

REFLEXÕES ACERCA DA INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE INDIVIDUAL E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES.

Kelly Cristine Baião Sampaio

1- INTRODUÇÃO:

A entidade familiar, retratada constitucionalmente, caracteriza-se como comunidade solidário-afetiva, com fins de permanência, e que tem por princípio determinante a valorização da igual dignidade dos membros, privilegiando-se as pessoas em detrimento da instituição. Neste aspecto, retira-se do conteúdo das relações entre homem e mulher, seja através de casamento ou da união estável, qualquer legitimação, ocorrida no passado, de desigualdades, de restrição à liberdade individual. O princípio da liberdade, como manifestação da democracia nas relações familiares, deve ser a expressão da autonomia nas relações existenciais, não sendo cabíveis limitações normativas que não a regulação mínima no primado da efetividade de uma ética na família. A tutela do Direito para a consolidação dessa liberdade, nesse aspecto, não prescinde da solidariedade, e isto se dá tanto na vigência da sociedade familiar, em que há co-responsabilidade na gestão da família, fundada no princípio da solidariedade familiar,¹ como também nos deveres de

¹Traça o Prof. João Baptista Villela, na década de 80, uma singular análise da estrutura familiar, merecedora de transcrição: A liberdade não exclui a responsabilidade. Ao contrário: é esta que não tem como se exercitar onde falta aquela. O consenso tende a sair de uma economia episódica para uma economia de duração, no casamento, isto é, tende a ultrapassar o momento da celebração [...] para dominar todo o período de estado [...]. A *affectio maritalis* readquire, assim, importância e se torna o elemento decisivo de sustentação do vínculo conjugal. [...]. A liberdade de ir-se dá consistência à decisão de permanecer renovada a cada momento na opacidade cinzenta do cotidiano. De positivo fica o alargamento de poder. De inquietante, o despreparo para usá-lo, a insegurança do amanhã, os infinitos desconcertos da alma humana. De esperançoso, a fé no homem e na sua capacidade de crescer, só possível onde as opções não estejam mortas. (**Liberdade e Família**. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Série MONOGRAFIAS – Nº. 2. V.III. Belo Horizonte, 1980, pp. 19,20).

solidariedade, em que ressaltam os alimentos, expressão da integração efetiva e da comunidade solidário- afetiva que caracteriza a família.

2- CASAMENTO - ENTRE LIBERDADE E SOLIDARIEDADE

Em estudo acerca das tendências contemporâneas das famílias no Brasil, a antropóloga Lia Zanotta Machado tece, pelo menos, duas diferenças quanto à situação familiar do Brasil em relação ao mundo europeu e norte-americano. Primeiramente reflete que não se alcançou no Brasil o Estado de bem estar social, adquirido em países ocidentais desenvolvidos. De outro lado, o paradigma ibero-americano apresenta-se fortemente influenciado, quanto à estrutura da família, pelo modelo católico, em certo grau arabizado.²

Em citação ao sociólogo francês François de Singly, a autora supra mencionada discorre:

Não se duvida das mudanças que essa instituição (a família) conheceu e conhece ao longo da segunda metade do século XX- sobretudo nos países ocidentais: o decréscimo dos casamentos, das famílias numerosas, o crescimento das concubinagens, dos divórcios, das famílias pequenas, das famílias monoparentais, recompostas, do trabalho assalariado das mulheres.³

Essas profundas transformações na família permitiram que se previsse a sua crise. De fato, ainda que se acolha a desanimadora linguagem da crise, certo é que, passado o momento de se refletir sobre a crise, desperta-se a sua conseqüência. Há que se compreender que o “renascer” da família apresentou-se com novos modelos de família,

²**Famílias e Individualismo: Tendências Contemporâneas no Brasil.** Revista Interface. Comunicação, Saúde, Educação. Fundação UNI Botucatu/UNESP, vol. 5, nº. 8. Botucatu, SP: Fundação UNI, 2001, p.3.

³ *Id*, p.3.

afirma-se a sua pluralidade, com modelos alternativos de convivência, inseridos, inclusive, em nossa Constituição Federal de 1988.

Em texto sobre as funções e transformações da família ao longo da história, a psicóloga Marlene Aparecida Simionato e a enfermeira Raquel G. Oliveira informam a possibilidade de se detectarem diferentes concepções de família. Retiram, no entanto, como aspecto comum o fato de que a união entre os membros de uma família, com ou sem laços consangüíneos, se manifesta através da intimidade, do respeito mútuo, da amizade, da troca e do enriquecimento conjunto.⁴

Para as autoras,

Atualmente as famílias se distinguem pela ênfase que dão ao processo de individualização. O elemento central não é mais o grupo reunido, mas os membros que a compõem. A família se transforma em um espaço privado a serviço dos indivíduos. Razão porque a família é designada [...] como “relacional e individualista”.⁵

Em semelhante reflexão sobre a família atual, Singly, ao se referir à sociedade francesa, elenca duas modalidades de famílias modernas:

A ‘família moderna 1’, do período que vai do início do século XX até os anos sessenta – caracteriza-se sobretudo pela construção de uma lógica de grupo, centrada no amor e na afeição. (...) ‘A família moderna 2’ se distingue da precedente pelo peso maior dado ao processo de individualização. A família se transforma em espaço privado a serviço dos indivíduos.⁶

De fato, ao longo do século XX, constatou-se que o crescimento do comércio e de serviços preferencialmente femininos como o de datilógrafas, professoras primárias, secretárias, aliado à necessidade de a mulher completar a renda familiar, favorece o descobrimento da

⁴ **Funções e Transformações da Família ao longo da História.** I Encontro Paranaense de Psicopedagogia- ABPppr- nov./2003,, p.58.

⁵ *Id.*, p.60.

⁶ MACHADO, Lia Zanota. **Famílias e Individualismo: Tendências Contemporâneas no Brasil.** *Cit.*, p. 7.

mesma acerca de suas potencialidades, tornando-a mais ativa e consciente da realidade social.

Estes fatos demonstram que as mulheres passaram a ocupar um papel determinante, juntamente com o marido, na formação do patrimônio familiar. Isto incentiva o “amor próprio”, a auto-estima da mulher, o que se consagra como importante passo na queda do patriarcalismo⁷, pois se percebe que se pode alcançar um casamento baseado no afeto e não na submissão. Reivindica-se, a partir da paulatina modificação dos costumes, a liberdade de permanecer ou não casado e até de contrair novas núpcias, num ideal de felicidade.

Observa-se assim uma natural transformação na família, como reflexo da evolução da sociedade no âmbito político, econômico e social.

O desenvolvimento da industrialização e o êxodo rural trazem ao País uma feição urbanista. Este fato repercute na família diminuindo o número de seus integrantes e o tempo em que permanecem unidos.

Foi-se então reduzindo o seu contexto e, aos poucos alterando-se a posição dos componentes: a mulher e os filhos, exercendo atividades econômicas fora do centro doméstico, acabaram por conferir novo

⁷A família disposta na codificação civil de 1916 caracterizava-se como matrimonial, tradicionalista, preocupada em manter o “bom nome”, a reputação frente à sociedade e, neste sentido, era também patrimonialista, identificando posição social com a aquisição de respeito e dignidade das pessoas como um todo; e ainda patriarcal, em que há a figura diretiva do homem, neste contexto, tido como o “chefe” da família, a quem os demais membros deveriam manter um respeito submisso.

Havia uma divisão clássica de papéis, era o marido o provedor, e o que ditava as regras a serem respeitadas e seguidas pelos membros daquela casa. Já a mulher deveria ser boa esposa e mãe, a ela se atribuíam tão somente as tarefas domésticas. Ao marido caberia a gestão da família, responsabilizava-se para com mulher e filhos, cabendo à mulher a responsabilidade para com o lar e filhos. Estes, por conseguinte, deviam respeito aos pais, notadamente ao pai, num modelo de submissão.

À época sobrepunha-se ao afeto, ao carinho, o dever de respeito, de subordinação ao cônjuge determinado ou aceito pela família.

A família entendida como legítima era aquela transpessoal, oriunda do casamento. Toda e qualquer relação diversa do casamento era marginalizada, tida como espúria e amoral. Segundo Luiz Édson Fachin, “A família clássica era centralizada na grande família [...] sendo uma família congruente com a situação econômica do país”, essencialmente agrário. (**Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33).

alcance à noção de família e por modificar as relações básicas em seu interior.⁸

Esta mudança de feição e de comportamento da família gera um repensar, tanto por parte de seus membros, como por parte da ordem jurídica. Homem e mulher vêm a perceber que a relação matrimonial deve ser válida na medida em que faz aflorar os sentimentos de amor e de solidariedade. Donde se conclui que família deve ser o meio de realização das pessoas e não um fim em si mesmo; desta forma deve o Direito proporcionar os meios para que as transformações no conteúdo da família venham a se consolidar legitimamente.

2.1- A Constituição Federal de 1988 e a efetivação no ordenamento jurídico vigente de novos valores para a família

A Constituição Federal de 1988 absorveu os novos valores alcançados pelas transformações da família; hoje, nuclear, eudemonista, urbana, ou seja, nitidamente oposta àquela que serviu de base ao legislador Civil.

A família atual é baseada nas relações de carinho e amizade entre seus membros. É o lugar em que as pessoas se sentem amparadas, protegidas das pressões econômicas e da agitação e esgotamento provocado pelo trabalho. A família é menor e mais unida em afeto e solidarismo.

Assim, a concepção eudemonista da família progride à medida que regride a seu aspecto instrumental. E, precisamente por isso, a família e o casamento passam a existir

⁸ “Dentre as inúmeras transformações sociais que aconteceram neste século, podem ser destacadas, além do processo de urbanização, a industrialização ocorrida no país; o ingresso da mulher no mercado de trabalho, o aumento em sua esfera de atuação social, política e jurídica; a transformação da condição social do jovem”.(CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *In*: PEREIRA Rodrigo da Cunha (Coord.). **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte. Del Rey, 1998, p. 492).

para o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana — para a realização dos seus interesses afetivos e existenciais.”⁹ Assim,

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.¹⁰

Realmente, o disposto acima é amplamente comprovado pela leitura dos artigos constitucionais que tratam da família.

Ressalte-se o artigo 226, § 3º que reconhece como entidade familiar, a união estável entre homem e mulher, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Do exposto, tem-se que é reconhecida a união estável como forma de família e que é família todo o núcleo voltado para uma união afetiva, solidária, valorizadora da dignidade humana.

Perlingieri mostra-se preciso ao estatuir que:

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem.

(...) todas essas formações sociais serão merecedoras de tutela se a regulamentação interna for inspirada no respeito da igual dignidade, na igualdade moral e jurídica dos componentes e na democracia. Valores que representam, juntamente com a solidariedade, o pressuposto, a

⁹OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família (Direito Matrimonial)**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980, p.11.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.349.

consagração e a qualificação da unidade dos direitos e dos deveres no âmbito da família¹¹

Toda a família, com vínculo consanguíneo ou não, é abarcada pela Constituição Federal na medida em que prime pela dignidade de seus membros, não se sobrepondo a estes.¹²

Isto porque a Constituição Federal inseriu, dentre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, valorizando a situação jurídica existencial em detrimento da patrimonial.

Elencou, também, no art. 3º, I, ao tratar dos princípios fundamentais, que constitui objetivo da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O conteúdo deste artigo é de grande relevância visto que, conforme acentua o Prof. Luís Roberto Barroso: “Aos princípios calha a peculiaridade de se irradiarem pelo sistema normativo, repercutindo sobre outras normas constitucionais e daí se difundindo para os escalões normativos infraconstitucionais.”¹³

A solidariedade assume dimensão jurídica de princípio fundamental, devendo estar presente nas relações familiares. E não se confunde com o sentimento de fraternidade, assistencialismo, ou ação virtuosa, pois que se trata de princípio jurídico, que, na família, se apresenta na ajuda mútua, na troca solidário-afetiva.

¹¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, *sic*, pp. 243 e 244; 245 e 246.

¹² *Id*, p.249. “A dignidade humana nestas hipóteses representa um limite inviolável no plano do comportamento e ao mesmo tempo, um valor indisponível em formas juridicamente importantes”.(*Ibid*, p.249).

¹³ **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 144.

A dignidade humana, bem maior a ser por todos obtida, e especificamente, dos membros de uma família, está intimamente relacionada à igualdade e a liberdade de todos e à solidariedade de uns para com os outros.

A unidade do ordenamento jurídico pressupõe, de acordo com Norberto Bobbio, “uma norma fundamental com a qual se possam, direta ou indiretamente, relacionar todas as normas do ordenamento”.¹⁴

Desta forma, no tocante às relações familiares, exige-se que as normas infraconstitucionais espelhem os princípios e valores consignados na Constituição Federal, conformando-se a ela o intérprete, o aplicador do Direito. É a Constituição Federal a depositária dos fundamentos da sociedade atual, na qual a família merece tutela na medida em que valoriza o sentimento do ser humano à instituição supraindividual. Quanto à família atual, os dispositivos da Constituição Federal encontram-se em consonância com a mesma, voltados para a satisfação de exigências prevalentemente solidaristas e de dignificação do ser humano; daí a importância do entendimento de que a Constituição Federal é a lei fundamental da família.

Depreende-se dos modelos de família atuais, valores que lhes são necessariamente intrínsecos. Das relações de convivência entre homem e mulher, tem-se por princípios determinantes a liberdade e a solidariedade. Esses princípios congregam exatamente as construções acima referidas em que a família se identifica como relacional e individualista.

É o princípio da liberdade o grande delineador das conquistas em prol da autonomia nas escolhas individuais. Ser livre e igual, elementos essenciais à dignificação humana. Não é suficiente o tratamento igualitário entre homem e mulher se não há liberdade de se exercer as suas próprias escolhas, de se autodeterminar.

¹⁴ **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UnB, 1996, p. 71.

Como alicerces da família, os princípios da liberdade, igualdade e solidariedade, necessariamente devem ser refletidos e ponderados a fim de se retirarem os conteúdos éticos- jurídicos delineadores dos princípios que regem a família enquanto instituição e seus membros.

3 - O PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Segundo Perelman:

A idéia de que os homens são livres e iguais em direitos, e que constituem o único fundamento da ordem política, em virtude de um contrato social, se desenvolve a partir de meados do século XVII, nutre o pensamento do Século das Luzes e culmina nas proclamações e nas declarações americanas e francesas do século XVIII, que caracterizam a ideologia individualista e burguesa dos direitos do homem e do cidadão.¹⁵

Resalta o citado autor que a liberdade, apregoada no século XVIII, insculpida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, era afirmada como sendo um direito imprescritível e natural do homem, enquanto que a igualdade estava delimitada aos cidadãos face à lei.¹⁶

¹⁵ **Ética e Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.220.

¹⁶ Historicamente, o Estado de Direito surgiu como reivindicação da burguesia emergente, baseado na racionalidade iluminista e fundamentado na afirmação da liberdade enquanto direito à propriedade privada, ao livre comércio, à livre iniciativa, liberdade de indústria, etc. Foi esta concepção de liberdade que se tornou o princípio organizador do Estado Moderno. Independentemente dos conflitos entre classes sociais, estas liberdades não podiam ser colocadas em risco. O Estado Absolutista foi a primeira expressão política desta concepção. Ele teve a função de substituir a estrutura social feudal pela moderna, no que diz respeito à criação das condições para a implementação das “liberdades” da economia de mercado. Estruturalmente ainda permanecia o risco de este Estado intervir em tudo. Era preciso, pois, dar uma estrutura ainda mais estável ao mesmo, de forma que não restasse possibilidade alguma de intervenção nos interesses fundamentais da burguesia. Nascia, assim, a Monarquia Constitucional, que pressupõe uma Constituição, onde os princípios acima referidos aparecem como base inviolável. A passagem para a Democracia Constitucional pôde, assim, ocorrer com relativa tranquilidade, uma vez que o caráter constitucional não estava em questão. O adjetivo democracia tornou-se um instrumento conivente para conquistar e ampliar a legitimidade desta forma política. Os princípios, contidos em todas as constituições modernas, se sobrepõem ao adjetivo democracia. Isto se comprova, por exemplo, através das inúmeras ditaduras que

A luta pela igualdade era uma luta pela abolição dos privilégios do clero e da nobreza, tanto em questão de acesso às funções públicas como em questão de impostos. A igualdade política só era garantida aos cidadãos adultos e varões, contando que pagassem um mínimo de impostos. No século XIX, a igualdade dos direitos era garantida aos proprietários. O direito de propriedade era, aliás, considerado um direito natural, prolongamento da liberdade individual e fundamento, segundo Locke, da ordem social.¹⁷

Para o prof. Adrian Sgarbi, desde Benjamin Constant¹⁸, a liberdade tem sido objeto de reflexões entre teóricos e filósofos.

De acordo com Constant, a liberdade pode ser contraposta entre a liberdade dos antigos e liberdade dos modernos. “[...] a liberdade dos antigos caracteriza-se pela “participação dos indivíduos” no poder político, uma autonomia; e a liberdade dos modernos, encontra seu traço na “ atuação nos espaços livres” por parte de alguns indivíduos; estes, compreendidos como campos protegidos contra a invasão ou ingerência decorrente tanto da atuação de outro indivíduo como do próprio poder público.”¹⁹

Para Isaiah Berlin, a liberdade, em concordância com Benjamin Constant, pode ser definida como liberdade positiva ou negativa, em que aquela se manifesta pela

temos vivenciado nos âmbitos do Estado de Direito. (SCHÜTZ, Rosalvo. **A falácia da democracia moderna**. In: <http://www.espacoacademico.com.br/042/42cschutz.htm>).

¹⁷PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. *Cit*, p. 220.

¹⁸Chefe do partido liberal, representando um liberalismo puro, para Constant o indivíduo é o primeiro princípio, ou seja, a liberdade define-se como o triunfo da individualidade.

Escreveu "Sobre a Liberdade dos Antigos Comparada com a dos Modernos" em 1819, em que contrapunha a liberdade dos indivíduos em relação ao Estado ("liberdade de") da liberdade dos indivíduos no Estado ("liberdade em"). A primeira forma de liberdade seria característica dos "modernos", isto é, das sociedades comerciais e industriais contemporâneas, marcadas pela intensa divisão do trabalho e pela prevalência dos interesses individuais; com essa liberdade, os indivíduos, libertos do poder absoluto do Estado, podem dedicar-se a desenvolver suas potencialidades e melhorar a sociedade. A segunda forma de liberdade seria a característica dos "antigos", ou seja, dos antigos gregos e romanos, em que os indivíduos podiam participar em tempo integral dos corpos de decisão política. Na disputa entre os antigos e os modernos, Benjamin Constant, defensor do liberalismo, conferia um sentido claramente positivo aos modernos. No século XX, outro defensor do liberalismo político, Isaiah Berlin, adaptou a terminologia constantiana para "liberdade negativa" ("liberdade de" ou "liberdade para") e "liberdade positiva" ("liberdade em"). Em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Benjamin_Constant, acesso em 20/08/2007.

¹⁹Apostila entregue aos alunos de pós-graduação em Direito da PUC - RJ - Capítulo II: **As Normas Jurídicas**, p. 216.

automanifestação de vontade, e a liberdade negativa estaria caracterizada pela não ingerência.²⁰

Explica Vinicius Scarpi que,

As teses de Berlin e Constant fizeram mais do que, simplesmente, criar uma dicotomia em torno do conceito de liberdade e contextualizá-los em períodos históricos distintos, mas, além disso, ao associar a liberdade positiva com a antiguidade e a liberdade negativa com a modernidade, criou-se uma idéia de superação daquela por esta.

[...] Mas, apesar da consagrada dicotomia, existe, como assevera Pettit, uma terceira possibilidade- um pouco esquecida, principalmente pelos liberais- de conceituação da liberdade presente na tradição republicana: a liberdade como não – dominação.²¹

A liberdade insculpida no Estado liberal²², a que os liberais burgueses exaltavam, afirmava a restrição da participação ou ingerência do Estado nas relações interpessoais, e elevava a liberdade como potencial de manifestação das relações individuais, sem que houvesse oposição do Estado, mesmo porque se agia conforme enunciados legais. É o que esclarece a Prof^a. Maria Celina Bodin:

Liberdade e autonomia privada foram, durante muito tempo,

²⁰SCARPI, Vinicius. **A liberdade republicana e a necessidade de limitação do narcisismo pela interferência sem dominação**. Revista Direito, Estado e Sociedade. Pontifícia Universidade Católica. Departamento de Direito, nº. 27, jul/dez-2005, p.257.

Enquanto a liberdade dos antigos assume uma evidente função positiva, governo da cidade pelo voto em praça pública, a liberdade dos modernos consiste sobretudo na proteção do indivíduo em face do poder do Estado, liberdade negativa. Assim, o direito à propriedade, a liberdade de imprensa, o livre exercício de profissões, a liberdade de locomoção, a liberdade de opinião, nascem como algumas das múltiplas facetas, como espécies do direito de liberdade, compreendido como um dos fundamentos do novo Estado, em face do qual o indivíduo goza de certas proteções, estado de Direito. É a invenção histórica do cidadão como sucessor da figura do súdito. (RIBEIRO, Luís Antônio Cunha. Princípio Constitucional da Liberdade. A Liberdade dos Antigos, a Liberdade dos Modernos e a Liberdade dos Ainda mais Modernos. In: PEIXINHO, Manoel Messias *et ali*. **Os Princípios da Constituição de 1988**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.211).

²¹**A liberdade republicana e a necessidade de limitação do narcisismo pela interferência sem dominação**. *Cit.*, pp. 157, 258.

²²Para Ubiratam Borges de Macedo, as principais teses vinculadas ao liberalismo clássico se organizam em filosóficas, políticas, sociais e econômicas. Na concepção filosófica, quanto à liberdade tem-se que, “em grandes linhas, a função do governo deve ser para todos os liberais desta linha garantirem as liberdades negativas; alguns excluem da competência do poder público das liberdades positivas, outros não”. Defende-se um humanismo antropocêntrico; individualismo metodológico e doutrinário; distinção entre público e privado, fundamento das liberdades públicas; distinção entre fatos e valores, natureza e cultura. (**Liberalismo e Justiça Social**. São Paulo: IBRASA, 1995, p.29).

consideradas, do ponto de vista do direito civil, como conceitos sinônimos. E, de fato, muito simples era traduzir uma pela outra quando se estava referindo apenas à igualdade formal, no âmbito de situações patrimoniais; simples porque se dava ao indivíduo, a todo e qualquer indivíduo, amplo poder de disposição, desde que, evidentemente, ele possuísse os bens para contratar, os bens para testar, bens para adquirir, bens para dividir.

Nesse universo, era o Código Civil que fazia às vezes de Constituição, estabelecendo as “regras do jogo” e propiciando, através delas, plena liberdade àquele que representava o valor fundamental da época liberal: o indivíduo livre e igual, submetido apenas à sua própria vontade. Dotado do que se chamou de “inteligente egoísmo”, saberia ele extrair o proveito possível das suas atividades, seja como contratante, seja como proprietário; pleno de direitos, ele deveria cuidar, fiel e conscientemente apenas de sua família e de suas coisas, “pouco importando, à lei, se utiliza seus bens com propósitos malévolos de prejudicar, ou se nada faz para impedir que outrem perca sua vida, em um acidente ou na miséria”²³

De fato, princípios de igualdade e liberdade do Estado liberal garantiam à classe burguesa, em ascensão, o poder de livremente contratar e adquirir bens. Assim, eram ignoradas pelo Estado as diferenças econômicas e sociais existentes, gerando desníveis sociais em virtude da considerável concentração de bens em mãos de uns, em detrimento de outros.

Esta estrutura encontra-se refletida na regulamentação da família no Código Civil de 1916, que se apresentava como patrimonialista. Em benefício da patrimonialidade justificaram-se discriminações oriundas do patriarcalismo; assim, por exemplo, o fato de o artigo 6º, inciso II qualificar a mulher casada como relativamente incapaz²⁴, submetida, desta forma, ao poder do marido, administrador e mantenedor este dos bens da família:

²³ **Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 102.

²⁴ Sensível a este fato, escreve Fachin: “Exemplos lembram dos séculos que o sistema jurídico embalou com formas diferentes de redução da mulher a um ser juridicamente incapaz. Uma potencialidade contida. O traço de exclusão marcou o patriarcado e fundou um padrão familiar sob a lei da desigualdade.” (FACHIN, Luiz Édson. *Cit.*, p.15).

No âmbito da família, as palavras de ordem eram submissão e respeito. A família era um espaço “fechado”, protegida da ingerência do Estado no recesso doméstico, resguardada no Código Civil como um núcleo de afirmação social, sob a chefia do marido, cuja liberdade era ampla para ele exercer o comando em relação à mulher e filhos²⁵, era, de fato,

²⁵ Acerca das modificações na família na codificação da França, ressalta-se: En 1804, on décide de restaurer l'autorité au sein de la famille, symbolisée à l'époque par la puissance maritale et son corollaire : l'incapacité de la femme mariée. C'est ainsi que l'article 213 du code civil dispose : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari ». L'épouse est une éternelle mineure.

Dès la seconde moitié du XIX^e siècle cependant, cette règle commence à faire l'objet de critiques. Elles sont liées à l'industrialisation qui entraîne un accroissement du travail des femmes à l'extérieur du foyer. De « petites » réformes ont alors lieu en 1881 et 1886 autorisant la femme mariée à ouvrir et gérer librement un compte, et à adhérer sans autorisation maritale à une caisse retraite.

Le premier grand tournant intervient avec la loi du 13 juillet 1907, réclamée depuis quinze ans par le mouvement féministe. Cette loi reconnaît à la femme mariée le droit d'exercer une profession séparée, sauf opposition de son époux, la liberté de disposer de ses gains et salaires ainsi que la gestion des biens qu'elle acquiert sur les économies de son salaire. Les effets furent cependant limités du fait du maintien de la puissance maritale.

Les mentalités commencent à évoluer sérieusement après la première guerre mondiale. Les femmes, restées à l'arrière, avaient très largement participé à l'effort de guerre en intervenant dans presque tous les secteurs de la vie économique. Il devenait difficile de leur refuser l'égalité. Il faut pourtant attendre 1938 pour qu'une réforme plutôt symbolique supprime le devoir d'obéissance, tout en tenant la femme à habiter chez son mari, qui devient « chef de famille ». Ce dernier continue de plus à administrer la communauté des biens.

Durant la seconde guerre mondiale, une loi de 1942, validée par une ordonnance de 1945, renforce encore la capacité des femmes mariées. Mais ce n'est qu'en 1965 que la réforme réalisée par Jean Carbonnier, introduit l'égalité des droits et devoirs des époux.

En réalité un certain nombre de règles doivent encore être modifiées : en 1970 la notion de chef de famille disparaît, puis en 1975 la règle de subsidiarité maritale qui permettait à l'époux de prendre les décisions en cas de conflit. L'égalité n'est rendue définitivement parfaite qu'en... 1985 ! (avec l'instauration de l'égalité entre père et mère dans l'exercice de autorité parentale).

Aujourd'hui à l'article 213 de notre code civil on peut lire : « les époux assurent, ensemble, la direction morale et matérielle de la famille ». (<http://www.justice.gouv.fr/presse/conf080304a.htm>), acesso em 26/01/2007. (Em tradução, tem-se: Em 1804, decidiu-se restaurar a autoridade no seio da família, simbolizada na época pela força marital e seu corolário: a incapacidade da mulher casada. É assim que o artigo 213 do código civil dispõe: O marido deve proteção à sua mulher; a mulher, obediência a seu marido”. A esposa é uma eterna menor de idade.

Desde a segunda metade do século XIX, entretanto, essa regra começa a ser objeto de críticas. Elas estão ligadas à industrialização que provoca um crescimento do trabalho das mulheres fora do lar. Pequenas reformas acontecem então em 1881 e 1886, autorizando a mulher casada a abrir e gerir livremente uma conta, e a aderir, sem autorização do marido, a uma aposentadoria.

O primeiro grande momento decisivo acontece com a lei de 13 de julho de 1907, reclamada há quinze anos pelo movimento feminista. Essa lei reconhece à mulher casada o direito de exercer uma profissão separada, exceto em caso de oposição do seu cônjuge, a liberdade de dispor dos seus lucros e salários bem como a gestão dos bens que ela adquirir com as economias de seu salário. Os efeitos, contudo, foram limitados devido à manutenção da força marital.

As mentalidades começam a evoluir seriamente após a primeira guerra mundial. As mulheres, deixadas para trás, participaram largamente do esforço de guerra, intervindo em quase todos os setores da vida econômica. Tornava-se difícil recusar-lhes a igualdade. É preciso, no entanto, esperar 1938, para que uma

compreendida como autonomia nos espaços pessoais, a chamada “liberdade dos modernos”, de Benjamin Constant. Essa liberdade, era direcionada por aquele que exercia a autoridade parental, sendo que a liberdade da mulher e dos filhos restringia-se aos espaços determinados pelo marido e pai.

Neste contexto, enquadrava-se à ideologia identificada no Código Civil, o instituto da culpa. Isto porque, o descumprimento das regras estabelecidas pela submissão e respeito, dispostas em artigo do Código, como a que informa os deveres conjugais, como regra de conduta, deveria gerar a responsabilidade daquele que “infringiu” as regras determinadas para a instituição familiar, que deveria ser indissolúvel. A sanção, como consequência da responsabilidade culposa, era tanto de índole patrimonial, como extrapatrimonial.

Na família, a liberdade apregoada no modelo liberal limitava-se ao ato jurídico do casamento, além da liberdade configurada na autonomia do chefe da sociedade conjugal para a condução da família, devendo-se, no entanto, respeitar as regras impostas para manutenção do *status* familiar. Diversamente do que ocorrera nas searas de relações patrimoniais, como contrato, propriedade, baseadas na autonomia da vontade, a ser tutelada pelos princípios da igualdade e liberdade formais, garantidas pela não-intervenção do Estado, não se conheceu, na família, a liberdade individual, mas sim uma liberdade institucional.

reforma mais simbólica suprime o dever de obediência, colocando a mulher para morar com seu marido, que se torna “chefe de família”. Este último continua, além disso, a administrar a comunidade dos bens.

Durante a segunda guerra mundial, uma lei de 1942, validada por uma prescrição de 1945, reforça ainda a capacidade das mulheres casadas. Mas só em 1965 que a reforma realizada por Jean Carbonnier introduz a igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges.

Realmente diversas regras devem ainda ser alteradas: em 1970 a noção de chefe de família desaparece, seguida em 1975 da regra de subsidiariedade marital que permite ao marido tomar as decisões em situações conflitantes. A igualdade só é consolidada definitivamente perfeita em... 1985! (com a instauração da igualdade entre pai e mãe no exercício da autoridade parental).

Hoje no artigo 213 de nosso código civil, pode-se ler: “os cônjuges asseguram, juntos, a direção moral e material da família”).

O chamado Estado de Bem-Estar Social, que se manifesta após a Primeira Guerra Mundial, e reforça-se com a crise da Bolsa de Nova Iorque, afirmando-se, posteriormente com a Segunda Guerra Mundial, tendeu a ampliar o papel do Estado, que passou a se ocupar se espaços até então exclusivos dos privados, isto por necessidade de se reestruturar a sociedade deteriorada pelas crises sucessivas. Novos direitos passam a ser tutelados, ditos coletivos, sociais, em uma valorização da liberdade e igualdade substanciais, o que vem a elevar o valor existencial do ser humano.

Conforme Luís Antônio Ribeiro:

Seria razoável a seguinte afirmação: com o Estado de Bem-Estar a liberdade perde em quantidade (diminuição da esfera) e ganha em qualidade, uma vez que não pode ser dito livre aquele que não pode usufruir das condições materiais mínimas para a existência com dignidade.²⁶

Atualmente a liberdade no âmbito da família, conteúdo basilar para a promoção da dignidade humana, necessariamente, deve ser compreendida como espaço de atuação individual, a ser respeitado, privilegiando-se, desta forma, a liberdade de “ser” na família.

Em recorte histórico, tem-se que o espaço de liberdade verificado na família atual é bem diferente daquele modelo previsto na família patriarcal. A liberdade e igualdade, são elevadas, pela Constituição Federal de 1988, como princípios intrínsecos à relação familiar. A liberdade torna-se isonômica entre os componentes da família, e é identificada como a possibilidade de exercer escolhas individuais, como espaço de realização pessoal. A liberdade é pressuposto inarredável para a construção da identidade pessoal, e é condição essencial à igual dignidade familiar.

²⁶Princípio Constitucional da Liberdade. A Liberdade dos Antigos, a Liberdade dos Modernos e a Liberdade dos Ainda mais Modernos. *In: Os Princípios da Constituição de 1988. Cit, p. 212.*

Compreende-se como autonomia na realização das escolhas individuais. A liberdade e a igualdade são princípios essenciais na afirmação dos chamados Direitos Individuais, as quais, atualmente, ponderadas com valores sociais (análise da perspectiva do homem em relação aos seu semelhante), são princípios imanentes à promoção e proteção da igual dignidade social.

Contribuiu Kant profundamente com reflexões filosóficas, aplicáveis ao Direito, acerca da liberdade.

Segundo o Prof. Joaquim Carlos Salgado, a idéia de liberdade em Kant está relacionada ao seu conceito de vontade, qual seja, a vontade em sentido próprio, que se identifica com a razão pura prática e o arbítrio. “ O arbítrio aparece no homem como um momento de realização ou aplicação da regra ditada pela vontade.”²⁷ Neste sentido o arbítrio livre deve se apresentar de maneira espontânea e submeter-se às leis da razão prática, à vontade.

A vontade é a faculdade que cria leis (e esta é também a definição da razão) e, na medida em que cria as suas próprias regras, é livre. Do ponto de vista da criação de leis para si (autodeterminação) pela vontade, a liberdade é definida como autonomia (sentido positivo). Do ponto de vista do livre arbítrio, ou seja, do momento em que a lei da razão pura prática dever ser realizada por um indivíduo, a liberdade aparece, em primeiro lugar, como pura negatividade ou desvinculação total de toda lei da natureza, mas, ao mesmo tempo, como submissão total à lei da razão pura prática, ou como arbítrio. Só assim o arbítrio, que é aquele momento em que a ação aparece sob a pressão de dois pólos (as inclinações comandadas pela natureza e as leis práticas impostas pela razão pura prática), pode tornar-se livre.²⁸

A vontade, em regra, não é nem livre e nem não-livre, pois que se refere à legislação e não à ação. Portanto, uma vontade é livre quando ela é boa, capaz de criar as leis da liberdade, que são leis da razão, e que irão determinar o arbítrio.²⁹

²⁷SALGADO, Joaquim Carlos. **A Idéia de Justiça em Kant**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1996, p.234.

²⁸*Id*, p.235.

²⁹*Ibid*, p. 238.

Tem-se que o arbítrio se perfaz na capacidade de determinar-se pela lei moral, fazendo dela a sua máxima, sendo que nem toda máxima é oriunda da lei moral. “No arbítrio, define-se o que se quer (e se pode) fazer; na vontade, como se deve agir. [...] O dever ser decorre da liberdade, ou: o homem deve, porque é livre.”³⁰ Assim, aquele bem que obriga não está fora da vontade, mas sim configura-se na própria vontade, considerada boa em si mesma.

A liberdade tem por conceito a autonomia da razão, princípio necessário da existência da lei moral.

A idéia de autonomia envolve imediatamente a idéia de igualdade, se verificarmos que as máximas da vontade devem ser também máximas da vontade que legisla universalmente e que a liberdade, pertencendo à essência do homem, “deve existir em todos igualmente”. Uma ação é moral quando é fim em si mesma e não meio adequado a outro fim, que é o caso do juízo hipotético que define regras técnicas da ação e, por isso, não se considera como estritamente prático (da praxis). É fim em si mesma a ação derivada da vontade pura, ou seja, a ação derivada de causação puramente racional, o que quer ainda dizer, plenamente livre. Pode-se, daí, concluir facilmente porque o homem deve ser considerado fim em si mesmo, isto é, como pessoa: porque é racional e, como consequência, livre, já que a liberdade é uma qualidade de todo ser racional.³¹

Sendo o homem um fim em si mesmo, posto que racional, cabe a ele ter em conta que outro ser racional é também livre, e por isso deve ser respeitado e tratado como fim em si mesmo e nunca como objeto. Por conseguinte, o exercício da minha liberdade deve ser compatível com a liberdade alheia.³² Para Kant, “agir justamente é agir em consideração à liberdade do outro, segundo um princípio de igual limitação do arbítrio de cada um, como garantia de igual liberdade para todos.”³³

³⁰SALGADO, Joaquim Carlos. **A Idéia de Justiça em Kant**, *Cit, sic*, pp. 240, 241.

³¹*Id*, p.243.

³²*Id*, p.244.

³³*Ibid*, p.244.

3.1 - A Liberdade de “ser” na família

A partir dos enunciados de Kant, que tão bem retratou a exteriorização da liberdade como expressão da autonomia na realização da liberdade interior, constata-se que a estrutura da família no modelo liberal não exprime a proposta de liberdade enquanto princípio vinculado a uma adesão de todos por se adequar à vontade interna. O conteúdo das normas que retratavam o direito de família limitava a liberdade individual a enunciados de direitos na condução da sociedade familiar, de forma que eram dedicados artigos no Código Civil a retratar os direitos e deveres do homem e os direitos e deveres da mulher, estes muito mais restritos do que os direitos do homem. A liberdade estava intimamente vinculada à instituição familiar, em que ao homem estava reservado o exercício da autoridade em face dos membros, ou seja, mulher e filhos, que cediam grande parcela de suas liberdades e igualdade em prol da instituição. As relações que se estabeleciam eram informadas por regras morais, religiosas, e foram incorporadas ao corpo da codificação civil por se compatibilizarem com a ideologia político-econômica vigente, como as que determinavam os impedimentos conjugais, as que informavam os deveres conjugais, e as que delimitavam as regras para a separação de fato, posto que o vínculo conjugal era indissolúvel. Vislumbravam-se liberdades diferenciadas, sem que se pudesse afirmar que essa diferenciação foi precedida de pacto de anuência de todos os membros da família, sendo-lhes, portanto, usurpado parcela do exercício da liberdade.

Esta estrutura da família integrou a codificação civil brasileira de 1916. Acentou-se pela limitação da liberdade individual e da igualdade para alguns, que se justificava como essencial à integridade da instituição familiar. Em Hegel:

Como substancialidade imediata do espírito, a família determina-se pela sensibilidade de que é una, pelo amor, de tal modo que a disposição de espírito correspondente é a consciência em si e para si e de nela existir como membro, não como pessoa para si.³⁴

As transformações por que passou a sociedade no decorrer do século XX trouxeram reflexões que promoveram substanciais alterações na valoração dos institutos jurídicos, de forma que as Constituições contemporâneas incorporaram esses valores, a exigir-se uma nova interpretação e aplicação da normativa infraconstitucional, tendo-se por paradigma a garantia da proteção da dignidade da pessoa humana.

Conforme Lia Z. Machado:

A partir dos anos sessenta, no deslocamento da importância do grupo para a importância dos membros do grupo, da crescente idéia de que o amor passa a ser condição da permanência da conjugalidade, e da tendência à não diferenciação de funções por sexo nas relações amorosas e conjugais e na substituição de uma “educação retificadora” (corretora e moral) das crianças por uma “pedagogia da negociação”.³⁵

Para a antropóloga, não estamos distantes da interpretação na qual as diferenças de gênero adquiriram cada vez menos lugar na conjugalidade, e, onde o “amor” passe a ser

³⁴HEGEL, Georg W. Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.149. Continua o filósofo: “Pode acontecer que o ponto de partida subjetivo do casamento seja ou uma particular inclinação de duas pessoas ou a precaução e arranjo dos pais, etc., mas sempre o ponto de partida objetivo é o consentimento livre das pessoas e, mais precisamente, o consentimento em constituírem apenas uma pessoa, em abandonarem nesta unidade a sua personalidade natural e individual, o que, deste ponto de vista natural, é uma limitação, mas onde elas ganham a consciência de si substancial e por isso a sua libertação.” (*Op. Cit.*, pp. 150, 151).

³⁵ **Famílias e Individualismo: Tendências contemporâneas no Brasil**. *Cit*, p. 3.

essencial para a permanência dos laços conjugais, “dissolvendo-se as tradicionais obrigações e diferenciações de funções entre os parceiros amorosos”.³⁶

Essas mudanças foram incorporadas à Constituição Federal de 1988, em que a família passa a ser protegida como instituição pelo papel privilegiado que exerce de promoção crescimento humano, integração solidário-afetiva. Desta forma, a liberdade nas escolhas individuais deve ser respeitada, tendo por parâmetro as regras, que devem ser gerais, a determinar os procedimentos de formação, dissolução do casamento, deveres parentais, solidarismo familiar. As relações afetivas devem ser protegidas pelo Direito como âmbito da liberdade individual, pautada na igualdade, na autonomia individual para exercer suas escolhas.

Deve o Direito contribuir para que se realizem as necessárias transformações na família, ainda que, devido às diferenças sociais, culturais, entre os segmentos da sociedade, se perceba um desnivelamento na constatação e vivência das mudanças.³⁷ A família, hoje

³⁶ MACHADO, Lia Zanotta. *Op. Cit.*, p. 3.

⁵² Em pesquisa realizada em segmentos populares, constatou a antropóloga Lia Zanotta que: Participam, homens e mulheres de “relações conjugais” que supõem um “contrato conjugal”, muitas vezes tradicional, baseado na troca entre a “sexualidade virtuosa da mulher” e “seus afazeres domésticos” (cuidados com os filhos e a casa), de um lado, e a situação de “provedor” do companheiro. Mesmo, sendo cúmplices e pactuantes deste contrato tradicional, as representações de um e outro se diferenciam. Concentro-me nos casos de violência conjugal. Para eles, em nome da honra, e da função de provedor, podem controlar fiscalizar e punir suas companheiras. [...]. Para elas, o contrato conjugal tradicional, ainda que supondo deveres diferenciados, não implica poderes desiguais entre homens e mulheres. Suas narrativas contam das expectativas de um companheiro que, na esfera da sociabilidade entre elas e na divisão de poderes na sociedade conjugal são referidos e pensados como iguais. O gesto violento, o controle do ir e vir, o controle do acesso ao trabalho e ao estudo, de forma alguma, são legitimados como direitos naturais. Não cabem aos homens tais poderes, porque homens e mulheres são entendidos como iguais. Os homens violentos parecem estar referidos a ainda ordenação do Código Civil de 1916 em que a mulher dependia da autorização do marido para trabalhar.[...]. Se me deixo escutar os dizeres das mulheres, conferindo todo o seu sentido sobre seus processos amorosos, é no “amor” que se esconde a mais difícil armadilha. Explicita-se a relação amorosa como relação entre iguais, mas aí mesmo se funda o mais impensado dos fulcros tradicionais das relações hierarquizadas do gênero. É na esfera das representações amorosas e afetivas, que as mulheres entrevistadas parecem valorizar e buscar, sem reconhecer, um companheiro amante porque delas protetor e continente. Assim, sem saber já colocam seus parceiros numa posição englobadora e hierarquicamente superior.[...] É no “contrato amoroso marcado pelas posições hierárquicas entre o masculino e o feminino”, presente nas expectativas femininas, muitas vezes vividas na ordem do “impensado” que rege o sentimento do amor que se pode entender como se realizam “contratos conjugais” tão pouco negociados entre os parceiros. (**Famílias e Individualismo: Tendências contemporâneas no Brasil.** *Cit.*, pp.10,11).

reconhecidamente plural, deve ter por substrato a interação solidário-afetiva, e a liberdade individual deve ser suficiente para que as pessoas, ao perceberem que não se realizam naquele modelo familiar, podem e devem procurar outra forma de realização humana, solicitando, inclusive, a dissolução do casamento, que não deve ser compreendida como o fim da família, e, por isso passível de sanção, pois que se descumpriu com algum dever entre cônjuges, mas sim deve ser um instrumento realização humana, lugar de liberdade, que não se identifica com amarras. A família que existiu, cumpriu sua função, relações de solidariedade podem se manter. E quanto a filhos, permanece a ligação, esta sim, indissolúvel, entre os pais, e não mais entre os cônjuges. E, a relação de filiação é oriunda dos pais, e não do casamento, cujos deveres permanecem inalterados face à dissolução do casamento, por se tratar de natureza distintas.

A liberdade de “ser” proporciona a ruptura com tensões, como a tensão entre a hierarquia e a lógica do grupo e a do indivíduo, entre a desigualdade de gêneros e a plena igualização dos direitos e deveres entre os cônjuges, a tensão entre a idéia de educação moral retificadora da criança e a idéia da pedagogia da negociação.³⁸

Atualmente, num ideal de valorização do ser humano individualmente considerado, e de promoção dos meios de garantia de sua dignidade, tem-se a certeza da passagem:

A idéia de tensões é substituída pela idéia da passagem de uma lógica a outra centrada na escolha e na conscientização de “Sophie”, personagem de romance que ilustra o “nascimento” do “eu individualizado” O “eu antigo”, o “eu dócil” se transformam em um “eu só” e um “eu com”.³⁹

³⁸MACHADO, Lia Zanotta. **Família e Individualismo: Tendências contemporâneas no Brasil**. *Cit*, p.7.

³⁹ *Id*, p.7.

4- O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

A análise do princípio da solidariedade é de grande relevância para a compreensão das instituições jurídicas, e, em espécie, do Direito de Família, pois que se exige hoje que se compreenda o ser humano de maneira plural, inserido em uma comunidade, e não mais somente individualmente considerado, que foi marco do individualismo, reinante no Estado Liberal.

De acordo com a Prof^a. Maria Celina B. de Moraes, o século XIX identificou-se pelo triunfo do individualismo, pela grandiosa confiança e orgulho no potencial do indivíduo, em sua auto-suficiência e auto-subsistência.⁴⁰

Já, o surgimento do discurso solidarista encontra-se intimamente relacionado à crise do modelo liberal, desencadeada pelas transformações econômicas e sociais a partir da Segunda metade do século XIX⁴¹.

Na concepção do Estado, refere-se André-Jean Arnaud ao solidarismo como uma doutrina “apaziguadora e tranqüilizante”.

Solidarismo é um vocábulo de origem jurídica, que entra na linguagem usual na segunda metade do século XIX, sem ter sido utilizada anteriormente. O termo aparece primeiro numa versão pragmática, como solidarizar, mais tarde, solidarizar (-se). É o momento dos primeiros movimentos de cooperação no interior da classe trabalhadora, [...].

⁴⁰ O Princípio da Solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias, *et al.* **Os Princípios da Constituição de 1988**, 2ª ed, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 01. Tem-se por obra que marca o solidarismo, a de Léon Bourgeois, intitulada Solidarité, de 1896. No entanto, em 1880, Marion escreveu a tese- De La solidarité morale, essai de psychologie appliquée. Le solidarisme, de Bouglé é conhecido em 1907. (ARNAUD, André-Jean. **O Direito Traído pela Filosofia**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.55).

⁴¹ FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.59. Em 1902, na França, a comissão parlamentar de seguro e de previdência tomou uma resolução segundo a qual “a República deve instituir um serviço público de solidariedade social”.(Id, p.185).

Mais tarde, os intelectuais, mudando totalmente o sentido da palavra “solidarismo”, vão transformá-la em um conceito suscetível de fundar uma doutrina [...]. Mas, o termo em sua extensão, refere-se também ao “caráter dos seres ou das coisas ligadas de tal maneira, que o que acontece com um deles atinge os outros”. Daí nasce um “dever moral e assistência entre os membros de uma mesma sociedade, na medida em que eles se consideram parte de um todo”.⁴²

Durkheim, ao teorizar acerca da divisão do trabalho, distinguiu a chamada solidariedade mecânica, que reduz esfera de atuação da individualidade, e a solidariedade orgânica, para a qual há que se respeitarem as individualidades. Também Duguit afirmara que “a ordem pública deve ser organizada de maneira que cada um possa exercer sua função social, em conformidade com as exigências da solidariedade”.⁴³

A idéia de solidariedade permeia, primordialmente, em torno do questionamento dos poderes do Estado, e sua relação com as funções do Estado.

O Estado individualista, baseado na ideologia de uma classe detentora de poder, cuja igualdade e liberdade eram apenas formais⁴⁴, vem a ser questionado pelo solidarismo. Para os solidaristas, a intervenção do Estado deve se dar na área de educação, da assistência e das relações de trabalho. Há uma abertura para a atuação do Estado para a proteção de direitos ditos sociais, e que interessam se tutelados em benefício de muitos, delimitando-se

⁴² ARNAUD, André-Jean. **O Direito Traído pela Filosofia**. *Cit.*, pp.57,58.

⁴³ ARNAUD, André-Jean. *Op. Cit.*, p.61. Explica Arnaud que, para Duguit, “os governantes são indivíduos como os outros, presos com os outros aos vínculos da solidariedade social, e submissos como todos os membros da sociedade à regra do direito fundada sobre essa solidariedade. A regra do direito que se impõe aos governantes é a mesma que se impõe aos governados, e nas relações entre os governados entre si, não existe, e não pode existir mais de uma regra de direito, que deve ser sempre a mesma; cooperar com a solidariedade social”. (*Id.*, p. 64)

⁴⁴ Neste sentido tem-se que “o principal efeito da doutrina solidarista é a de assegurar aos indivíduos incapazes de jogar o jogo da sociedade burguesa (jogadores que não jogam por falta de condições), um mínimo de recursos permitindo integrá-los na partida”. Desta maneira, o solidarismo aparece como uma doutrina feita para adaptar a antiga ordem jurídica à nova ordem econômica e social, “[...]. (ARNAUD, André-Jean. **O Direito Traído pela Filosofia**. *Cit.*, p. 77)”.

os espaços da liberdade individual, a exigir que essa liberdade tenha por medida a garantia da integridade do outro. Também no âmbito das relações interpessoais, privadas, contribuiu o solidarismo para o questionamento das relações negociais baseadas estritamente na liberdade e igualdade formais, bem como na análise da estrutura da família, e de sua tutela pelo Direito.

Ressalta José Fernando de Castro Farias que Proudhon, no século XIX, defendia a proposta de que:

A condição social não pode ser para o indivíduo uma dimensão de sua dignidade, ela só pode ser um aumento de sua dignidade. É preciso então que a justiça, nome pelo qual nós designamos sobretudo essa parte da moral que caracteriza o sujeito em sociedade, para tornar-se eficaz, seja mais que uma idéia, é preciso que ela seja uma realidade.(...) ⁴⁵

No século XX, notadamente depois das duas grandes guerras mundiais, há um apreciável desenvolvimento do solidarismo, oriundo da consciência de necessidade de ajuda mútua entre as pessoas em prol da preservação da humanidade. Busca-se uma nova concepção de justiça, capaz de conciliar a liberdade individual e o bem estar social. ⁴⁶

Um dos fenômenos de maior relevo na atualidade, bem vislumbrado nas Ciências Humanas e Sociais, mas também ocorrido nas Ciências Exatas com o advento da Relatividade e da Física Quântica, está na crise e no término da era da segurança, no “fim da razão prática universal”, fonte esta privilegiada do direito, conforme ressalta Kant, e posta em evidência no Direito da época das Luzes e da Revolução Francesa. Assinala-se o início de uma era de incertezas, de instabilidades.

Acontece que esta incerteza trouxe benefícios, pois veio a conscientizar-nos, a partir dos fatos ocorridos no século XX, que o desenvolvimento tecnológico pode levar à

⁴⁵ **A Origem do Direito de Solidariedade.** *Cit*, p.59.

⁴⁶FARIAS, José Fernando de Castro. *Op. Cit*, p.58.

completa destruição da espécie humana e do planeta. O benefício está na solidariedade, sentimento este valorizado com fulcro no entendimento de “estarmos todos no mesmo barco”. A solidariedade nos leva a privilegiar valores existenciais, como a igualdade na dignidade. É o início de uma nova consciência ética e moral.

As grandes transformações culturais se deram nesse novo contexto: “foi no decorrer deste século que os direitos das crianças, das mulheres, das minorias raciais foram globalmente difundidos, que o racismo, o preconceito e a intolerância passaram a serem malvistas considerados como comportamentos socialmente “incorretos””.⁴⁷

A solidariedade exige o repensar a sociedade de maneira que a liberdade individual tenha por justa medida a solidariedade social.⁴⁸ Ou, consoante José Fernando Farias, “o mundo comum implica a constatação de que não há liberdade sem solidariedade, e não há solidariedade sem liberdade”. Na solidariedade vislumbra-se a tentativa de se resolver um problema fundamental da sociedade contemporânea, a adequação da liberdade do homem à autoridade não mais do Estado, mas de todos os segmentos sociais a que integra o indivíduo.⁴⁹

O princípio da solidariedade em muito contribuiu para que se repensasse o conteúdo discriminatório compreendido no modelo de família patriarcal, no qual mulher e filhos

⁴⁷BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Constituição e Direito Civil: Tendências**. In: Revista dos Tribunais 779/47, 2000, pp.97 e 99.

⁴⁸ O princípio da solidariedade é também um fato social, visto que somente se pode pensar o indivíduo como inserido na sociedade, isto é, como parte de um tecido social mais ou menos coeso, em que a interdependência é a regra e, portanto, a abertura em direção ao outro uma necessidade. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O Princípio da Solidariedade** In: PEIXINHO, Manoel Messias, *et al.* **Os Princípios da Constituição de 1988**, 2ª ed, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.5).

⁴⁹ **A Origem do Direito de Solidariedade**. *Cit.*, pp 281, 283. Para José Fernando Farias a solidariedade é uma idéia-força da contemporaneidade. No entanto, ele constata como um paradoxo o desprezo do homem atual, em larga escala, pelas tentativas de imaginar uma democracia social baseada na liberdade, na solidariedade e num pluralismo da vida social. Neste sentido, afirma que “hoje, a palavra solidariedade torna-se uma espécie de fantasma na memória do homem contemporâneo, servindo para dar boa consciência a uns e amenizar a má consciência de outros”.(*Op. Cit.*, p. 194).

eram submetidos à autoridade do homem. Através de uma paulatina conscientização de que a família, dotada de funções próprias, deveria conformar-se em suas atribuições a atender aos interesses de todos os membros, em que não mais alguns cederiam parcela de sua liberdade e de sua igualdade em prol da instituição familiar, mas sim caberia a todos, e, principalmente aos pais, ceder parcela de sua liberdade para a realização de interesses comuns, converge-se para a concretização do princípio da solidariedade. Daí o conteúdo relacional da família.

A abertura para o outro, proposta no princípio da solidariedade contribuiu para com importantes reflexões acerca da ilegitimidade dos filhos não concebidos através de justas núpcias, permitiu a evolução no tratamento jurisprudencial acerca dos direitos da concubina a ser amparada por ocasião de rompimento da relação com o homem, ainda que inicialmente à luz do direito das obrigações, lhe foram conferidos direitos por serviços prestados, e evoluiu-se para a presunção de serviços prestados pela concubina que exercia atribuições domésticas. Foi a pensão de alimentos o instituto a permitir o amparo à concubina e filhos.⁵⁰

As constituições promulgadas após as guerras mundiais retrataram um novo constitucionalismo, que passa a inserir no corpo das constituições direitos fundamentais que visam à valorização humana, individual e coletivamente. Há uma nítida aproximação entre ética e Direito.

No Brasil, dentre os princípios fundamentais que vêm a reger o ordenamento jurídico, ressalta-se a dignidade da pessoa humana, expressa no art.1º, inciso III, da Constituição

⁵⁰Trata-se, primordialmente, de um dever moral de assistência e caridade que deve existir entre pessoas ligadas por vínculo de parentesco e afinidade. A solidariedade, fundamento da obrigação alimentar, visa a tutelar a dignidade de uma pessoa através da participação de alguém próximo a esta mesma pessoa, na garantia de sua subsistência.

Federal de 1988.⁵¹ Sobrelevam-se as situações jurídicas existenciais em relação às patrimoniais, exigindo-se a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais, em consonância com a tutela da dignidade do ser humano.

No art. 3º, I elenca a nossa Constituição Federal, como objetivo fundamental da República brasileira, a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Para Pietro Perlingieri, “os princípios da solidariedade e da igualdade são instrumentos e resultados da atuação da dignidade social do cidadão”.⁵² O princípio da solidariedade, acolhido na Constituição Federal do Brasil, deve se irradiar por todas as relações civis, em que, nas relações familiares há que se atentar para os direitos e deveres do casal um para com o outro, e, principalmente, para com os filhos. Na relação conjugal, tem-se que a família deve ser tutelada como instrumento privilegiado de troca, em que os membros são livres e iguais, ponderando-se, a liberdade com a solidariedade familiar.

Não há como se manterem legítimas as rígidas estratificações estabelecidas entre os componentes da família, como se apresentou com o patriarcalismo. Neste sentido, premente a interpretação das normas que tutelam os direitos e deveres dos cônjuges com base na liberdade individual, em que há um conteúdo mínimo inviolável dessa liberdade, pois, do contrário, mantém-se a submissão, cuja consequência jurídica deve estar na legitimidade, em virtude o rompimento da relação que os une (afetividade, solidariedade), de se requerer a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal.

⁵¹Cumpra aqui frisar que as Constituições do pós-guerra trouxeram uma substancial alteração na tábua de valores até então propugnados nas teorias individualistas-liberais, a exigir uma releitura das normas infraconstitucionais à luz dos novos princípios e valores consagrados nas Constituições. Identifica-se, neste momento, o princípio da supremacia da Constituição, na qual todas as demais normas retiram validade. Neste sentido, Direito Privado deverá se conformar com a Constituição Federal, norma hierarquicamente superior.

⁵² **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil - Constitucional**, *Cit*, p.37.

5- REFLEXÕES ACERCA DA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE E DA SOLIDARIEDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES.

Os princípios da liberdade e da solidariedade são de imediata incidência na interpretação e aplicação das normas que disciplinam o Direito de Família, cuja ponderação visa a integrar o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este fundamental e absoluto no ordenamento jurídico vigente, a ser alcançado em todas as situações juridicamente tuteladas.

A interpretação das normas que norteiam o Direito de Família há que ser realizada tomando-se por base os princípios constitucionais da liberdade e da solidariedade, que, juntamente com a igualdade substancial, devem servir de parâmetro para a análise da normativa infraconstitucional, compondo-lhes a coerência e efetividade, em face da supremacia constitucional.

Justifica Larenz os princípios ético-jurídicos como critérios teleológico-objetivos de interpretação em conexão com o desenvolvimento do Direito.

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.⁵³

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 12ª ed, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 260.

No âmbito as relações de família, há que se valorizar a instituição familiar enquanto núcleo de realização humana, em que permeiam espaços de troca e de respeito à individualidade, em desdobramento dos princípios da liberdade, da solidariedade familiar.

A Constituição Federal de 1988 designou um capítulo para disciplinar a família, a criança, o adolescente e o idoso. A família, agora plural, tem por características comuns o respeito à individualidade, primado do princípio da igualdade e da liberdade, em que se passa a reconhecer no espaço de liberdade, de autonomia privada, além do fato de ser uma unidade, uma entidade, em que o princípio da solidariedade, passa a reger o comprometimento entre as pessoas, a mútua assistência, a conjugação de uma comunidade de vidas.

Como as modalidades de família constituem entidade familiar, aquilo que as aproxima é preponderante e atinge os aspectos essenciais à estrutura familiar propugnada pela Constituição Federal⁵⁴. Desta forma, requer-se idêntico tratamento jurídico nos aspectos em que se identificam por alcançarem a mesma *ratio*, consubstanciada em uma comunidade solidário-afetiva.

Diante da estrutura de reconhecimento e proteção à família propugnada pela Constituição Federal, deverá a legislação infraconstitucional, em respeito à hierarquia da Constituição, e com fulcro em interpretação sistemática e teleológica, balizar em seu conteúdo normativo em coerência ao ordenamento jurídico, seus princípios e valores. Ao

⁵⁴ Conforme Eduardo de Oliveira Leite: “A nova família, estruturada nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade, em nada se confunde com o modelo tradicional, quase sempre próximo da hipocrisia, da falsidade institucionalizada, do fingimento. A noção de vida comum atual repousa soberana sobre sua solidariedade constantemente provocada pela intensidade afetiva. Intensidade que é procurada e mantida como meio de escapar à banalidade cotidiana. Só os sentimentos verdadeiros, reais, espontâneos e autênticos são capazes de garantir a duração de uma vida em comum. *Nesta ótica, a permanência das relações passa a independe de condutas preestabelecidas e formalizadas em códigos e leis, mas decorre da atitude de cada cônjuge em relação ao outro*”. (grifo nosso) (**Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, p.367).

aplicador e intérprete da norma cabe proceder à interpretação dos temas de família, à luz dos procedimentos propostos.

Para a análise das normas infraconstitucionais referentes à família, torna-se imperiosa a compreensão de uma hermenêutica em que os princípios constitucionais passam a ser substrato necessário à compreensão e justa aplicação do Direito.⁵⁵

Para a adequada interpretação das normas que tutelam a família, há que se proceder a um raciocínio sistemático, teleológico, e, encontrar, diante dos princípios aplicáveis às relações de família, aquele que prepondera diante de uma situação em concreto, de maneira a se primar pela justiça, priorizando-se o substrato ético-jurídico da igual dignidade social. As normas codificadas que tutelam as relações de família devem ter por paradigma a determinação constitucional sobre as relações familiares, tanto no tocante à estrutura da família, quanto em relação à proteção dos membros da família, cujo tratamento privilegiado está na proteção integral aos direitos da criança e do adolescente. O princípio da dignidade da pessoa humana melhor se manifesta diante da ponderação de princípios como o da liberdade, igualdade, solidariedade, responsabilidade, a serem aplicados diante da situação jurídica a ser analisada, mediante o instituto jurídico objeto de tutela, como alimentos, regime de bens, deveres conjugais, dissolução da sociedade conjugal, poder familiar, dentre outros.⁵⁶

⁵⁵ Para o Prof. Luís Roberto Barroso: “A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. (Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *In: A nova Interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 34).

⁵⁶ Sobre a ponderação de interesses, observa Daniel Sarmiento: “Nesta ponderação, porém a liberdade do operador do direito tem como norte e como limite a constelação de valores subjacentes à ordem constitucional, dentre os quais cintila com maior destaque o da dignidade da pessoa humana. Nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem, já que a garantia e promoção desta

O Código Civil procedeu a divisões no Direito de Família, em que disciplina as relações pessoais e patrimoniais da família em títulos distintos⁵⁷. Inicialmente, discorre, no art. 1511, sobre o conteúdo do casamento, ou seja, afetivo e solidário, ao afirmar que se estabelece com o casamento uma comunhão plena de vidas, com base na igualdade de direitos e de deveres entre os cônjuges.

Como o casamento sempre alcançou *status* de célula *mater* da sociedade, com proteção constitucional, há um rigor normativo no ato jurídico do casamento, em que os requisitos necessários à sua existência, validade e eficácia, devem ser devidamente cumpridos, conforme a previsão do Código Civil. É que, além de constituir um novo estado civil, consolida uma sociedade entre pessoas, pautada em direitos e deveres recíprocos, mas que tem na *affectio* a essência da relação, não podendo haver oposição ou dificuldades para a desconstituição da sociedade conjugal.

A constituição de uma família seja através do casamento ou da união estável, somente é possível através da livre manifestação de vontade das partes, o que, inclusive, se não

dignidade representa o objetivo magno colimado pela Constituição e pelo Direito, [...]”. (**A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª ed., 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 75).

⁵⁷O raciocínio que se faz ao averiguar a estrutura e conteúdo principal dos capítulos do Código Civil acerca da família objetiva uma reflexão crítico-constitutiva das normas que tutelam a família face à Constituição Federal e aos princípios nela esculpido. Este sentido esclarece Canaris ao discorrer sobre a interpretação sistemática: “No entanto, não se nega que a argumentação retirada do sistema externo tenha um certo valor. Assim, por exemplo, não é totalmente inadmissível retirar conclusões da colocação de um preceito na parte geral ou na parte especial de uma lei, no tocante ao seu âmbito de aplicação; também se deve esquecer que a divisão de uma lei é, muitas vezes, influenciada pela “natureza das coisas” e que, por isso, a natureza de um preceito como por exemplo, norma de Direito de família ou de Direito comercial, pode tornar-se frutuosa para o seu entendimento. Tais argumentos só são, porém, efetivamente eficazes quando os valores resultantes da inserção sistemática sejam extrapolados; trata-se, então, porém, já de uma argumentação retirada do sistema interno. E esta é, de fato, de maior significado. Enquanto a interpretação a partir do sistema externo apenas traduz, em certa medida, o prolongamento da interpretação teleológica ou, melhor, apenas um grau mais elevado dentro desta, - um grau no qual se progride da “ratio legis” à “ratio iuris”, e tal como a interpretação teleológica em geral a argumentação a partir do sistema interno da lei coloca-se, com isso, no mais alto nível entre os meios da interpretação. [...]”(CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. *Cit*, nota 95, pp. 158, 159).

configurada, pode gerar a invalidade do ato jurídico do casamento. Na união estável esta vontade está pressuposta na relação que se perpetua.

O princípio da liberdade de formar uma família é plenamente aplicado em nosso Direito. As restrições impostas pela normativa civil para a união, como os impedimentos conjugais, não podem ser caracterizados como violação ao princípio da liberdade, mas sim consubstanciam delimitações, de ordem moral, ética, biológica, à união de determinadas pessoas. Isto porque a família é um instituto que se forma no seio da sociedade, cabendo ao Direito reconhecer e, se necessário, regular, os aspectos culturais, sociológicos, antropológicos que norteiam e legitimam a união entre duas pessoas.

Nos capítulos iniciais, dedicou-se o Código a procedimentalizar o ato jurídico do casamento. Feito isto, passou-se a tratar da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal.

Esse tema, devidamente inserido no título que trata das relações pessoais, deve ser analisado com base no mandamento constitucional, que dedicou especificamente um parágrafo para direcionar o legislador infraconstitucional na regulamentação do procedimento da dissolução do casamento. Conforme dispõe o art. 226, § 6º acerca da dissolução do casamento pelo divórcio, este poderá ser solicitado após um ano de separação judicial, ou decorridos dois anos de separação de fato.

No tocante ao instituto do divórcio, capaz de dissolver o vínculo conjugal e, por conseguinte, permitir que se contraiam novas núpcias, a Constituição Federal impôs que se averiguem somente requisitos objetivos a dar validade à desconstituição do vínculo, quais sejam: o estado de separado, judicialmente ou de fato, e o lapso temporal. Definitivamente primou-se pelo princípio da liberdade de duas pessoas de não mais desejarem manter o casamento, cujo motivo deve ser compreendido como de índole pessoal, espaço do livre

arbítrio, da realização da autonomia da vontade, posto que não seja do âmbito do Direito a sua averiguação, mas sim irradiar-se na tutela da proteção ao ser humano, em sua liberdade, integridade. Como o casamento é um ato jurídico solene, o seu desfazimento deverá respeitar e atender às exigências legais para a desconstituição do ato. É esta a legitimidade da intervenção do Estado no tocante à separação e ao divórcio, mesmo porque se altera o estado civil das pessoas.

O valor propugnado pela Constituição Federal nas relações familiares é o de respeito à liberdade das escolhas individuais, em conjugação à comunidade, à integração entre os membros, com objetivos comuns.

Embora a Constituição Federal tenha se dedicado especialmente ao divórcio, exatamente por ser o instituto hábil a dissolver a sociedade conjugal, o Código Civil, ignorou a sua a exegese e os princípios e valores determinantes das relações de família. Tratou da separação judicial em desapego à hierarquia das normas constitucionais, como se tivesse havido omissão na Lei Maior acerca deste instituto, em ampla discricionariedade para o legislador da codificação civil, o que não procede.

Manteve o Código Civil o instituto da culpa, que não se identifica com a ideologia propugnada em nossa Constituição Federal, em que, para o divórcio, capaz de dissolver definitivamente o vínculo matrimonial, não tratou de aspectos subjetivos, mas tão somente objetivos para o rompimento do casamento. Em interpretação teleológica e sistemática tem-se a convicção de que a culpa não mais se coaduna com a família atual. Neste sentido, há que se verificar, por ocasião da separação judicial, se estão presentes os requisitos objetivos necessários para o pleito, por exemplo, se há o lapso temporal de um ano exigido para a modalidade de separação baseada na ruptura da vida em comum, poderá, então, o julgador,

conceder a separação sem averiguar os motivos de sua solicitação.⁵⁸ É o que se depreende da jurisprudência abaixo, que, em respeito à liberdade individual, princípio maior a ser observado por ocasião da dissolução do casamento, não adentrou na intimidade do casal para conceder aquilo que é direito garantido constitucionalmente.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgando recurso de apelação manejado nos autos de ação de separação judicial litigiosa, assim decidiu:

“SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS. CULPA. PROVA. DESCABIMENTO. DANO MORAL. IMPOSSIBILIDADE, EMBORA ADMITIDO PELO SISTEMA JURÍDICO.

-É remansoso o entendimento de que descabe a discussão da culpa para a investigação do responsável pela erosão da sociedade conjugal.

-A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo porque impossível definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é o autor da fragilização do afeto.

-A análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar à degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se abrigam na preservação da dignidade humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional.

-Embora o sistema jurídico não seja avesso à possibilidade de reparação por danos morais na separação ou no divórcio, a pretensão encontra óbice quando se expurga a discussão da culpa pelo dissídio, e quando os acontecimentos apontados como desabonatórios aconteceram depois da separação fática, requisito que dissolve os deveres do casamento, entre os quais o de fidelidade.

⁵⁸Merece transcrição o trecho de julgado que concedeu a separação ainda que não comprovada a culpa: “Ocorre, entretanto, que a apelante deixa clara sua intenção de não mais manter-se unida ao seu ex-marido. Desse fato não pode descuidar o Estado-Juiz, a quem não é lícito ignorar a circunstância fática incontornável da falência do casamento, na medida em que não mais existe o afeto que é a argamassa que solidifica a relação conjugal, e sem a qual esboroa-se a relação em seu sentido último que é a complementação do ser humano, elemento indispensável na busca da felicidade desta vida.”

“Há, pois, que emprestar-se valor jurídico à impossibilidade de manutenção do casamento, pela ausência da affectio que lhe é própria, não se podendo condenar à convivência dois seres que não mais se suportam, pela singela razão de que não restou devidamente estampada nos autos a culpa sob qualquer de suas formas.” (Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Apelação Cível nº 70 000 410 688 – proferido em 03/05/2000).

Com base neste julgado, pôde-se constatar que se primou pela dignidade humana. Ainda que a culpa não tenha sido comprovada, não deve esta obstar o desejo das pessoas de não permanecerem casadas; elemento este sim, essencial para que se conceda a separação.

-Não há dor, aflição ou angústia para indenizar quando não se perquire a culpa ou se define o responsável pelo abalo do edifício conjugal”(Ap. 70005834916, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 02.04.2003).

Como o único modelo de separação judicial que não exige como requisito à sua solicitação o lapso temporal é o da chamada separação-sanção, em prol da liberdade dos cônjuges de não se manterem unidos quando há a falência conjugal, deverá o julgador averiguar os motivos à separação, sem, no entanto, invadir a intimidade do casal, expor suas fragilidades, mas sim, reconhecer que se solicitou a separação por motivos amparados pelo Direito como hábeis à dissolução do casamento a qualquer tempo, tomando-se como fator preponderante o real desejo de não manter o estado de casado, e, em menor proporção, os motivos invocados como determinantes da falência conjugal.

Essa é a única interpretação possível em que se prima pela coerência do ordenamento jurídico. No âmbito das normas de mesma hierarquia, ressalta-se que o art. 1580 do Código Civil, parágrafo primeiro, dispõe que na conversão da separação judicial em divórcio, não poderá constar na sentença a causa determinante da separação. Esse parágrafo foi inserido em respeito à hierarquia da norma constitucional que não perquire a causa para o direito ao divórcio.

Logicamente que, para se harmonizar a teoria propugnada na Constituição Federal às normas infraconstitucionais, não é suficiente a observação do parágrafo supra mencionado, pois se estaria apenas realizando uma interpretação literal do texto constitucional, que, em verdade, objetivou simplificar o procedimento de dissolução da sociedade conjugal, em atenção aos valores da liberdade e da dignidade. Todo o instituto que remonta à dissolução do casamento deverá se coadunar com o texto constitucional, não se admitindo em nosso ordenamento, antinomias. Desta forma, as causas para a separação não podem ser obstáculo

para a solicitação dos cônjuges, mas sim, elemento suficiente para que se conceda, a qualquer tempo do estado de casados, a separação judicial. Se assim não o for, estar-se-á gerando uma antinomia no sistema face ao divórcio direto, que além de romper definitivamente com o vínculo conjugal, não perquire o motivo para o pedido da dissolução do casamento.

A família deve ser pautada em regras de convivência, a que o legislador dispõe como direitos e deveres entre os cônjuges, em que se manifesta o princípio da solidariedade, como princípio a servir de diretriz para a convivência solidário-afetiva, notadamente nas relações de troca, de ajuda mútua, de sobrevivência patrimonial, e de co-responsabilidade e apoio na criação e educação dos filhos.

O descomprometimento de um dos cônjuges para com o outro, permite que se solicite a dissolução do casamento. Cabe a cada pessoa, em escolha individual, ponderar se deseja manter-se ou não no estado de casado. A norma ampara o cônjuge, possibilitando-lhe, a qualquer tempo de casado, a solicitação da separação judicial, por desrespeito à solidariedade familiar, consubstanciada nos deveres conjugais. A escolha, neste caso, caberá sempre ao cônjuge.

Não há que se relacionar a culpa na separação com punição, pois que são outros os paradigmas que norteiam a família. Quanto aos alimentos, instituto que tradicionalmente serviu de punição para o cônjuge dito culpado, tem-se a convicção de que são a expressão jurídica da solidariedade familiar, e por dizerem respeito à sobrevivência humana, vinculá-

los à culpa e sanção agride o princípio da dignidade humana justamente naquilo que se tem por fundamental à pessoa, a subsistência com dignidade.⁵⁹

⁵⁹Defendemos a não incidência da culpa na dissolução do casamento devido à dificuldade de sua apuração e ao constrangimento que causa. A prioridade há de estar na liberdade de não continuar casado com quem não se deseja.

Quanto aos alimentos entre os ex-cônjuges, estes poderão ser pleiteados desde que comprovados a necessidade de um e a possibilidade do outro e não tenha o cônjuge necessitado praticado ato altamente ofensivo ao ex-cônjuge, como se dá nos fatos ensejadores da revogação da doação.

Devido à relevância do instituto, ou seja, em razão de tratar de atributos da personalidade humana, como a vida, imprime-lhe o Estado o caráter de ordem pública, o que elimina a possibilidade de derrogação pelas partes do direito aos alimentos.

Os alimentos apresentam feições jurídicas próprias. De acordo com Roberto de Ruggiero, a obrigação alimentar é autônoma e independente; surge do vínculo familiar e encontra a sua causa e justificação nas relações de família. Tem ela por finalidade fornecer à pessoa necessitada incentivo à sobrevivência sob formas variadas como pensão, subvenção para alimentos ou manutenção direta da pessoa. (**Instituições de Direito Civil**, vol. II, São Paulo: Saraiva, 1996, p.32) Seu fundamento está no princípio da solidariedade, que deve existir entre pessoas ligadas por vínculo afetivo.

O parágrafo único do art. 1704 do Código Civil dispõe que: “Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juízo o valor indispensável à sobrevivência”.

Diminui-se o rigor da punição ao cônjuge culpado, o que é um avanço, visto que relativizam os efeitos patrimoniais da separação-sanção prevista no artigo 1572 do Código Civil, e contribui para a “desmistificação” do instituto da culpa.

Em questões de família, e em específico quanto à culpa, onde impera a subjetividade, é imprescindível proceder a uma análise mais apurada. É que a possibilidade de se incorrer em erro e a responsabilidade do julgador são agravadas, por não ser este último um especialista no comportamento humano.

Acreditamos que os alimentos deveriam estar dissociados da figura da culpa, posto que se relacione à sobrevivência humana. Isto, no entanto, não significa que em separação judicial seja sempre possível a concessão de alimentos. É preciso considerar que há separações que deixam marcas profundas em um dos cônjuges, ou em ambos, devido ao teor das ofensas causadas. Nesta hipótese em especial, exigir o legislador que o cônjuge ofendido preste assistência ao outro gera uma ingerência excessiva na vida privada das pessoas por parte do aparato estatal.

A obrigação de alimentos deve ser entendida de forma que o direito de um dos ex-cônjuges tenha por parâmetro ou limite a liberdade do outro, a ser valorado individualmente, com base no caso concreto.

Os alimentos são um instituto com função e fundamento autônomos, o que torna injustificável a sua aplicação como consequência de sanção ao cônjuge culpado pela separação. “Reduzi-los ou negá-los o Estado em função do desempenho matrimonial é odioso e esdrúxulo”.(João Baptista Vilella, **Liberdade e Família**. *Cit.*, p.39). Além do mais, é avaliar quem é de fato culpado ou inocente pelo término da relação conjugal.

Em prol da solidariedade, são devidos alimentos desde que verificados os pressupostos da necessidade e da possibilidade, ainda que em sede de divórcio. No entanto, não se pode ignorar que o teor da ofensa provocado ao outro cônjuge deve ser considerado como possível excludente de pensão alimentícia, visto que a solidariedade tem por parâmetro a liberdade individual de não desejar pensionar ex-cônjuge cujo comportamento lhe foi altamente ofensivo.

Neste mesmo sentido é a posição de Antônio Cezar Peluso: “... existem atos que, pelo elevado grau da afronta, transcendem os limites das chamadas ‘causas normais’ de rompimento da comunhão de vidas. Há, na verdade, causas que ultrapassam essa como que ‘ordinariedade’, ‘normalidade’, e que, por seu caráter extremamente odioso, postulariam capacidade de superação própria de heróis ou de super-homens.” (Instituto de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família. **Direito de Família e Ciências Humanas**. Cadernos de Estudos nº. 2. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000, p57).

Propomos que nesta ponderação se utilize, por analogia, os fatos ensejadores da revogação da doação, art.557 do Código Civil (visto que há convergência de fundamentos em relação aos alimentos, pois na

Desta forma, as causas para a separação servem, apenas para a concessão do pedido, não havendo sanção, que não a própria separação de duas pessoas, para um direito consubstanciado no exercício da liberdade individual.⁶⁰

6- CONCLUSÃO:

De fato, as palavras do Prof. João Baptista Villela traduzem um sentido que se espera da família, qual seja: “Em família ninguém cresce sem fazer crescer, nem destrói sem se autodestruir: a solidariedade aqui tudo impregna e tudo alcança. [...]”⁶¹

A evolução da família, as expectativas que suscita, as tensões que provoca, as inseguranças que acende, tudo isto leva à convicção de que não se lhe pode traçar um perfil ideal. Tantas são as variáveis culturais, éticas, políticas, econômicas e religiosas que a pressionam e modelam, mas sobretudo tantas as imponderáveis aspirações e inspirações do homem na situação de família que nenhum modelo cerrado tenderia a umas e a outras. Só a família fundada na aptidão para responder ao mistério de amor e comunicação que habita cada ser humano o pode livrar do vazio e da solidão. O modelo há de ser, por conseguinte, aberto, vale dizer, inspirado na liberdade.[...]⁶²

doação há o ânimo de beneficiar alguém, predominando-se a generosidade), como hábeis a eximir o ex-cônjuge de prestar alimentos ao outro.

⁶⁰O presente julgado, na esteira das necessárias interpretações quanto à culpa e os alimentos, procedeu à ponderação de interesses, em que se priorizou adequadamente o princípio da solidariedade face à situação em concreto.

EMENTA: ALIMENTOS PROVISÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. RELATIVIZAÇÃO DA CULPA PELA SEPARAÇÃO DO CASAL. RECURSO PROVIDO. Ao se verificar que a alimentanda dedicou-se ao lar e aos filhos durante 27 anos, sem preparar-se para o exercício de outra profissão que não seja a do lar, ao passo que o alimentante goza de elevado padrão de vida, resta configurado o preconizado binômio necessidade/possibilidade, tornando imperiosa a fixação de alimentos provisórios. A atribuição de culpa pela separação, destituída de respaldo probatório robusto, não tem o condão de desnaturar a necessidade de fixação dos alimentos. Além disso, em casos tais, não se pode olvidar que a discussão de culpa pelo fim da sociedade conjugal deve ser examinada com extrema cautela à luz do conceito de família introduzido pela Carta Magna. (AGRAVO Nº 1.0024.05.663109-6/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): M.L.J.C. - AGRAVADO(A)(S): P.C. - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. MARIA ELZA, publ. em 09/03/2007).

⁶¹ **Liberdade e Família.** *Cit.*, p. 11.

⁶² *Id.*, pp. 39,40.

A dignidade da família somente será conquistada através de raciocínio sistemático, em que devem ser ponderados os princípios fundantes dos novos modelos de família, modelos estes que têm em comum o fato de que a família é relacional e individualista. Daí a premência da interpretação e aplicação dos princípios da solidariedade e da liberdade individual em prol da dignidade dos membros da família.

7- BIBLIOGRAFIA:

ARNAUD, André-Jean. **O Direito Traído pela Filosofia**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 17ª tiragem, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UnB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *In*: PEREIRA Rodrigo da Cunha (Coord.). **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte. Del Rey, 1998.

FACHIN, Luiz Édson (Coord.). **Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

HEGEL, Georg W. Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

MACEDO, Ubiratam Borges de. **Liberalismo e Justiça Social**. São Paulo: IBRASA, 1995.

MACHADO, Lia Zanotta. **Famílias e Individualismo: Tendências Contemporâneas no Brasil**. Revista Interface. Comunicação, Saúde, Educação. Fundação UNI Botucatu/UNESP, vol. 5, nº. 8. Botucatu, SP: Fundação UNI, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Revista de Direito Civil. São Paulo, nº. 65.

_____. **A Família Democrática**. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família (dignidade e Família), 2005, Belo Horizonte. Família e Dignidade Humana - Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo : Thomson IOB, 2005.

_____. **A União Entre Pessoas do Mesmo Sexo: Uma Análise Sob a Perspectiva Civil – Constitucional**. In: Revista Trimestral de Direito Civil, Ano I, V. I. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

_____. **Constituição e Direito Civil: Tendências**. In: Revista dos Tribunais 779/47, 2000.

_____. **Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família (Direito Matrimonial)**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980.

PEIXINHO, Manoel Messias *et ali*. **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Uma Introdução ao Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RIBEIRO, Luís Antônio Cunha. Princípio Constitucional da Liberdade. A Liberdade dos Antigos, a Liberdade dos Modernos e a Liberdade dos Ainda mais Modernos. In: PEIXINHO, Manoel Messias *et ali*. **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**, vol. II, São Paulo: Saraiva, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A Idéia de Justiça em Kant**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1996.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**, 1ª ed., 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SCARPI, Vinicius. **A liberdade republicana e a necessidade de limitação do narcisismo pela interferência sem dominação**. Revista Direito, Estado e Sociedade. Pontifícia Universidade Católica. Departamento de Direito, nº. 27, jul./dez-2005.

SCHÜTZ, Rosalvo. **A falácia da democracia moderna**. *In:* <http://www.espacoacademico.com.br/042/42cschutz.htm>.

SGARBI, Adrian. Apostila entregue aos alunos de pós-graduação em Direito da PUC- RJ- Capítulo II: As Normas Jurídicas.

SIMIONATO, Marlene Aparecida W.; OLIVEIRA, Raquel Gusmão. **Funções e Transformações da Família ao longo da História**, I Encontro Paranaense de Psicopedagogia-ABPppr- nov./2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Série MONOGRAFIAS – nº. 2. Belo Horizonte, V.III, 1980.