

# JUSTIÇA CIDADANIA &

CONSTITUIÇÃO

REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

ISSN 1807-779X  
47738077791000  
0 0 0 1 3 >  
Edição 91 - Fevereiro de 2008  
R\$ 16,90

**APOSENTADORIA COMPULSÓRIA  
DESPREZO E DESPERDÍCIO  
DA CULTURA**

**Nesta edição: A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO**

# FAMÍLIA, SOCIEDADE E JUSTIÇA

Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

Advogado



Em 5 de outubro de 2008 completam-se 20 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. Em reflexão sobre os impactos da nova ordem constitucional no campo das relações familiares, observamos uma relevante questão sobre as interconexões entre as alterações da estrutura familiar, a sociedade e a proteção conferida pelo Estado à família.

A sociedade brasileira se organiza por meio da atribuição de direitos e deveres entre os cidadãos, constituindo relações interpessoais que formam a ordem social. Tal ordem foi, inclusive, objeto de disciplina legal pela Constituição (Título VIII – Da Ordem Social) que a divide em oito capítulos, dentre os quais se destaca aquele destinado à Família, Criança, Adolescente e Idoso (Capítulo VII).

A ordem social, segundo dicção constitucional, “tem por base o primado do trabalho, e por objetivo o bem-estar e justiça sociais” (art. 193). Neste contexto, o artigo 226 expõe que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

O legislador constituinte reconheceu, portanto, ser a família a base da sociedade e determinou ao Estado que lhe dê especial proteção, tudo no intuito de cumprir o objetivo de bem-estar e de justiça social, que, segundo José Afonso da Silva, constituem a efetivação dos direitos sociais do artigo 6º da própria Constituição, que não se cumprem, todavia, sem a observância de um dos princípios fundamentais da República – o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Daí o próprio artigo 226 estabelecer que, com fundamento “nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e técnicos para o exercício deste direito” (§ 7º). Em seu parágrafo 8º, o mesmo artigo determina ao Estado a prestação de assistência à família na pessoa de cada um dos que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito familiar.

Como se vê, o legislador constituinte estabeleceu dois conceitos distintos e complementares: a família como base da sociedade e a proteção de cada indivíduo enquanto membro da família. A melhor interpretação aponta no sentido de que se extirpou do Direito brasileiro o entendimento segundo o qual a família era entidade exclusivamente privada e que o Estado não poderia se imiscuir nas relações familiares, senão para disciplinar a forma de criação e extinção da família. Por outro lado, reafirma-se a importância da família que, como núcleo interpessoal, é uma instituição que serve de base para a ordem social e obedece a regras próprias, algumas ditadas pelas práticas sociais, outras pela lei e ainda outras derivadas da autonomia da vontade.

Este entendimento não foi criação do texto constitucional de 1988, que apenas positivou conceitos derivados da realidade social e da prática judiciária experimentadas ao longo de todo o século XX. Não se pode negar que a família é o primeiro núcleo pelo qual a pessoa recebe informações e

formação para aprender a conviver no universo social. A família serve, também, como instância de proteção do indivíduo, dando-lhe apoio moral, espiritual e material. Daí as alterações no meio familiar provocarem alterações na sociedade, como também e com maior impacto, as alterações sociais acarretarem mudanças na estrutura familiar, por reclamar funções diferentes da família e de seus integrantes. Por isso, o artigo 226 da Carta Constitucional reconhece a família como base da sociedade e garante ao núcleo familiar a autonomia para decidir sobre seu planejamento familiar e para criar e educar os filhos de acordo com suas próprias convicções políticas, religiosas e culturais.

O conceito de família como instituição social que obedece a regras sociais quanto à sua estruturação, mas que goza de liberdade em suas relações internas, está arraigado na tradição do Direito brasileiro. Esta é uma prática social que, embora assumam facetas específicas adequadas a cada momento histórico, tem raízes fincadas na origem latina de nosso Direito. Não há regra expressa na Constituição que diretamente impeça o Estado de interferir nas relações familiares e na educação que os pais dão a seus filhos, com exceção da regra que proíbe instituições oficiais e privadas de imporem planejamento familiar ao casal (art. 226, § 7º). O impedimento de interferência do Estado na família decorre indiretamente do princípio previsto no art. 5º, II, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esta regra somente pode ser excepcionada de forma expressa, como ocorre com o já citado parágrafo 8º do artigo 226, que impõe ao Estado a assistência à família na pessoa de cada um dos seus integrantes. Nesta esteira, foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, que pune os pais por abuso de seu dever de criar e educar os filhos, advertindo-os, suspendendo o exercício do poder familiar ou retirando-o, podendo a criança, até mesmo, ser colocada em família substituta.

A rigidez com que as regras sociais e, assim, a lei, disciplinavam a formação da família veio diminuindo ao longo dos anos, ao passo em que também diminuiu a autonomia do exercício do Pátrio Poder (atual poder familiar), condicionando-se ao interesse público em ver atendido o princípio da dignidade da pessoa humana no seio familiar.

Em 1934, o legislador, pela primeira vez, inseriu a proteção do Estado à família no texto constitucional, talvez movido pela constatação das alterações que o recente processo de urbanização provocava na estrutura da família, talvez apenas para dar resposta aos anseios do movimento constitucionalista de 1932. A Constituição do Império, de 1824, assim como a primeira Constituição da República, de 1891, eram cartas eminentemente políticas, tratando da organização do Estado e de algumas garantias civis, consideradas fundamentais à proteção do indivíduo enquanto cidadão, não fazendo menção à família. A Constituição de 1891 não tratou da família, mas reconheceu o casamento como sendo apenas civil (art. 72, § 4º), marcando a disso-



Foto: Arquivo JC

“COMO SE VÊ, O LEGISLADOR CONSTITUINTE ESTABELECEU DOIS CONCEITOS DISTINTOS E COMPLEMENTARES: A FAMÍLIA COMO BASE DA SOCIEDADE E A PROTEÇÃO DE CADA INDIVÍDUO ENQUANTO MEMBRO DA FAMÍLIA.”

ciação entre Estado e Igreja.

O Código Beviláqua, do início do século XX (1916), reconhecia a família legítima unicamente como aquela derivada do casamento, o que excluía todos aqueles que, por algum motivo, não se submetessem ao procedimento da habilitação civil para o casamento. A lei civil não contemplava a prática social vigente nas cidades brasileiras, ainda dominadas pela oligarquia rural. Oliveira Vianna descreve essas famílias oligárquicas, entremeadas por parentescos civis e religiosos, como cunhadismos e compadrinhamentos, que adotavam conceitos de parentesco e relações familiares características de clãs.

O então Código Civil tinha a característica de ser moderno, pois, embora estruturado nas figuras tradicionais do pai de família, do proprietário e do contratante, disciplinava um modelo de família nuclear reduzida e um modelo de segurança para as relações contratuais fincado na autonomia da vontade, que facilitariam a opção política do Governo Central por uma economia capitalista de consumo.

Desta forma, a urbanização reduziu o núcleo familiar, fenômeno que permeou todo o século XX, como bem apresentou Fachin, admitindo-se socialmente novas formas de estruturação de famílias, com o concubinato e a família monoparental, composta por apenas um ascendente e seu descendente.

A disciplina legal de proteção da família acompanhou as mudanças sociais. Nos anos 40 do século XX, o Decreto-Lei 3.200/41 autorizava empréstimos a pessoas que pretendiam casar, assim como a pessoas casadas, como forma de incentivo à formação da família; proteção que denotava, segundo Silvio Rodrigues, preocupação em melhoria do padrão racial e melhores condições de vida para as gerações novas em razão do exacerbado nacionalismo da época. O Decreto tratava, ainda, do reconhecimento de filhos naturais havidos de pessoas não casadas à época do nascimento, como também do bem de família, da redução da cobrança por serviço de ensino para as famílias que tivessem dois ou mais filhos matriculados no mesmo estabelecimento, do abono familiar para os funcionários públicos e, entre outras disposições, acrescia de 15%

e 10% o imposto de renda de solteiros e viúvos sem filhos, e de casados sem filhos, respectivamente (o que hoje é inconstitucional).

A partir da necessidade econômica de as mulheres de classe média urbana ingressarem no mercado formal de trabalho, o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121 de 1962, alterou diversas disposições do Código Beviláqua, reconhecendo que essas mulheres não eram relativamente incapazes, concedendo-lhes capacidade para os atos da vida civil.

Apesar da proibição legal de dissolução do casamento, os casais se separavam e davam fim à sociedade conjugal, assumindo novas relações que se assemelhavam ao casamento. Embora a legislação não contemplasse o concubinato, a jurisprudência foi se adaptando à realidade social, atribuindo direitos aos concubinos, invocando um juízo de distribuição de direitos e deveres à luz dos princípios da equidade e da proibição do enriquecimento sem causa, antes mesmo dos princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana da atual Constituição.

Em 1977, a Lei do Divórcio, nº 6.515, veio permitir a dissolução do casamento e a criação de novas famílias, retirando da ilegalidade os inúmeros concubinatos que aquelas pessoas com menores posses não podiam legalizar no estrangeiro. Assim, a jurisprudência foi transformada em lei e reconheceu direito de divórcio, possibilitou inúmeros novos casamentos e legalizou a situação de filhos naturais e adulterinos, o que veio, mais tarde, a ser preconizado pela Constituição de 1988.

A Constituição reconheceu as mudanças sociais já enfrentadas pelo Judiciário, abrindo ao legislador ordinário a possibilidade de pacificar entendimentos e trazer segurança jurídica para as pessoas.

Fachin analisa esta história sob a ótica do papel do Estado, entendendo que o projeto de Estado mínimo causa a privatização da família. Nossa análise parte de ponto diverso, pois a família, apesar de exercer um papel enquanto instituição social e, assim, público, é tradicionalmente privada, domínio do homem, no qual o Estado não interfere, ou melhor, não interferia. Sob esta ótica, a família vem se “publicizando”, na

medida em que assume obrigações do Estado, como assistência social – que passou para as famílias que cuidam dos seus idosos –, além do já tradicional dever de assistência moral e material. Da mesma forma, as relações familiares já não são mais de interesse privativo da família, tornando-se públicas e de interesse público, na medida em que possam ocorrer violações a direitos individuais no seio da família e na medida em que outras instituições como a escola e a mídia são em grande parte responsáveis pela formação dos cidadãos.

Esta tensão entre rigidez da formação da família e autonomia do exercício do poder familiar permeia a história da sociedade brasileira e do Direito de Família. Atualmente, a criação de família não é mais faculdade do indivíduo, cujo relacionamento com outra pessoa pode ser tachado de família a despeito da intenção declarada das partes. O Estado presume a intenção das pessoas por seus atos, na tentativa de impedir o locupletamento moral e material de uma pessoa às custas de outra. Visto desta maneira, embora as formas de constituição de família sejam várias, permanece a rigidez sobre o que caracteriza ou não família, o que independe da vontade de cada um, que pode apenas decidir se adere ao modelo formal de família – casamento –, ou se ao modelo informal – união estável.

Sabemos que a legislação, ao conceder alguns direitos, deixa de contemplar outros, que ainda não são socialmente aceitos, ou de grupos que não estejam suficientemente organizados a ponto de influenciarem a atividade legislativa.

Foi assim que, em 1824, reconhecia-se apenas o casamento entre cristãos. Mais tarde reconheceu o casamento civil, mas não contemplava a celebração de casamentos para outras religiões. O Estatuto da Mulher Casada foi elaborado para as mulheres de classe média urbana, muito tardiamente para as mulheres negras e para as operárias, que desde o fim do século XIX já trabalhavam despidas de qualquer proteção jurídica pelo Estado. O Código Civil de 2002 foi bastante criticado na parte de Direito de Família por não ter disciplinado as relações civis entre homossexuais e, apesar de tratar da inseminação artificial homóloga e da heteróloga, foi criticado por não ter avançado sobre outras formas de reprodução.

Atualmente a lei reconhece a união estável e alguns Tribunais do país conferem os mesmos direitos a casais homossexuais. É possível que no futuro sejam reconhecidos por lei a união estável e o casamento entre homossexuais, mas tais leis, com certeza, deixarão de fora outros direitos. Haverá limites para que os entendimentos da jurisprudência sejam transformados em lei?

No afã de atribuir maior discricionariedade e efetividade às atividades jurisdicionais, o legislador acaba por engessar o magistrado, na medida em que consolida em lei o entendimento de alguns tribunais do país e impõe ao órgão julgador a observância de alguns requisitos que estão na lei de maneira uniforme sobre todo o Brasil. Desta forma, os juízes de todo o país estão obrigados a reconhecer união estável, se preenchidos os requisitos da lei, independentemente dos valores da sociedade local, independentemente da vontade das partes. Neste aspecto, o legislador presume que as mulheres sejam hipossuficientes e que não possam por si mesmas, sem auxílio do judiciário, cobrar atitudes de seus companheiros.

Historicamente esta atuação do Estado, através do Judiciário, se justificou quando as mulheres dependiam economicamente dos homens e aceitavam situações de amasia e concubinato também para garantirem sua sobrevivência. Atualmente, com as mulheres ganhando mais espaço no mercado de trabalho, justifica-se a proteção que a lei impõe aos companheiros, independentemente de suas vontades? Por outro lado, será que as mulheres de todo o Brasil já estão em pé de igualdade com os homens? Em que momento poderemos andar pelas próprias pernas, errando, mas também acertando, sem que o Estado presuma a real intenção de nossas ações? Até quando o Estado substituirá a educação que tem dever de prestar por imposições normativas que o legislador julga conhecer melhor que seus eleitores? Em razão do multiculturalismo brasileiro e das características regionais dos entes da Federação, não andaria melhor a União se delegasse aos Estados a competência para legislar sobre algumas questões de Direito de Família, como lhe faculta o parágrafo único do artigo 22 da Constituição?

