

REPERCUSSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DESAFIOS DA CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

AURÉLIA CARLA QUEIROGA DA SILVA¹
ARTUR CORTEZ BONIFÁCIO²

RESUMO: A contemporaneidade denota um panorama de transformações sociais, de modo que é patente o reconhecimento do Princípio da Dignidade Humana como vetor da atuação estatal, no sentido de garantir a proteção dos direitos fundamentais, ainda que no âmbito do Direito Privado. A partir de uma construção teórica fundamentada na Constitucionalização do Direito evidencia-se a recepção da Dignidade da Pessoa Humana, insculpida como princípio matriz da Constituição de 1988. Nesta perspectiva, faz-se oportuna a análise, através do método histórico-evolutivo e, também, do exegético-jurídico, da repercussão da Dignidade Humana, com o escopo de compreender os desafios da concretização dos princípios estruturantes do Direito de Família contemporâneo. Percebe-se que, em decorrência da força normativa da Constituição, o Direito de Família sofreu significativas alterações, reforçadas no ECA – Lei nº 8.069/90, e no Código Civil de 2002. O ECA propugnou a Proteção Integral do Menor; enquanto que, o Código Civil embasou a repersonalização das relações privadas. Do exposto, constata-se que, as relações familiares, atualmente, pautam-se pelos princípios da solidariedade e da afetividade, ou seja, o reconhecimento do afeto sob o viés de valor jurídico, como corolário do Princípio da Dignidade Humana delinea a evolução do Direito de Família brasileiro, como categoria de máxima proteção institucional.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana; Proteção; Relações Familiares.

Artigo recebido em 05.03.2012. Pareceres emitidos em 31.05.2012 e 05.06.2012.

Artigo aceito para publicação em 17.06.2012.

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Processual Civil pela UFCG – Universidade Federal de Campina Grande/PB. Professora de Direito Civil e da Área Propedêutica pela UERN – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Coordenadora do Curso de Direito do Núcleo de Nova Cruz/RN. aureliacarla@yahoo.com.br

² Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Professor de Graduação e Pós-Graduação, *Strictu Sensu* e *Lato Sensus*, da UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Coordenador do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da ESMARN – Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte. Membro do IBDC – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Juiz de Direito – Natal/RN. artur_bonifacio@yahoo.com.br

ABSTRACT: The contemporaneity unveils a panorama of social change. In this new spectrum of values, one can clearly see the acknowledgment of the Principle of Human Dignity as a vessel for state action in order to guarantee the protection of fundamental rights, even in the realm of Private Law. Through a theoretical construction based on the constitutionalization of the Law, it becomes evident that the Human Dignity was received as a core principle of the 1988 Constitution. In this regard, it's appropriate to analyze, through the interpretative and the historical methods, the repercussion of the Human Dignity aiming to understand the challenges of implementing the structuring principles of contemporary Family Law. We notice that, due to the normative force of the Constitution, Family Law has changed significantly. Such changes were reinforced by ECA – Lei nº 8.069/90 and by the 2002 Civil Code. ECA advocates the Full protection of children and adolescents; whereas the Civil Code has set the bases for the repersonalization of private relations. As a result of our inquiry, we found that nowadays family relations are guided by the principles of solidarity and affection. In other words, the recognition of affection as a legal value and as a corollary of the Principle of Human Dignity outlines the evolution of Brazilian Family Law as a category of utmost institutional protection.

KEYWORDS: Human Dignity; Protection; Family Relations.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Proteção da Pessoa Humana como Corolário da Evolução do Estado; 2 As Dimensões do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 3 A Eficácia dos Direitos Fundamentais entre os Particulares; 4 Reverberação da Dignidade da Pessoa Humana no Direito de Família Brasileiro; 4.1 No Estatuto da Criança e do Adolescente; 4.2 No Código Civil de 2002; 4.3 Na Concretização dos Princípios Estruturantes do Direito de Família Contemporâneo; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1 The Protection of the Human Dignity as a Corollary of the Evolution of the State; 2 The Dimensions of the Principle of Human Dignity; 3 The Effectiveness of the Fundamental Rights of Individuals; 4 Reverberation of the Human Dignity in the Brazilian Family Law; 4.1 On the Status of Child and Adolescent; 4.2 In the 2002 Civil Code; 4.3 In the Embodiment of the Structuring Principles of the Contemporary Family Law; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

Percebe-se que, a Nova Crítica do Direito aduz que para interpretar é necessário, *a priori*, compreender. Contudo, essa compreensão parte sempre de pré-juízos, antecipados pela tradição, e assim o é, pois o patrimônio intelectual do indivíduo não se desenvolve pela neutralidade, pelo contrário, dá-se pela linguagem. Assim, o mundo nos apresenta em sua totalidade de sentidos, é preciso, pois desvelá-los, através do círculo hermenêutico buscando-se alcançar outros pré-juízos, para promover a fusão de horizontes com os antigos. Essa linha de pensamento consiste em tratar o Direito numa perspectiva fenomenológica, pela razão essencial de que o homem se desenvolve por *modos-de-ser*, pelo *Dasein*.

Essa Nova Crítica do Direito propugna também que é necessário uma teoria adequada para interpretar a Constituição, o que não significa apegar-se a conceitos metafísicos ou meramente ônticos, como fez a Dogmática. Pelo contrário, essa teoria leva em consideração o que a Constituição funda e constitui. Na realidade pátria, a Constituição Federal de 1988 institui um

Estado Constitucional Democrático que possibilita o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, insculpido sob o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A partir de uma construção teórica fundamentada na Constitucionalização do Direito sedimentada nas prerrogativas do Estado Democrático de Direito desenvolvida pelo pós-positivismo, evidencia-se, portanto, no cenário brasileiro a preocupação em recepcionar a Dignidade da Pessoa Humana, insculpida como princípio matriz no âmbito da Constituição Federal de 1988. Destarte, desse princípio ordenador decorrem outros princípios importantes, a saber: o Princípio da Isonomia, da Não-Discriminação e da Proibição do Retrocesso Social.

Denota-se que, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana provocou uma verdadeira mudança na interpretação e na percepção da validade das normas infraconstitucionais, notadamente, àquelas concernentes ao Direito Privado, especificamente, ao Direito Civil. Nesta perspectiva, faz-se oportuna a análise, através do método histórico-evolutivo e, bem como, do método exegético jurídico, da mudança de paradigma na compreensão da repercussão do Princípio da Dignidade Humana, com vistas à percepção sobre os desafios da concretização dos princípios estruturantes do Direito de Família contemporâneo.

Verifica-se que, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana encerra as dimensões ontológica, social, histórico-cultural, bem como a dimensão dúplice, negativa e prestacional da dignidade humana. Portanto, desse princípio surge à obrigatoriedade da efetividade dos direitos fundamentais, nos quais se inserem os direitos da personalidade. É nesse cenário jurídico, que o Direito de Família deve ser interpretado, no sentido da eficácia direta ou eficácia absoluta dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado e entre particulares, afinal o raciocínio o não poderia ser outro, em face da força normativa da Constituição.

1 APROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA COMO COROLÁRIO DA EVOLUÇÃO DO ESTADO

Nos últimos quinhentos anos, à luz das contribuições da Ciência Política, é possível visualizar três modelos institucionais de Estado, quais sejam: o Estado Pré-Moderno, o Estado Legislativo de Direito e o Estado Constitucional de Direito. O primeiro era ancorado no jusnaturalismo e marcado pela tradição romanística do pluralidade de fontes normativas, incluindo, inclusive, a doutrina e jurisprudência; enquanto que, para o segundo, a produção normativa era exclusiva do poder legislativo, fundamentando-se, assim, no princípio da legalidade e sob a égide do positivismo, relegando à doutrina o mero papel de descrever a norma, e tornando a jurisprudência um saber técnico do direito e não, criativo. Sobre o Estado Constitucional Democrático³, Canotilho esclarece que:

³ A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional

O Estado constitucional é “mais” do que Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não-metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político*.⁴

O Estado Constitucional de Democrático, cujo pilar filosófico é o pós-positivismo⁵, se caracteriza pela subordinação do princípio da legalidade a uma Constituição rígida, ou seja, para uma lei ser válida, além de ter sido criada através do procedimento adequado, necessita apresentar compatibilidade com o texto constitucional. Destarte, a Ciência do Direito passa a orientar a atuação dos Poderes Públicos e a Jurisprudência, a interpretar o ordenamento jurídico conforme a Constituição, e a invalidar, portanto, atos administrativos e legislativos eivados de abuso de autoridade. Fica evidente que o atual modelo de Estado incorporado em inúmeras nações “é aquele que se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos liberal e social que o antecederam e que propiciaram seu aparecimento no curso da História”.⁶ Nesse sentido Flávia Piovesan aduz:

Deste modo, logrou-se sustentar que o norte de qualquer interpretação em matéria jurídica não pode mais simplesmente ater-se às clássicas tendências juspositivistas ou jusnaturalistas; quer porque a assunção acabada de uma teoria desconsidera totalmente os valores trazidos pela antagonista, como principalmente porque sequer há de ser essa a metodologia a ser adotada. Com efeito, não existe interpretação de lei,

sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático (*conceito utilizado nesse trabalho*). BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, Salvador/Bahia. 2007, p. 03. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 100.

⁵ A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre a qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. (...) É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 264-265.

⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

simples e isoladamente, em sistemas jurídicos atuais, onde avulta a hierarquia constitucional do ordenamento, com a abrangência inaudita, a partir do remodelamento do Direito Constitucional ocidental pós-1945. Por isso, o próximo passo é uma aproximação com a atual interpretação constitucional que se entende razoável, visando, ao final, assentar as razões da defesa intransigente da força normativa dos princípios fundamentais presentes na Constituição brasileira, com destaque para a **Dignidade da Pessoa Humana**.⁷

Vê-se que o substrato teórico diretivo do Estado Constitucional Democrático é caracterizado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional, e pelo desenvolvimento de uma nova hermenêutica emancipatória da sociedade, sob o influxo inspirador do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Influenciada pela experiência americana de supremacia da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional, ocorrida a partir da década de quarenta do século XX, significa a proteção dos direitos fundamentais pelo Judiciário, que realiza o controle de constitucionalidade, o que representou o rompimento da supremacia do Poder Legislativo, embasada na tradição inglesa de supremacia do parlamento e da noção francesa de que a lei era a expressão da vontade geral. Nesta esteira, é salutar apontar os caracteres dos direitos fundamentais, quais sejam:

(1) *Historicidade*. São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas; (2) *Inalienabilidade*. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis; (3) *Imprescritibilidade*. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a *exigibilidade* dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição; (4) *Irrenunciabilidade*. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.⁸

⁷ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais: a Dignidade da Pessoa Humana. In: *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Liomand, 2003, p. 375-376, (grifo nosso).

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 181.

Deste modo, poder-se-ia afirmar que a evolução do Estado foi promovida por uma redimensionalização do Direito Constitucional, o qual alinha todos os direitos infraconstitucionais e figura como garantidor dos direitos fundamentais. Para exercer essa função com êxito, é essencial a acomodação aos princípios diretivos da Constituição Federal de 1988, dentre os quais se evoca maior importância ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.⁹ Desta feita, consoante a lição de Canotilho depreende-se que: “o direito do estado constitucional democrático e de direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios”.¹⁰

Doravante, torna-se imperioso esclarecer que a unidade do sistema jurídico em um Estado Democrático de Direito é alcançada através do uso pelos intérpretes do princípio de hierarquização axiológica, o qual funciona como um “operador deontológico” teleologicamente norteado, que ordena princípios, normas estritas e valores, solucionando as antinomias entre critérios, com o olhar crítico para as novas funções normativas, razão pela qual esse princípio é conceituado como “metacritério”. Esse princípio permite a realização de uma interpretação a partir da Constituição Federal e a eficácia dos direitos fundamentais.¹¹

Todos os desdobramentos da personalidade humana apresentam relação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerado o Princípio Matriz da Constituição de 1988. Por outro lado, a instituição desse princípio, bem como da consolidação desse princípio como princípio norteador do ordenamento jurídico revelam não somente as transformações do Estado, mas, sobretudo, a evolução do que é ser humano e de quais são seus valores inerentes e, por conseguinte, os limites da sua proteção. Conforme elucida Jorge Reis Novais:

A dignidade da pessoa humana do Estado social e democrático de Direito é circunscrita e temporalmente determinada e, nesse sentido, é própria de um indivíduo comunitariamente integrado e condicionado, titular de direitos fundamentais oponíveis ao Estado e aos concidadãos, mas socialmente vinculado ao cumprimento dos deveres e obrigações que a decisão popular soberana lhe impõe como condição da possibilidade de realização da dignidade e dos direitos de todos.¹²

⁹ O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, nesse contexto, portanto, deve ser encarado como uma construção que, no Estado Democrático de Direito, aponta para uma interpretação jurídica que busca efetivar seu caráter deontológico e compatibilizá-lo com o requisito de manter íntegro o sistema de direito. Ele deve se adaptar aos diferentes contextos plurais em que se aplica, mas, para tanto, deve reafirmar sua força em cada novo contexto. PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: na perspectiva do direito como integridade*. São Paulo: LTr, 2009, p. 33.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “princípioalização” da Jurisprudência através da Constituição. In: *Revista de Processo*. Vol. 98, abr./jun. São Paulo, 2000, p. 84.

¹¹ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 113-114.

¹² NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editor, 2011, p. 53.

Não se pode olvidar, nesta perspectiva, que a Dignidade da Pessoa Humana (assim como os direitos fundamentais que lhe são corolários) aponta, segundo o pensamento de Canotilho, para a ideia de uma comunidade constitucional (republicana) inclusiva, necessariamente pautada pelo multiculturalismo e pelo respeito à diversidade (cultural, religiosa, filosófica, etc) e, portanto, contrária a qualquer tipo de compreensão reducionista da acepção de dignidade. Resta claro que, um dos papéis centrais do Direito e do Estado Pós-Moderno em face ao atual estágio de sua evolução é o de assegurar, por intermédio de uma adequada construção e compreensão da noção de Dignidade Humana, a superação de qualquer visão unilateral e reducionista, tendo em vista a sua efetiva promoção e proteção para todas as pessoas e em todos os lugares.

2 AS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Denota-se que, no direito pátrio, a Constituição Federal de 1988 explicitou no art. 1º, III¹³ a capitulação legal da Dignidade da Pessoa Humana como sendo um dos fundamentos da República. Assim, tal princípio encontra respaldo na ordem jurídica, que o respeita e protege. Para Maria Celina Bodin o substrato material da dignidade pode ser desdobrado em quatro postulados básicos, a saber: (a) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; (b) são merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular o sujeito; (c) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; (d) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.¹⁴

Nessa esteira, as dimensões da Dignidade da Pessoa Humana¹⁵ correspondem ao conjunto de singularidades da própria pessoa e do meio no qual desenvolve a sua personalidade, sendo o seu conteúdo o legítimo

¹³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 11 jun. 2012.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade da Pessoa Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 119.

¹⁵ Assim sendo, tem-se por Dignidade da Pessoa Humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia no Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

fundamento de direitos e deveres perante seus pares e, bem como, o ente estatal. Vê-se que, à luz da contemporaneidade, cujas inovações tecnológicas e científicas acarretaram alterações significativas nas relações intersubjetivas entre os seres humanos, se torna imperioso investigar em detalhes as dimensões dessa dignidade, sobretudo, devido a emerge tutela que o Estado Constitucional Democrático lhe assegura.

A primeira das dimensões é a ontológica, conceituada como qualidade intrínseca e integrante da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, o que permite inferir que é um dado prévio ao reconhecimento pelo Direito ou por qualquer outra ciência especulativa, noutro falar, o Direito apenas constata a dignidade, mas não a cria, e, uma vez constatada, protege-a. Vale salientar que a dimensão ontológica da Dignidade da Pessoa Humana é intrínseca não equivale à defesa da ideia de uma biologização desta, no sentido de uma programação genética e/ou inata da natureza.

Destarte, a dimensão ontológica da Dignidade da Pessoa Humana não leva em consideração a ação do humano, desta forma, no aspecto ontológico, o mais cruel criminoso possui a mesma dignidade da pessoa mais solidária, ou seja, a dimensão ontológica não leva em consideração as circunstâncias concretas. É possível encontrar tal entendimento, referendado no âmbito do Direito Internacional através da dicção do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Assembleia Geral das Nações Unidas).¹⁶

A partir do exposto, conclui-se que o núcleo ontológico da dignidade humana encerra a matriz kantiana,¹⁷ ao firmar-se na autonomia potencial (em abstrato) e no direito de autodeterminação da pessoa. O professor Jorge Miranda aduz que: “o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste sua igualdade”.¹⁸

¹⁶ Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 11 jun. 2012.

¹⁷ Kant, na obra “Fundamentação para a Metafísica dos Costumes”, expõe que: “O Homem, e de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim. (...) Os seres cuja existência depende, não em verdade de nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio”. JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade Humana: princípio constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 30.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

A segunda dimensão da dignidade humana é a comunicativa e relacional, isto é, comunitária (ou social). Essa dimensão intersubjetiva enfoca a instrumentalidade da dignidade a partir do fato de que os seres humanos convivem com a pluralidade e todos possuem ontologicamente a mesma dignidade (autonomia individual), e a partir também da necessidade de se promover os seus direitos e liberdades. Essa dimensão social¹⁹ implica um atuar comunitário de respeito pela pessoa, através de um conjunto de direitos e deveres fundamentais da pessoa humana, o que encerra uma dimensão também política²⁰ da dignidade, pautada pelo respeito entre os indivíduos e também para com o Estado.

A terceira dimensão da dignidade humana é a histórico-cultural, a qual sustenta a dignidade como construção, em função de ser uma categoria axiológica aberta, a qual não admite, portanto, conceitos fixos, os quais são rejeitados também em face do pluralismo de valores das sociedades democráticas contemporâneas. Essa dimensão em construção da dignidade humana evidencia três importantes apontamentos: a) o contorno atual da dignidade humana reflete a evolução cultural das gerações passadas sobre o assunto; b) a dignidade humana na práxis constitucional necessita de uma reiterada concretização; c) denomina-se dignidade humana aquela reconhecida a todos os seres humanos, e Dignidade da Pessoa Humana aquela considerada concretamente.²¹

A quarta dimensão da dignidade humana refere-se ao seu caráter de duplicidade (feição negativa e prestacional). Denota-se que, essa dimensão dúplice consiste no fato de que se por um lado a dignidade abarca a noção de autodeterminação em relação às decisões existenciais, por outro lado, mesmo o humano que detém essa autonomia, mas não é consciente disso, deve ter sua dignidade protegida. Dessa forma, tem-se a dignidade como limite, posto implicar que a pessoa não pode ser reduzida a mero objeto, fato que resultou no surgimento de direitos fundamentais para protegê-la contra seus pares e até mesmo contra o Estado. Em contrapartida, tem-se a dignidade como tarefa, que exige uma atuação da comunidade e do próprio Estado, para fins de sua proteção e, sobretudo, promoção prestacional.

Desta feita, o Estado possui não somente o poder-dever de se abster de praticar atos atentatórios a dignidade humana, mas também o de

¹⁹ Neste sentido, Cf. PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5. ed., Madrid: Tecnos, 1995, p. 318.

²⁰ Sem prejuízo do aspecto ontológico, em razão de se tratar a dignidade de valor próprio e de todos, a mesma só faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade, sendo esta (pluralidade) a condição da ação humana e política. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 15-16.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia no Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 26-29.

promover esta dignidade por meio de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada pessoa humana em seu território. Por certo, o homem tem a sua dignidade aviltada não somente quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, mas também quando não possui acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.²²

Assim, constata-se que, é impossível a adoção de uma definição única, genérica e abstrata acerca do conteúdo da Dignidade da Pessoa Humana, posto que o sentido completo e operacionalidade da dignidade somente ocorrerá no caso concreto, assim como todos os outros princípios fundamentais. Vale ressaltar, todavia, que a coisificação do homem não significa que ele não possa assumir situação de desvantagem em relação a outro, significa que o homem não será relegado à situação que desconsidere a importância única de sua vida.

Na visão jurídica, a Dignidade da Pessoa Humana é um direito fundamental, de modo que corresponde na verdade, como um superprincípio, o qual não admite subdimensionamento, e deve preponderar em relação aos demais, sendo assim assume a dignidade o *status* de valor que legitima o Estado Democrático do Direito, conferindo unidade material à Constituição.

Data vênua percebe-se que a consagração da Dignidade da Pessoa Humana nos remete à visão do ser humano como o esteio, o pilar edificante, o eixo principal do universo jurídico. Tal diretriz se apresenta como o princípio fundante do próprio constitucionalismo contemporâneo. Assim, através da vedação da “coisificação” do humano em prol da compreensão de que toda pessoa é digna e, por essa condição singular, é que vários outros direitos fundamentais são conquistados e declarados com vistas à sua efetiva proteção, de modo a garantir a todos os indivíduos a devida blindagem normativa contra abomináveis formas de dominação e instrumentalização de sua ínsita condição.

3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE OS PARTICULARES

Percebe-se que, no século XIX, o Estado Liberal considerava os direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, de tal maneira que veio a se tornar um dos principais obstáculos a ideia de aplicação desses às relações privadas, posto ancorada na teoria da estrita separação entre o Direito Público e o Privado e na hegemonia da lei em detrimento da Constituição.

A emergência do Estado Social de Direito e a ênfase na concretização dos Direitos Humanos ocorridas no período pós-guerra, trouxeram um contexto favorável para a crítica ao exacerbado teor liberal atribuído aos

²² SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 71.

direitos fundamentais apregoados em lei, tendo a Alemanha desenvolvido, de maneira ímpar, o estudo da problemática de sua eficácia, vindo a se tornar ponto de referência para a doutrina européia. Assim, se romperam as barreiras que inviabilizavam a aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, entre eles superando-se a estanca separação entre o Estado e a sociedade civil; a noção de igualdade formal, evoluindo para o conceito de igualdade material e a neutralidade do Estado em face da dinâmica social.

Ultrapassada a noção liberal burguesa tradicional de que os direitos fundamentais objetivam apenas impedir a intromissão estatal na esfera privada, hodiernamente, os Estados reconhecem que não somente o ente estatal pode ferir as liberdades e garantias individuais, mas também a família e a sociedade civil, notadamente num contexto desigual. No Brasil, de acordo com o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, vinculando os poderes públicos independentemente do reconhecimento expresso por lei infraconstitucional, estando protegidos não apenas diante do legislado ordinário, mas também da ação do poder constituinte reformador, por integrarem o rol das denominadas cláusulas pétreas, (art. 60, § 4º, inc. IV, CF/88).

Outrossim, resta evidente que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se refere à incidência das normas jusfundamentais nas relações privadas, havendo, contudo, discussão se tal eficácia seria mediata ou imediata, isto é, se as normas de direito fundamental atingiriam os particulares, seja nos casos em que uma das partes ostenta poder econômico ou social, seja nas relações jurídicas entre iguais.

Neste instante da reflexão científica, é oportuno destacar as principais correntes doutrinárias a respeito da eficácia dos direitos fundamentais, evidenciando o caráter evolutivo do próprio Direito Constitucional, perpassando da teoria da negação até o ápice do seu reconhecimento jurídico, enquanto instrumento da consagração dos valores mais relevantes de uma comunidade política assegurados no texto constitucional.

A primeira vertente é conhecida como doutrina da negação da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais ou doutrina do "*state action*", desenvolvida pela jurisprudência norte-americana prega que os direitos fundamentais não devem ser vinculados à relação entre particulares, propugnando, portanto, a liberdade individual ampla, o exercício livre da autonomia e ausência de interferência estatal. Destarte, a Constituição e os direitos nela insculpidos apenas vinculam os poderes públicos, salvo no caso de particular que desempenhe função típica do poder público ou apresente conduta imbricada com a esfera estatal, de modo que a maior crítica doutrinária tecida à *State Action* é a de que, a pretexto de prestigiar o individualismo da cultura norte-americana, foi difundida a ideia de que apenas

o Estado é sujeito capaz de ameaçar ou lesionar os direitos fundamentais dos particulares.²³

Desenvolvida originariamente na Alemanha, por Dürig, a teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais sustenta que esses são direitos subjetivos públicos oponíveis ao Estado, e decisões valorativas objetivas, as quais irradiam os seus efeitos por todo o direito, o intitulado “efeito irradiante”. Contudo, estabelece a teoria que essa premissa significa estritamente que a dimensão objetiva e de valores do direito deve ser levada em consideração na produção legislativa e na interpretação do Direito Privado das Cláusulas Gerais, ou seja, não há repercussão direta entre os particulares, pois o reconhecimento desses direitos nas relações entre particulares, aptos a serem invocados a partir da Constituição, corresponderia à estatização do Direito Privado e ao aniquilamento da autonomia privada.²⁴

Entendem os partidários dessa vertente que a Constituição contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis infraconstitucionais pelos valores substanciados nos direitos fundamentais. Portanto, a força jurídica dos preceitos constitucionais se impõe, perante os particulares, por meio de princípios e regras de Direito Privado. Segundo Daniel Sarmento os princípios constitucionais serviriam para “ajudar a interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, desde que sempre dentro das linhas do direito privado”.²⁵

Quanto a teoria dos deveres de proteção, representada por autores como Claus-Wilhelm Canaris e Klaus Stern, se depreende que os direitos fundamentais não constituem direitos subjetivos,²⁶ contudo podem ser oponíveis a outros particulares pela dimensão objetiva que ostentam. Tal dimensão objetiva encerra a obrigação de promoção do bem-comum, na medida em que impõe ao Estado o dever permanente de criar condições fáticas e jurídicas, a fim de concretizar o conteúdo dos direitos fundamentais, por meio da sua atividade legislativa, administrativa e jurisdicional, conforme leciona Paulo Gustavo Gonet Branco:

A afronta a um direito de defesa deve encontrar remédio na ordem jurídica, com vistas a compelir o Estado a se abster de praticar o ato incompatível com os direitos fundamentais ou a anular o que já praticou.

²³ FERRARINI, Leticia. *Famílias Simultâneas e seus Efeitos Jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 24-26.

²⁴ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 160-162.

²⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 200.

²⁶ Segundo Reale: “direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 260.

O princípio da responsabilidade civil do Estado enseja que a ofensa ao direito fundamental suscite, igualmente, compensação pecuniária.²⁷

Essa vertente delinea que ao Executivo, assim como aos outros poderes, cabe a tutela dos direitos fundamentais e autoriza o controle de constitucionalidade pelo Judiciário das normas de Direito Privado, além de permitir que o juiz, diante da omissão do legislador, socorra-se diretamente a norma constitucional para solucionar a lide. Sob esse enfoque, os direitos de defesa apresentam um aspecto de direito a prestação positiva, na medida em que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cobra a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens jurídicos.

A quarta vertente propugna a eficácia direta ou eficácia imedita dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, sendo sustentada por Nipperdey, juiz do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, para o qual os mesmos não vinculam apenas a esfera pública, mas também as relações entre os particulares, pois essas também constituem relações de poder. Sob essa ótica, os direitos fundamentais constituem direito constitucional objetivo vinculante, que funcionam como princípios de toda a ordem jurídica, no que se refere às regras de interpretação e, precipuamente, quanto a função reguladora normativa, de onde se extrai a importância da força normativa da Constituição, enquanto ordem objetiva de valores.

De acordo com a lição de José J. N. Abrantes, a eficácia direta dos direitos fundamentais visa assegurar o respeito ao núcleo essencial desses direitos. Todavia, não importa na submissão dos particulares ao mesmo regime de sujeição aos direitos fundamentais válido para o Estado. A proteção franqueada à autonomia privada e a incidência das normas jusfundamentais nas relações privadas impõe o equacionamento do caso através de uma ponderação de interesses, na qual um dos fatores que deverá ser necessariamente considerado é a maior ou menor desigualdade entre as partes. Quanto maior o desequilíbrio, mais intensa será a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.²⁸

Essa aplicação direta resta defendida sob o argumento que os poderes mais fortes dentro de um Estado, nem sempre advêm dele, mas do âmbito privado, precipuamente, quando do agravamento das desigualdades sociais, do esfacelamento das bases do liberalismo econômico e da posterior Crise do Estado Social, o que exige a intervenção do Estado para mitigar as desigualdades sociais e para limitar os poderes. Não obstante as críticas no sentido dessa teoria representar a substituição do Direito Civil pelo Constitucional e apresentar intenso cunho emocional, a aplicação direta dos

²⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 142.

²⁸ ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 94-113.

direitos fundamentais é tendência majoritária²⁹ na ordem jurídica brasileira e se solidifica na ideia de que ao legislador constituinte é conferido mais poder do que ao legislador ordinário.

No cenário jurídico brasileiro a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas encontra-se respaldada pelo próprio panorama social, marcado por fortes contrastes, o que suscita a necessidade de uma maior tutela por parte do Estado. Tal aplicação encontra-se delineada no art. 5º, § 1º, da CF/1988, bem como no intervencionismo social do texto constitucional, que define vários direitos sociais e econômicos (art. 6º e 7º, CF/88).

Do exposto conclui-se que: a) a eficácia dos direitos fundamentais será tanto mais imediata, quanto mais forte se manifestar a força normativa da Constituição; b) as teses da eficácia gravitam em torno do conflito entre direitos fundamentais, considerados em sentido amplo (ou direitos fundamentais *versus* bem constitucionalmente protegido), posto que a autonomia privada reflete um dos conteúdos do direito fundamental da liberdade, em que também outros direitos fundamentais encontram suas origens. Esse conflito somente é dirimido através do imperativo da razoabilidade e do uso ponderação, para que, de um lado, os outros direitos fundamentais não sejam sacrificados e, do outro lado, para que a autonomia privada não sofra limitação injustificada, evitando também que o Direito Privado perca sua identidade perante o Constitucional.³⁰

Verifica-se que, o uso da razoabilidade aponta para alguns aspectos: a) quanto maior for a desigualdade social e fática entre os particulares, maior será a tutela aos outros direitos fundamentais e menor, a tutela da autonomia privada, até porque a diferença de poder entre os envolvidos compromete a autonomia das partes mais vulneráveis; b) mesmo em condições paritárias, os envolvidos não podem invocar a sua autonomia para se submeterem a condições contrárias à Dignidade da Pessoa Humana.

Quanto a ponderação³¹, infere-se que essa pode ser considerada em abstrato e em concreto. A primeira corresponde à fase inicial, a qual, segundo

²⁹ No Brasil, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas vem sendo pautada pelo crivo da cientificidade por autores como: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed., Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007; BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³⁰ FERRARINI, Leticia. *Famílias Simultâneas e seus Efeitos Jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 43.

³¹ A ponderação é uma técnica de decisão pela qual se solucionam conflitos normativos que não puderam ser resolvidos pelos elementos clássicos da hermenêutica jurídica (semântico, lógico, histórico, sistemático e teleológico) nem pela moderna hermenêutica constitucional (princípios de interpretação propriamente constitucional, interpretação orientada pelos princípios, etc). Para tanto, os diversos interesses em oposição, e as normas que os legitimam juridicamente, devem ser identificados, agrupados em função das soluções que indiquem e dimensionados de acordo com as características do caso concreto. A quantidade de elementos normativos em prol de

a metodologia própria do direito e com base nas experiências passadas serão formulados parâmetros gerais. A partir deste ponto, incide a ponderação em concreto, que consiste em empregar os parâmetros gerais no caso, conforme a situação concreta (parâmetro particular). É exemplo de parâmetro geral a preferência da norma que resguarda a Dignidade da Pessoa Humana e os direitos fundamentais sobre as demais normas.

É nesse contexto de busca sistemática da unidade do ordenamento jurídico através da razoabilidade, ponderação e proporcionalidade, preservando e promovendo a Dignidade da Pessoa Humana e dos direitos fundamentais, fundamentando-se no processo de constitucionalização, no conceito de Estado Democrático e de força normativa da Constituição, que se insere o atual Direito de Família.

4 REVERBERAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Observa-se que, com base na doutrina abalizada, a partir do processo de Constitucionalização dos Direitos, a Dignidade Humana e os próprios Direitos Fundamentais repercutiram por todo o ordenamento jurídico, inclusive no Direito Civil, uma vez que o referido Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi elevado à categoria de matriz hermenêutica do direito pátrio e a tese da eficácia direta dos Direitos Humanos consagrou-se como majoritária, hodiernamente, no Brasil.

É válido ressaltar que, o Direito de Família passou por diversas mudanças, de modo que compreendê-lo plenamente apenas é possível através da análise dos princípios difundidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e, bem como, no Código Civil de 2002, quando então se alcançará a visão completa dos princípios regentes do Direito de Família, notadamente, da dinâmica relacional familiar contemporânea.

4.1 No Estatuto da Criança e do Adolescente

Ao esmiuçar a problemática da configuração do Estatuto da Criança e do Adolescente faz-se *mister* a leitura do contexto histórico em que ele surgiu. Inicialmente, entre 1927 a 1988, tanto a criança quanto o adolescente não eram juridicamente tratados como sujeitos de direito, a rigor; isso porque os direitos criados para eles se restringiam ao dever protetivo e assistencial da Família e, subsidiariamente, do Estado. Coligados a essa visão, surgiram, nos países europeus, o *welfare model* e, no Brasil, a doutrina da situação irregular.³²

determinada solução e o peso que eles assumem diante das circunstâncias concretas são os principais critérios que vão orientar a ponderação, juntamente com o princípio da proporcionalidade. BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. *In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 118.

³² MELO, Eduardo Rezende. Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes no Brasil: dilemas de um cenário cultural em transformação. *In: Direitos humanos: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010, p. 164.

Isto significa que, a criança e o adolescente não eram juridicamente enxergados em toda a sua potencialidade e em todos os seus desejos, preocupando-se o ordenamento jurídico pátrio apenas com aqueles que se encontravam em “situação irregular”, muito embora, em 1924, a Declaração de Genebra já tivesse estabelecido que toda criança necessita de proteção especial. Perfilhando a doutrina da situação irregular, surge, em 1927, o Código Mello Matos (ou Código de Menores), o qual ordenava a repressão às crianças e aos adolescentes considerados “delinqüentes”, ou “em vias de delinquir”.³³

Retomando a orientação histórica, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas previu o direito ao cuidado e a assistências especiais às crianças e aos adolescentes. Contudo, em 1959, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, ainda surge fortemente atrelada ao tratamento da criança apenas sob o aspecto da proteção. Em 1969, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto São José) estipulou em seu art. 19: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que na sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado”.³⁴

Em 1979, o “segundo” Código de Menores Brasileiro foi promulgado e dirigido às crianças em situação de risco social, as quais mereceriam de agora em diante a intervenção do Estado. O art. 2º definiu o rol taxativo das hipóteses de irregularidade, evidenciando que, durante sua vigência, os juízes assumiram postura tutelar e de penalização. No entanto, a partir da proclamação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, a criança passa a ser considerada tanto em suas necessidades, quanto em seus interesses, atribuindo-lhes subjetividade plena de direitos, inclusive daqueles decorrentes da Dignidade da Pessoa Humana, pautada pelo princípio da não-discriminação e pelo princípio garantista do interesse superior. De fato, o cenário internacional, corroborou significativamente para a evolução no tratamento das crianças e dos adolescentes repercutindo positivamente no Brasil.

Como fruto dessa transformação e da democratização do Estado pátrio, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), ratificando a doutrina constitucional de Proteção Integral à Criança e ao Adolescente.³⁵ Vale salientar que essa doutrina é endereçada a todos as

³³ SALUM, Maria José Gontijo. O Sujeito de Direitos, o ECA e o Sujeito Adolescente. *In: Criança e Adolescente: sujeitos de direitos*. Belo Horizonte: Conselho Regional de Psicologia de Minas Gerais, 2010, p. 57.

³⁴ O Brasil promoveu a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) através da promulgação do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 11 jun. 2012.

³⁵ Registra-se que o vigente Estatuto da Criança e do Adolescente no *caput* do art. 2º apregoa a diferenciação normativa entre os conceitos de crianças e adolescentes, a saber: Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente

crianças e adolescentes, e não apenas a uma parcela, considerada prejudicial a sociedade, bem como ressalva-se que essa doutrina não se restringe a abordar as medidas repressivas contra atos infracionais, mas também estabelece instrumentos de tutela da criança e do adolescente.

Destarte, a doutrina da proteção integral introduziu uma nova perspectiva no tratamento conferido pela lei às crianças e aos adolescentes. Isso quer dizer que, a partir da lei, que todo e qualquer jovem merece atenção especial do Estado, da família e da sociedade, o que implica a observância, por todos, de uma legislação especificamente voltada à garantia do bem-estar e do desenvolvimento saudável das crianças e dos adolescentes. Segundo arremata Neidemar José Fachinetto:

A Doutrina da Proteção Integral, uma vez dimensionado o seu alcance, importa profunda ruptura na intervenção da família, do Estado e da sociedade em relação à população infanto-juvenil, agora compreendida como titular dos mesmos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da necessária proteção especial, fazendo com que a política de atendimento, outrora focalizada em políticas assistencialistas baseadas na concepção compaixão-repressão, desloque-se à efetivação das políticas sociais básicas e, de caráter universal, as de assistência ou de proteção especial, como instrumentos de caráter supletivo e temporário, destinados apenas para os que delas necessitarem. Nesse contexto, o resgate e a valorização do direito à convivência familiar e comunitária, como direito fundamental, pressupõe que a família – não apenas na sua concepção estritamente jurídica – deve ser vista como local de criação dos filhos, importando, concomitantemente, em uma cruzada pela desinstitucionalização de crianças e adolescentes.³⁶

Segundo os postulados norteadores da doutrina da proteção integral, os jovens devem ter reconhecida a sua dignidade, em virtude da condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento, ou seja, devem ter atenção e cuidado especial em relação a qualquer outra questão. Tal caráter protetivo implica no reconhecimento da infância e da juventude como prioridade absoluta na oferta de políticas públicas, na destinação de verbas nos orçamentos, nas decisões políticas e judiciais, na elaboração de leis, campanhas educativas, etc.

Sabe-se que, a antiga doutrina da situação irregular, agora substituída pela doutrina da proteção integral, foi produto de uma mentalidade privatista, segundo a qual a criança e o adolescente eram considerados objeto de

aquela entre doze e dezoito anos de idade. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 11 jun. 2002.

³⁶ FACHINETTO, Neidemar José. *O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 57, (grifo nosso).

preocupação unicamente da família – e nunca do Estado. Ao Estado somente seria possível intervir nas relações sociais e domésticas que envolvessem crianças e adolescentes quando surgissem irregularidades graves. A intervenção estatal apresentava caráter repressivo, já que tinha o fim exclusivo de corrigir problemas, geralmente através de punições destinadas ao jovem infrator. Não cabia ao Estado realizar a prevenção desses problemas, o que explicava a ausência de políticas públicas voltadas ao bem-estar da juventude (por exemplo, para coibir o trabalho infantil, a violência doméstica, o uso de drogas, etc), durante a época em que a doutrina da situação irregular prevaleceu.

Em suma, é possível concluir que as crianças e os adolescentes deixaram de ser mero objeto de intervenção do Estado para se tornar sujeito detentor de direitos. Além disso, a Constituição e o ECA determinaram que a família, a sociedade e o Estado têm responsabilidade conjunta pelos mesmos, devendo o ente estatal não apenas reprimir irregularidades, mas, sobretudo, preveni-las através da execução de políticas públicas, atuando positivamente na promoção de direitos, sob o influxo protetivo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Por tal razão, na execução das políticas públicas, deve figurar a criança e o jovem como prioridade absoluta, tendo em vista a atenção especial necessária ao resguardo da condição peculiar de pessoa em processo de formação da sua personalidade.

4.2 No Código Civil de 2002

Observa-se que, com o advento da Constituição Federal de 1988 houve uma inexorável revolução no Direito de Família, tendo em vista que até então, a norma máxima do Direito Privado como um todo era o Código Civil de 1916. No entanto, o texto constitucional inaugurou paradigmas que acarretam uma mudança de enfoque e de escala axiológica exponencial, passando, portanto, a ser a Carta Magna a Lei Maior a reger o Direito de Família brasileiro.

Verifica-se que, o vigente Código Civil é fruto de um cuidadoso trabalho de técnica legislativa (esforço hermenêutico de inspiração filosófica) vocacionado à harmonização ao texto constitucional de 1988, sedimentado na força normativa dos princípios gerais, dentre os quais emerge de importância o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, de modo a oportunizar aos seus intérpretes subsídios consistentes para o *mister* de aplicação do Direito em consonância com a evolução social, no contexto da contemporaneidade.

Dentre as grandes modificações que guardam correspondência valorativa com a Constituição pátria, poder-se-ia citar: o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, § 3º, da CF/88); o reconhecimento da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como entidade familiar (art. 226, § 4º, da CF/88); o reconhecimento dos mesmos direitos e deveres para homens e mulheres dentro de uma sociedade conjugal (art. 226, § 5º, da CF/88); a igualdade

entre irmãos biológicos e adotivos quanto aos direitos fundamentais (art. 227, § 6º, da CF/88); o livre planejamento familiar por parte do casal, pautado pelo princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, da CF/88). Tais previsões constitucionais reproduzidas no Código Civil de 2002, portanto, permitem afirmar que o Direito de Família desvinculou-se das aferições patrimoniais, das influências religiosas e do modelo patriarcal romano, e propugna a família orientada pela valorização do afeto, pela não-discriminação nas relações intersubjetivas entre os seus membros.

A repersonalização do Código Civil de 2002 representa, portanto, a focalização da pessoa humana, em sua dignidade, em todas as relações, inclusive nas relações jurídico-privadas, implicando, também, no fenômeno de despatrimonialização da legislação civil (que consiste na colocação da esfera patrimonial em segundo plano, sem, contudo, negar a sua existência e exigibilidade). Como resultado dessa repersonalização, o Código Civil atual sedimenta-se nos Princípios da Socialidade, da Eticidade e da Operabilidade.³⁷

Essa evolução incorporada ao Código Civil e, por conseguinte, ao Direito de Família reflete a preocupação do Estado com a estabilidade do núcleo familiar, enquanto centro de irradiação dos valores sociais, ou seja, o berço em que, muito provavelmente, se formará o cidadão de bem e/ou o delinquente. Esse panorama aliado ao poder-dever do Estado de promover a Dignidade da Pessoa Humana e de garantir os direitos fundamentais explica o fato de que o Direito de Família, embora pertença ao Direito Privado, apresenta seus institutos resguardados por sua relevância ao patamar de ordem pública.³⁸

Observa-se que, as normas constitucionais de cunho principiológico embasam e justificam o Direito Civil abrangendo também o Direito de Família, com o qual convivem na atualidade, visando à proteção da dignidade humana e desta forma, sedimentando os alicerces para a construção unitária do próprio ordenamento jurídico.

(...) Portanto, as relações jurídicas de direito privado devem ser interpretadas à luz da Constituição, sejam em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade, princípio capaz de conformar um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana.³⁹

³⁷ Simplificadamente vê-se que o Princípio da Socialidade propugna a preponderância dos valores coletivos sobre os individuais, preservando, no entanto, a dignidade de todas as pessoas. O Princípio da Eticidade fundamenta-se no valor da pessoa humana como origem de todos os outros valores, dessa forma, esse princípio abarca a equidade, a boa-fé e os outros critérios éticos. Já o Princípio da Operabilidade consiste na exigência de efetividade do direito e na concretude das leis. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 24-25.

³⁸ SOARES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 90-91.

³⁹ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 320.

Nesta esteira de entendimento, vê-se que o desafio do jurista, na atualidade, consiste na tentativa de buscar empreender a adequação coesa do aparo legal vigente, atuando a partir dos princípios constitucionais, com vistas à formação de um juízo decisório eficiente diante do caso concreto, que permita a composição da lide. Para tanto se faz necessária a utilização de uma nova hermenêutica de cunho filosófico (feição axiológica), tendo em vista a justa aplicação do Código Civil de 2002 em face das relações familiares, enquanto instrumento de resolução e pacificação dos conflitos entre os particulares (pais, filhos, cônjuges, etc), mas, acima de tudo, visando o resguardo da Dignidade da Pessoa Humana.

4.3 Na Concretização dos Princípios Estruturantes do Direito de Família Contemporâneo

Percebe-se que, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o parâmetro de interpretação de todo o ordenamento pátrio, pois a partir dele os direitos fundamentais repercutem no Direito Privado, inclusive no Direito de Família. Todavia, a importância desse princípio não está, precipuamente, no valor interpretativo, mas, sobretudo, naquele valor fundante, obtido pelo valor supremo da própria dignidade do ser humano, o qual se torna o centro do Direito Contemporâneo.

Assim sendo, o Direito de Família, hodiernamente, é norteado pelos seguintes princípios corolários da Dignidade da Pessoa Humana: Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e dos Companheiros; Princípio da Igualdade Jurídica de todos os Filhos; Princípio da Proibição do Retrocesso Social; Princípio da Paternidade Responsável; Princípio da Afetividade; Princípio da Liberdade de constituir uma Comunhão de Vida Familiar. Além desses, existem aqueles definidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, outrora esboçados.

No Estado Social Contemporâneo, o Princípio da Igualdade assume duas facetas: como direito e como técnica. Como direito, esse princípio configura-se como o primeiro dos princípios fundamentais, e atua como limite contra as arbitrariedades do Estado. Corresponde, portanto, ao fundamento da tutela das liberdades individuais. Como técnica, insere-se no contexto das Constituições abertas e preconiza o papel promotor de igualdade do Estado.⁴⁰ Desse princípio decorrem os dois seguintes.

O Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e dos Companheiros em relação aos direitos e deveres revela a anulação do patriarcalismo e a expansão da mulher no mercado econômico. Esse princípio foi estipulado no art. 226, § 5º⁴¹ da CF/88 e encontrou ressonância nos art. 1.567 e 1.568 do CCB/02.⁴²

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *A Constitucionalização Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 128.

⁴¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁴² Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. Parágrafo único. Havendo divergência,

Já o Princípio da Igualdade Jurídica de todos os Filhos foi estabelecido no art. 227, § 6º⁴³ da CF/88, e encontra correspondência nos arts. 1.596 a 1.629 do CCB/02. Segundo esse princípio o ordenamento jurídico:

(...) não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação.⁴⁴

O Princípio da Proibição do Retrocesso Social, apesar de ser um princípio implícito, apresenta significativa importância, pois consiste em um corolário do Estado Democrático de Direito, visando impedir que o Direito despreze os avanços sociais já conquistados e proteger os direitos fundamentais. Ou seja, esse princípio funciona como meio para que o Estado se torne um real promotor da efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, repercutindo em todos os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

O Princípio da Paternidade Responsável é definido no art. 226, § 7º⁴⁵ da CF/88 e reiterado no art. 1.565⁴⁶ do CCB/2002. Esse princípio estipula um

qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses. Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 11 jun. 2012.

⁴³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 11 jun. 2012.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. Vol. 6, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

⁴⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º. Fundados 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 científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte das instituições oficiais ou privadas. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 11 jun. 2012.

⁴⁶ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. (...) § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 11 jun. 2012.

conjunto de deveres assistenciais para com a prole, provenientes de uma reflexão antes e depois do nascimento. Juntamente com o da Dignidade da Pessoa Humana, esse princípio direciona o planejamento familiar, exercido pelos genitores, cônjuges e companheiros. Nesse sentido depreende-se que:

Os pais, quando adquirem este *status*, automaticamente, por força do princípio constitucional da paternidade responsável, são contemplados com deveres e direitos que subsistem à falência conjugal. Aliás, pode-se ir mais longe e afirmar-se que, na verdade, estes deveres preexistem ao próprio nascimento da criança ou mesmo a sua concepção, pois este é um princípio que também fundamenta o planejamento familiar, ou seja, observar a paternidade responsável implica planejar o nascimento dos filhos. Realmente, o fundamento da paternidade responsável reside no empenho pelo bem daqueles em relação aos quais a mesma é exercida, e este empenho está atrelado a um complexo de deveres e direitos correlatos. (...) Estes deveres subsistem à ruptura do núcleo familiar e devem ser observados quando da separação do casal, especialmente quando do estabelecimento da guarda e fixação da pensão alimentícia.⁴⁷

O princípio da afetividade relaciona-se intimamente com o conceito de Dignidade da Pessoa Humana, e com os direitos individuais e sociais, assim observa-se que:

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado. (...) O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. (...) Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.⁴⁸

Apesar do Código Civil de 2002 não utilizar explicitamente a palavra afeto, o princípio da afetividade materializa-se em vários princípios estruturantes do Direito de Família hodierno, cujo teor axiológico tem sido amplamente utilizado pela jurisprudência em face da resolução de casos concretos em sede de tribunal, de modo a fortalecer o caráter de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo pórtico da Justiça. Para ilustrar a notória evidência de sua concretização no Direito de Família pátrio, menciona-se, ainda, a conexão imediata com o Princípio da Dignidade

⁴⁷ ROLLIN, Cristiane Flôres Soares. Paternidade Responsável em Direção ao Melhor Interesse da Criança. In: *Tendências Constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao professor José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 37.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 67-68.

Humana de índole constitucional através: do reconhecimento da igualdade de todos os filhos; da irrevogabilidade da perfilhação; do estabelecimento da comunhão plena de vida no casamento; da igualdade de direitos provenientes da adoção; da dissociação do término da sociedade conjugal da culpa; do reconhecimento da paternidade socioafetiva⁴⁹, da guarda compartilhada⁵⁰, da indenização por abandono afetivo⁵¹, da vedação a

⁴⁹ APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO C/C GUARDA – MENOR ENTREGUE PELA MÃE BIOLÓGICA A SUPOSTO PAI – REGISTRO EM NOME DE AMBOS – AUTOR QUE AVOCA PARA SI A PATERNIDADE – EXAME DE DNA CONCLUSIVO ACERCA DE SUA PATERNIDADE – CASO PECULIAR – MENOR QUE JÁ CONTA COM MAIS DE TRÊS ANOS – INÉRCIA DO PAI BIOLÓGICO NA TOMADA DE MEDIDAS DE URGÊNCIA PARA TOMADA DA CRIANÇA – CONTRIBUIÇÃO DECISIVA PARA CONSOLIDAÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS – ESTUDO SOCIAL INDICANDO AS DIFICULDADES QUE A MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO ACARRETERÁ À MENOR – PATERNIDADE SOCIOAFETIVA – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – MANTENÇA DA GUARDA COM O CASAL QUE VEM CRIANDO A MENOR – ARTIGOS 6º E 33 DO ECA – PEDIDO INICIAL PARCIALMENTE PROCEDENTE – ÔNUS SUCUMBENCIAIS MODIFICADOS – RECURSO PROVIDO – Tendo como foco a paternidade socioafetiva, bem como os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do melhor interesse do menor, cabe inquirir qual bem jurídico merece ser protegido em detrimento do outro: o direito do pai biológico que pugna pela guarda da filha, cuja conduta, durante mais de três anos, foi de inércia, ou a integridade psicológica da [...] menor, para quem a retirada do seio de seu lar, dos cuidados de quem ela considera pais, equivaleria à morte dos mesmos. Não se busca legitimar a reprovável conduta daqueles que, mesmo justificados por sentimentos nobres como o amor, perpetram inverdades, nem se quer menosprezar a vontade do pai biológico em ver sob sua guarda criança cujo sangue é composto também do seu. Mas, tendo como prisma a integridade psicológica da menor, não se pode entender como justa e razoável sua retirada de lugar que considera seu lar e com pessoas que considera seus pais, lá criada desde os primeiros dias de vida, como medida protetiva ao direito daquele que, nada obstante tenha emprestado à criança seu dados genéticos, contribuiu decisivamente para a consolidação dos laços afetivos suprareferidos. Portanto, nos casos em que existente a paternidade socioafetiva, o reconhecimento da paternidade biológica tem efeito meramente declaratório do ponto de vista genético, não acarretando qualquer consequência no que toca ao poder familiar ou direito sucessório. AC 2005.042066-1, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, 3ª C. Dir. Civil do TJSC. Julgamento em 01.06.2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/20081211/djsc-24-09-2010-pg-616>>. Acesso em 11 jun. 2012.

⁵⁰ EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – FAMÍLIA – GUARDA COMPARTILHADA – CONSENSO – NECESSIDADE – ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR – POSSIBILIDADE – 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. REsp 1251000 MG 2011/0084897-5, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Órgão Julgador: 3ª Turma, STJ, Julgamento: 23.08.2011, Publicação: DJe 31.08.2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj>>. Acesso em 11 jun. 2012.

⁵¹ EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – FAMÍLIA – ABANDONO AFETIVO – COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL – POSSIBILIDADE – 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/

Pessoa Jurídica de interferir na vida das famílias e no direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Depreende-se que, no contexto contemporâneo o Direito de Família pátrio encontra respaldo nos princípios da solidariedade e da afetividade, cuja matriz constitucional embasada na Dignidade da Pessoa Humana desponta como elemento para a consolidação do Estado Constitucional Democrático, garantindo, assim, condições mais justas e equilibradas para o desenvolvimento pleno da dinâmica das relações intersubjetivas no âmbito da sociedade.

CONCLUSÃO

A partir de uma construção teórica fundamentada na Constitucionalização do Direito sedimentada nas prerrogativas do Estado Democrático de Direito, evidencia-se no ordenamento jurídico brasileiro a preocupação em recepcionar a Dignidade da Pessoa Humana, insculpida como princípio matriz no âmbito da Constituição Federal de 1988, suscitando uma verdadeira mudança na interpretação e na percepção da validade das normas infraconstitucionais, notadamente, àquelas concernentes ao Direito Privado, especificamente, ao Direito de Família. Assim, desse princípio estruturante despontaram outros princípios relevantes, consoante a própria evolução das relações familiares, a saber: o Princípio da Isonomia, da Não-Discriminação e da Proibição do Retrocesso Social.

Verificou-se que, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana apresenta várias dimensões (ontológica, social, histórico-cultural, bem como a dimensão dúplice (negativa e prestacional), do qual resulta o dever estatal de promover a efetividade dos direitos fundamentais, com ênfase aos direitos da personalidade no âmbito privado. Assim, resta evidente que, o Direito de Família deve ser interpretado na ordem jurídica brasileira vigente, no sentido

compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Órgão Julgador: 3ª Turma, STJ, Julgamento: 24.04.2012, Publicação: DJe 10.05.2012. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2012-04-24;1159242-1185550>>. Acesso em 11 jun. 2012.

do reconhecimento da eficácia direta ou eficácia absoluta dos direitos fundamentais entre particulares, em face da força normativa da Constituição.

Nesta perspectiva, buscou-se depurar através do exame exegético-jurídico a repercussão da Dignidade da Pessoa Humana, objetivando a compreensão dos desafios da concretização dos princípios estruturantes do Direito de Família contemporâneo. Percebeu-se que, em decorrência da força normativa da Constituição, o Direito de Família sofreu significativas alterações em face das mudanças na própria dinâmica social (liberdade feminina, expansão industrial, descoberta de novas tecnologias, etc), reforçadas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que propugnou a Proteção Integral da Infância e da Juventude, e no Código Civil de 2002, embasado na repersonalização das relações privadas, com base nos Princípios da Socialidade, da Eticidade e da Operabilidade, Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges, dos Companheiros e também de todos os Filhos; Princípio da Paternidade Responsável; Princípio da Afetividade, dentre outros.

Observou-se que, a tridimensionalidade da pessoa humana exige, hodiernamente, a evolução do próprio conceito de família, dentre outros institutos jurídicos no âmbito privado. Contudo, tal mudança apenas será possível através da utilização de uma linguagem que atente para o ser-no-mundo genético, o ser-no-mundo afetivo e o ser-no-mundo ontológico. Em decorrência do panorama de transformações sociais e da irrefutável complexidade das relações familiares ao longo dos séculos, a família deixou de ser uma instituição com finalidade eminentemente econômico-produtiva, centrada no patriarcalismo, para tornar-se uma família-instrumento, com o escopo de promover a dignidade de seus membros, numa perspectiva em que o Estado assume o seu papel de protetor e promotor dessa dita dignidade.

Desta forma, constatou-se que os desafios da concretização dos princípios estruturantes do Direito de Família contemporâneo se tornam possíveis de serem alcançados em face da aplicabilidade mais acentuada dos pilares protetivos do próprio sistema de Direito Privado atual, cujo elemento essencial extraído do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem influenciado positivamente as famílias à prática dos valores imanentes do afeto e o próprio Poder Judiciário na tomada de decisões mais conscientes e dotadas de sentido humanitário, conforme evidencia a jurisprudência pátria hodierna, pelo reconhecimento sublime das dimensões ontológica, social, histórico-cultural, bem como a dimensão dúplici (negativa e prestacional) da própria dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana sedimentada como fundamento do Estado Constitucional Democrático compõe a nova base axiológica do ordenamento jurídico pátrio, irradiando para todos os sistemas infraconstitucionais os seus efeitos, de maneira a firmar através da supremacia da Constituição Federal de 1988 a direção de matérias anteriormente exclusivas do Direito Civil, conferindo os novos contornos axiológicos para o sistema jurídico. Nesse desiderato, à medida que estas alterações vão tomando forma, os paradigmas

eleitos pelo Direito de Família clássico vão cedendo espaço às novas estruturas, fundamentadas nos princípios da solidariedade e da afetividade, ou seja, o reconhecimento do afeto sob o viés de valor jurídico, como corolário do Princípio da Dignidade Humana delinea a evolução da dinâmica familiar, como categoria de máxima proteção institucional.

Do exposto, resta clarividente que o desafio do jurista em plena era contemporânea corresponde à adequação equilibrada das fontes normativas em vigor (códigos, leis, decretos, resoluções, etc), atuando a partir dos valores e princípios constitucionais, para fins de capitulação de um juízo decisório eficiente e célere diante do caso concreto, cuja contribuição sublime seja a materialização do compromisso com o ideal de Justiça. É fundamental o emprego da nova hermenêutica de cunho axiológico, tendo em vista a aplicação humanista do Código Civil de 2002 em face das relações familiares, enquanto instrumento de resolução e pacificação dos conflitos entre os particulares (pais, filhos, cônjuges, etc), mas, sobretudo, focalizando o *mister* da tutela da Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, Salvador/Bahia, 2007, p. 03. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *A Constitucionalização Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 11 jun. 2012.

_____. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 11 jun. 2002.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 11 jun. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2005.042066-1, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, 3ª C. Direito Civil do TJSC. Julgamento em: 01.06.2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/20081211/djsc-24-09-2010-pg-616>>. Acesso em 11 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1251000 MG 2011/0084897-5. Rel.ª Ministra NANCY ANDRIGHI, Órgão Julgador: 3ª Turma, STJ, Julgamento: 23.08.2011, Publicação: Diário de Justiça em: 31.08.2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj>>. Acesso em 11 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1159242/SP. Rel.ª Ministra NANCY ANDRIGHI, Órgão Julgador: 3ª Turma, STJ, Julgamento: 24.04.2012, Publicação: Diário de Justiça em: 10.05.2012. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2012-04-24;1159242-1185550>>. Acesso em 11 jun. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “princípioalização” da Jurisprudência através da Constituição. In: *Revista de Processo*. Vol. 98, abr./jun. São Paulo, 2000.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHINETTO, Neidemar José. *O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERRARINI, Letícia. *Famílias Simultâneas e seus Efeitos Jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. Vol. 1, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. Vol. 6, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade Humana: princípio constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008.

MELO, Eduardo Rezende. Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes no Brasil: dilemas de um cenário cultural em transformação. In: *Direitos Humanos: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade da Pessoa Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editor, 2011.
- ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 11 jun. 2012.
- PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 11 jun. 2012.
- PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: na perspectiva do direito como integridade*. São Paulo: LTr, 2009.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5. ed., Madrid: Tecnos, 1995.
- PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais: a Dignidade da Pessoa Humana. In: *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Liomand, 2003.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROLLIN, Cristiane Flôres Soares. Paternidade Responsável em Direção ao Melhor Interesse da Criança. In: *Tendências Constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao professor José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SALUM, Maria José Gontijo. O Sujeito de Direitos, o ECA e o Sujeito Adolescente. In: *Criança e Adolescente: sujeitos de direitos*. Belo Horizonte: Conselho Regional de Psicologia de Minas Gerais, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed., Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007.
- _____. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia no Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2000.
- _____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- SOARES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.