

A ORIGEM DA FAMÍLIA E SEUS ASPECTOS PRINCIPOLÓGICOS CONSTITUCIONAIS

Shirley Maria Viana Crispino Leite

Juíza Titular da 7ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza, com pós-graduação em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará, Pós-graduação em Processo Civil pela ESMEC-Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, pós-graduanda em Direito Constitucional pela ESMEC, ex-professora da Universidade de Fortaleza, Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Del Museo Argentino (UMSA-Buenos Aires)

Resumo: As consignadas palavras esboçadas por meio do presente artigo se propõem a fazer uma abordagem simples da origem da família, ainda que de modo perfunctório, trazendo à baila elementos valorativos e principiológicos da Constituição.

Sumário: 1 Introdução. 2 A Família na História das Civilizações e os Valores Constitucionais. 3 Considerações Finais. 4 Referências Bibliográficas.

Palavras chaves: Origem; Princípios; Afeto

1 Introdução

Antes de adentrarmos nos aspectos principiológicos do direito de família constitucional, vale destacar que as origens da família são bastante remotas. Conta-se que, na

pré-história, não havia entre os grupos humanos coesão, nem tampouco família, pois no período paleolítico (500.000 a.C a 10.000 a.C), homens e mulheres viviam em savanas, “trepados” em árvores com medo dos animais selvagens. O vínculo entre o sexo e a procriação não existia, já que os homens não tinham a ideia de que, com a cópula, o sêmen gerasse novos seres.

Assim, naquele tempo, uma mulher copulava com vários homens e um homem com várias mulheres, inexistindo o sentimento de posse.

Não havia, mesmo com o surgimento da descoberta de como se geravam os seres, qualquer submissão entre homens e mulheres.

Ideia se tem de que com o passar do tempo e o início da chamada civilização, homens e mulheres começaram a ter o sentimento de posse a partir do advento da propriedade, como retrata Friedrich Engels na obra *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*.

A mulher iniciou seu trabalho na agricultura e daí, defendem alguns sociólogos, houve a necessidade de se mudar de um lugar para outro. O homem, dotado de força, começou a trabalhar com rebanhos, os quais eram tangidos para acompanhá-los para outro lugar não muito frio e, assim, este poder de força e coragem ensejou o patriarcado.

Partindo desse paradigma histórico fica mais consentâneo entender as origens das famílias poligâmicas, poligênicas, “casamento” do homem com várias mulheres e poliandria, mulheres com vários homens.

Assim, foi que se originaram os diversos modelos de família.

Penso que tenham existido vários estilos de

matriarcado, como também vários estilos de patriarcado.

Vale destacar, também, que no antigo Egito, irmãos podiam se casar com suas irmãs.

Há registro histórico de que em certas sociedades matriarcais dois irmãos se casavam com duas irmãs para que, em caso de morte, um dos irmãos que vivo ficasse, poderia relacionar-se sexualmente com as duas.

Com o passar do tempo, a família foi adquirindo ao longo da civilização outras formas e arranjos, como costuma acontecer com a criação da família conjugal, com o reconhecimento de famílias monoparentais, famílias advindas do casamento, famílias advindas de uniões estáveis etc.

O processo cultural dos povos está a ensejar a formação e reconhecimento de outros modelos de família. Neste processo de civilização, há que se falar na questão da igualdade entre cônjuges e consortes, no respeito, no afeto e na função social da família.

2 A Família na História da Civilização e os Valores Constitucionais

A civilização tem seus benefícios e malefícios, porém o grau máximo de civilização é o respeito completo ao ser humano. Ainda que a família trace parâmetros de organização que variem de família para família, estes valores internos não podem ferir os critérios sociais arraigados na Constituição como direitos máximos. O intervencionismo estatal é levado a cabo quando os valores individuais de uma família vão de encontro as leis infraconstitucionais e, sobretudo à Constituição.

Na obra do professor Raimundo Bezerra Falcão¹, entendo que os critérios axiológicos de uma família podem mudar de bairro a bairro, de família para família dentro do mesmo bairro, assim de valores regionais, nacionais e internacionais. Porém, em se tratando de nações diferentes, não pode o Brasil ter ingerência em outro país no que diz respeito à família daquele país, ante o princípio de autodeterminação dos povos, exceto se houver Tratado Internacional nesse sentido.

Aqui vale lembrar o caso do garoto Sean, o qual perdeu a mãe e, sendo criado pela avó, teve que deixar o Brasil para ir a companhia de seu genitor, o qual era americano e morar nos Estados Unidos. Se se tratasse de direito interno, exclusivamente, o Brasil adotaria a posição que fosse mais favorável ao menor, caso em que poderia ficar com a avó. Assim, pelo fato da existência de um Tratado Internacional, o Brasil fora obrigado a cumprir. Nos países árabes onde ainda permanece a poligamia não cabe país nenhum adentrar no direito de família do outro país, sendo de difícil deslinde as questões de direito interespacial que envolvam, como esta, aspectos multiculturais.

Voltando à questão dos valores individuais, de família, de bairro, regionais, nacionais, estes não podem ferir a Carta Constitucional em seus princípios tais como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade entre os filhos, da igualdade entre cônjuges e companheiros, do melhor interesse da criança, da afetividade e da função social da família.

¹ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

O afeto é o novo paradigma da família e, por tal motivo, é que hoje existem múltiplas possibilidades de modelos de família e, como causas do surgimento desses novos modelos, estão o declínio do patriarcalismo, mudanças econômicas, novas tecnologias e a compreensão das subjetividades desejanças etc.

Hodiernamente, reconhecem-se o direito à diversidade e à felicidade, daí doutrinadores e juristas reescreverem a nova realidade do direito de família. A concepção do afeto teve realce no Código Civil de 2002 sendo superada a questão patrimonialista encontrada com realce no Código Civil de 1916. O afeto é a bússola norteadora do novo Direito de Família.

A monoparentalidade no direito de família deve-se, fundamentalmente às separações, divórcios, celibatos, mães solteiras, a viuvez etc. Diz-se monoparental a família constituída de avó, avô e neta ou neto, tia ou tio e sobrinha etc... Tais instituições também gozam, como não poderiam deixar de ser, da especial proteção constitucional.

As famílias monoparentais tiveram aumento na década de 60 nos Estados Unidos e na de 70 em alguns países europeus, tais como a Grã-Bretanha, Suécia e França, se espalhando pelo mundo (Japão, Austrália e Brasil).

Está comprovado que a monoparentalidade vem sempre acompanhada de uma crise econômica forte, pois a pobreza ainda é um desafio aos poderes públicos. Foi exatamente por conta desse fator que a Constituição de 1988 deu proteção especial a família por parte do Estado.

As famílias reconstituídas também merecem destaque neste trabalho, porquanto ainda que se deva dar atenção à

questão da biologicidade, da consanguinidade, este fator não deve se sobrepor ao afeto sem vínculo de consanguinidade, razão pela qual ao aplicador do direito cabe inquirir, ponderar qual o melhor para o menor, considerando o interesse da criança ou adolescente, se o pai biológico ou mãe ou o sócio-afetivo. As famílias reconstituídas encontram problemas específicos e é preciso reconhecê-los. Não obstante, não se deve olvidar dos princípios constitucionais para resolvê-los.

O problema da família é de ordem interdisciplinar e multidisciplinar interessando à psiquiatria, à filosofia, à psicologia e à sociologia. Envolve também a saúde pública e é nesse contexto que fica inserida também a questão da dignidade da pessoa humana, pois devem ser levados em consideração os fatores de desestruturação familiar, tais como: alcoolismo, o uso de drogas, a infidelidade (como o caso do parceiro trazer doença sexualmente transmissível). Tais aspectos da convivência familiar devem ser observados pelos profissionais do Direito, pois podem ferir preceito constitucional.

Episódios grotescos ferem notoriamente o princípio da dignidade da pessoa humana, dos quais podemos citar como exemplo:

- 1) A falta de fidelidade entre os cônjuges;
- 2) A falta de lealdade;
- 3) A falta de sustento, manutenção e educação da prole (abandono dos filhos);
- 4) A prática de sexo oral ou anal, bem como qualquer outro modo não convencional sem a aquiescência do parceiro;

- 5) A transmissão de doença venérea, como por exemplo, HIV, HPV, gonorreia e outras;
- 6) O olhar tirano;
- 7) A falta de confiança gerada pelo mau comportamento;
- 8) Maus tratos envolvendo desde lesões corporais ou baixa auto-estima por torturas psíquicas;
- 9) O gasto desordenado do capital familiar com futilidades;
- 10) A prática do *cibersexy* - sexo virtual, sem a anuência do par;
- 11) A falta do decoro em casa;
- 12) Falta de reconhecimento da paternidade.

Conhecido como o princípio dos princípios ou macro princípio, posto que comumente o ferimento a dignidade da pessoa humana decorre de qualquer agressão aos direitos da personalidade, ao direito à vida, à saúde, ao bem estar físico e psíquico.

A personalização significa valorizar a pessoa humana. Exemplo de tal valorização foi a criação de lei infraconstitucional tal como a Lei nº 8.009/90, a qual protege a pessoa pela impenhorabilidade do bem de família. Essa personalização foi enaltecida, porquanto o Supremo Tribunal Federal elasteceu a impenhorabilidade do bem imóvel a pessoa solteira. Com isso protege-se a dignidade da pessoa humana, pois o bem de família não decorre apenas do casamento, mas da união estável, da família monoparental.

O direito família, na ordem de um direito privatístico, tem sofrido modificações no direito pós-positivado ou pós-moderno, como classificam alguns doutrinadores, uma vez

que se fala em despatrimonialização deste direito.

Assinala com proficiência o exímio professor Paulo Bonavides²: “Como consequência desse regramento constitucional de proteção da pessoa humana, atualmente se tem usado os termos personalização; repersonalização e despatrimonialização do direito privado.”

Não devemos confundir a despatrimonialização da família com a conseqüente não observância da função social da família, pois todos os membros, na função social da família, têm que exercer a função de resguardar ou ampliar o patrimônio familiar, objetivando a que cada um lute pela segurança de seus membros.

No que tange ao abandono afetivo da paternidade existem muitos julgados na jurisprudência brasileira os quais condenam pais ao pagamento de indenizações, a guisa de ilustração³:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS. RELAÇÃO PATERNO FILIAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude de abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo efetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pág. 255-294.

³ TAMP - Apelação Cível nº 408.555-5,7 C.C., Relator juiz Unias Silva.

O afeto tem ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana. Deve ser entendido como o estado psíquico ou moral, afeição, disposição da alma. No dicionário de Aurélio Buarque de Holanda o afeto diz respeito a amizade, amor. É querer bem, é respeitar, zelar, cuidar, amor é tudo isto e, dependendo do tipo de amor, filial, maternal, paternal é muito mais dar do que receber.

A filosofia⁴ conceitua como afeto “as emoções positivas que se referem a pessoas e que não têm caráter predominantemente totalitário da paixão.”

Para o direito o afeto é um valor jurídico e para a filosofia um valor. Ainda que não se possa exigir amor de alguém no sentido puro da palavra poder-se-á exigir alguns de seus atributos que são o respeito e a dedicação.

Aqui podemos mensurar a seguinte hipótese, pai e mãe com família nuclear com obrigação de respeitar seus pais, ascendentes, cuidando deles na velhice, de dedicar-se a um filho com o pagamento de pensão ou acompanhamento de suas notas no colégio, participações de reuniões, levar o infante ao médico e socorrer em todas as suas necessidades, ainda que não o tenha sob sua guarda permanente, ainda que seja por visita ou quando é chamado. O pai ou mãe cômico de suas responsabilidades é o que se dedica e o que se dedica tem afeto.

Outro aspecto o qual deve ser ressaltado além da assistência é a forma como se deve castigar os infantes, o desempenho dentro do lar no que diz respeito às exigências dos pais, acompanhamento em tarefas escolares, vacinações, vigilância em locais que ofereçam riscos, companhias de

⁴ CORREA, Carlos Pinto. O afeto no tempo. Estudos de Psicanálise. Belo Horizonte: nº 28, set., 2005. p.

amizades intrigantes etc.

Ao magistrado da vara de família ou outra atinente à matéria, tal como a específica de guarda, cabe o papel de aquilatar e sopesar todos estes pontos para que o menor amanhã não pague o preço alto por fatos sobre os quais não tinha responsabilidade, dada a sua incapacidade.

Pais alcoólatras, pais tiranos, tais como os que discutem sem medidas na presença do infante, todos estes casos são obstáculos ao bom desenvolvimento psíquico do infante, conduzindo a queda de sua auto-estima a qual vai influir por toda uma vida no futuro.

É neste mister que se pode assinalar que o trabalho do magistrado em varas de família é o de se imiscuir no estudo interdisciplinar, não obviamente, fazendo por desmerecer os que em outras áreas atuam, tais como psicólogos, psiquiatras, assistentes sócias, mas dando de si, com muita generosidade e cuidado e criando meios ou elementos adequados para a realização dos exames periciais psicológicos ou assistenciais.

Não são raras as vezes que encontramos queixas de mães ou pais por tiranias da parte adversa, marido ou companheiro, dentro do lar.

Neste diapasão, cabe-me focar o princípio da solidariedade da família, pois ainda que o Estado não seja intromissor de vidas privadas, há a necessidade de imiscuir-se em lesões de direitos individuais por questões de parentesco.

O Estado obriga a prestar assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (Constituição Federal/88, art.226, §8), não eximiu aos membros da família a obrigação de um prestar solidariedade

ao outro.

O princípio da solidariedade está imbuído do dever de considerações mútuas em relação aos membros da família. Para o insigne professor Raimundo B. Falcão, o princípio da solidariedade é um valor permanente que tende a acompanhar a humanidade no decorrer do tempo.

Aponta o citado professor que os valores podem ser permanentes; duradouros ou efêmeros. Diz ele que os valores permanentes são aqueles que, imemoriavelmente, vêm acompanhando a humanidade. Completa dizendo que isso não quer dizer que sejam eternos, pois para o mesmo, valores eternos não há, pois para que um valor fosse eterno, imprescindível seria que não tivesse referência no tempo e o homem é um ser histórico.

Duradouros são valores que, sem serem permanentes, apresentam certa estabilidade histórica, isto é, surgem e desaparecem sem que, antes, exerçam sua força na modelagem de condutas por um longo tempo. São exemplos, os valores ligados a vida privada.

Por fim, os efêmeros seriam valores passageiros. Os que desaparecem com a instabilidade e a inconsciência das coisas que apenas conseguem ficar por algum tempo. São aqueles que chegam a consuetudinar-se. São modismos. Não fazem no homem raízes profundas. Não deixam marcas no processo civilizatório, pois despertam apenas entusiasmos e são meras quimeras.

Ao ler o livro *Cama na Varanda*, vi que no início, quando grupos se evadiam de regiões frias ou perigosas, no início da civilização, para formar povoados, tribos, etc... os humanos deixavam para trás as crianças e os velhos, pois sendo fracos não resistiam o andar demais e morriam pelos caminhos. Hodiernamente, com a civilização, em que pese as neuroses

e descompassos da humanidade, parece que a mesma trouxe mais humanização ao ser, pois ainda que falhas sejam aderidas aos nossos grupos sociais, há que se reconhecer que com o processo civilizatório o homem ficou mais humano, basta que se fale nas leis que protegem os idosos e as crianças.

Quanto ao princípio da igualdade, temos previsão na nossa Carta Constitucional (art.227, §§ 5º e 6º), e nos artigos 1.511 e 1.596, ambos do Código Civil. Nesse sentido, vem o tratamento igualitário à pessoa dos filhos, sejam adulterinos, incestuosos ou adotivos, não podendo sequer ser usadas expressões tais como filho bastardo, espúrio. Apenas para fins didáticos é que pode ser usada a expressão “filhos fora do casamento”.

Cabe aqui uma pergunta de alta indagação: Filhos de mães diferentes com identidade de pai, onde uma é dentista e tem um padrão de vida alto e a outra mora no campo, camponesa, poder-se-á falar em pensões diferenciadas levando em conta o padrão de vida de cada um? Onde fica o princípio constitucional da igualdade se a jurisprudência brasileira acata os alimentos cômputos no Brasil, ou seja, levando em conta o patamar que o menor levava antes? Como magistrada de uma das varas de família de Fortaleza, acredito que nenhum ato tem força maior do que a força de um mandamento constitucional, quer seja na forma de princípio, sobretudo, quer sob a forma de regramento em si. Assim, qualquer ato que venha de encontro ao mandamento constitucional, é recomendável que se afaste a sua incidência no caso concreto. A inaplicabilidade do dispositivo legal, porém não é automática, cabe ao interessado, no caso a representante do menor, tentar afastar a aplicabilidade da norma em face da Constituição de modo “*incider tantum*”,

com efeitos “*inter parts*”. Processualmente, creio que caberia ao menor, através de sua representante legal, que sofreu uma “*caputis diminutio*” em outra Vara adentrar como litisconsorte facultativo no processo que está a tramitar em outra vara, diante de seu interesse jurídico no deslinde da contenda. Eis a questão para processualistas, porém como especializada em direito familiar, a razão maior para mim é a de aplicar os princípios constitucionais do direito de família ou os princípios gerais do direito processual, tal como o princípio da verdade real e não fictícia em ações em que o interesse público fala mais alto como é o caso de direito atinente a menor e o direito à efetividade do direito processual. Neste tocante, o tecnicismo do direito processual cederia lugar aos princípios do direito material aplicáveis à espécie, ressaltando o que restou consagrado como princípio da instrumentalidade das formas.

Os alimentos côngruos teriam cabimento quando não questionado pelo irmão, e nesse aspecto, de acordo com os ensinamentos do professor André Barros seriam os alimentos civis voltados à manutenção do padrão de vida do alimentado. Aduz o insigne mestre que são todos aqueles que servem à manutenção do *status* anterior do padrão de luxo, condição social, conforto e até de diversão outrora proporcionado pelo chefe de família àqueles com quem convivia e a quem acostumou a viver assim, preservando-se esse padrão de vida.

Esta hipótese jurídica por mim elucubrada tem como *iceberg* o fato de dois irmãos de mães diferentes onde um é filho de classe burguesa e outro de mulher do campo ou até mesmo faxineira veem-se diante dos alimentos por um mesmo pai em situações diferentes ante a aplicação jurisprudencial dos alimentos côngruos.

A vertente não encontra guarida constitucional quando

o inconformado, através de sua representante legal, procura a lide forense. Dois princípios constitucionais estariam sendo feridos um de ordem constitucional, tal como o direito à igualdade, previsto no já mencionado dispositivo 227, §6º, e outro de direito das famílias e direito do menor qual seja o princípio do melhor interesse da criança.

O direito civil, mais precisamente o direito das famílias tem ampla aplicação prática no campo da justiça, pois desde o Código Civil 1916 e com o advento do Código Civil de 2002, o juiz teve ratificado o poder de fazer justiça social. Nesse diapasão, não seria cabível tratar de forma igualitária o filho que tivesse sobre si o nefasto calvário de um tratamento de doença incurável ou até mesmo portador de doença crônica. Assim, ao filho portador de leucemia, linfoma ou qualquer outro tipo de doença maligna deve ter os alimentos diferentes daqueles que estão sãos.

Do mesmo modo, o que é portador de diabetes, de insuficiência renal, cardiopatia ou qualquer outra que faça sentir o caos de uma vida limitada.

Deve prevalecer sempre o melhor interesse da criança ou “the best interest of the children”, conforme Convenção Internacional de Haia, há de prevalecer.

O artigo 227, caput, da Constituição federal, preleciona:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de

negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O aplicador do direito deverá apreciar os casos com lucidez e com, ainda que perfunctório, conhecimento multidisciplinar.

O princípio da não intervenção na liberdade não é um princípio constitucional explícito, mas sim implícito, pois a ingerência que o Estado tem na família é tão somente quando há abusos ou conflitos de interesses.

3 Considerações Finais

Ao findar este sucinto trabalho, o qual não tenho a veleidade de dizer que vá servir aos meus estimados colegas os quais, com certeza, já usam de seus conhecimentos disciplinares em prol de seus julgamentos, entendo que a principal contribuição que dele possa advir seja de ordem acadêmica, destinada àqueles que pretendam ingressar nos átrios da vida forense, aos quais poderia dizer que as conquistas do direito família tem como cenário a aplicação de um direito justo no que tange ao poder-dever do juiz de fazer a justiça social, conforme o Código Civil, mas com o filtro da constitucionalização do direito civil.

Assim, cabe também a família exercer sua função social com base no princípio do direito de família que é o da função social da família, com cada membro exercendo o seu papel ou ofício, desde o afeto, o qual é a mola mestra das relações de família até a não dilapidação do patrimônio, não desmerecendo a desbiologização em face da consanguinidade, pois a paternidade e a maternidade são de quem cumpre a sua missão.

4 Referências

- Constituição Federal de 1988. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CAHALI, Francisco José. **Contrato de Convivência: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COLER, Ricardo. **O reino das mulheres: último matriarcado**. São Paulo: Rideel, 2008.
- CORREA, Carlos Pinto. **O afeto no tempo. Estudos de Psicanálise**. Belo Horizonte: nº 28, set., 2005.
- DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ROSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Porto Alegre: L & P M, 2008.
- TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo: Nobel, 1992.