção pela democracia familiar, no entanto, mostra-se perfeitamente compatível com dois grandes movimentos históricos característicos dos países ocidentais: o da busca do amor livre e o da atenção com desenvolvimento psíquico e intelectual da criança. Também por isso é concepção que tende, a nosso ver, a se consolidar no futuro próximo.

⁶⁵ Anthony Giddens, *A Transformação da Intimidade*, pp. 209 e 213.