

DIREITO DE FAMÍLIA: UM ESTUDO EMINENTEMENTE PRINCIPIOLÓGICO

Daniele Michalowski Cosechen¹

RESUMO

O presente artigo tem como objeto a análise das regras e princípios no Direito de Família, a fim de que seja comprovado que as regras neste âmbito do direito não possuem a abrangência necessária para abarcar todas as relações dignas de tutela. Para atingir tal propósito, discorre-se inicialmente sobre a clássica distinção entre regras e princípios, para posteriormente se fazer uma breve análise das regras e princípios do Direito de Família. Considerações serão tecidas apenas sobre os princípios essenciais dessas relações, quais sejam: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, princípio da liberdade, princípio da solidariedade e princípio da afetividade. Com estas informações, inicia-se o estudo da derrotabilidade das regras e sua ocorrência constante no direito de família, o que comprova que o estudo no Direito de família precisa ser eminentemente principiológico.

Palavras-chave: Regras; Princípios; Direito de Família.

INTRODUÇÃO

Atualmente há um certo consenso entre os operadores do direito sobre a divisão dicotômica do ordenamento jurídico em regras e princípios, bem como a finalidade aplicativa de cada um.

As regras, pela sua literalidade preveem uma solução apriorística, previamente concebida, ao contrário dos princípios, que se caracterizam pelo seu elevado grau de abstração e assim possibilitam uma atuação mais abrangente do juiz.

No direito de família, estes ensinamentos tomam contornos essenciais devido a dinâmica que as relações familiares possuem – são infinitas as possibilidades de sua formação. Neste sentido, não raras vezes o julgador se vê obrigado a inovar num julgamento ou até mesmo afastar a aplicação das regras para que se chegue a uma solução justa nos casos concretos especiais.

¹ COSECHEN, Daniele M.. Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL.

O estudo aprofundado dos princípios nos faz refletir nas hipóteses em que é possível realizar o afastamento da regra, já que, de ordinário, elas devem ser respeitadas. Assim, somente nos casos em que a formalidade da regra possa gerar uma inconveniência ou até mesmo uma injustiça é que se pode afastar sua aplicação.

Os princípios trazem os valores éticos da sociedade para o ordenamento jurídico e possibilitam a solução dos “*hard cases*”, desde que sempre acompanhados de uma boa fundamentação pelo julgador.

Numa análise do cotidiano é possível perceber a importância recorrente dos princípios nos julgados do direito de família. Resta saber se em todas as hipóteses em que eles são aplicados em detrimento das regras, ou mesmo nos casos em que há a “criação” de uma norma para o caso concreto realmente é aceitável a derrotabilidade da regra, pois a inaplicabilidade da mesma não pode se tornar ordinária, o que fomentaria uma grande insegurança jurídica.

1. REGRAS E PRINCÍPIOS

A ciência do direito ocupa-se do estudo das normas, as quais podem ser entendidas como mandamentos que gravam preceitos e valores sociais, que devem ser seguidos generalizadamente pelos indivíduos a fim de que seja assegurada a ordem social.

Para Miguel Reale, a norma jurídica é uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória².

Neste sentido, pode-se dizer que as normas dizem respeito ao dever-ser. Este dever-ser pode se apresentar de duas maneiras: como regras ou como princípios.

Canotilho define as regras como “(...) normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, permitem ou proíbem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção”³.

Sacha Calmón Coelho esmiúça o conceito de regras na visão de Canotilho e Eros Grau, alertando que as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida, ou seja, as regras devem ser aplicadas por completo ou não, não comportando exceções. Se há circunstâncias que

² REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. Ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p.95.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra, Livraria Amedina, 6ª ed. Rev., 199.

excepcionem uma regra jurídica, a enunciação dela, sem que todas essas exceções sejam também enunciadas, será inexata e incompleta.

No nível teórico, ao menos, não há nenhuma razão que impeça a enunciação da totalidade dessas exceções e quanto mais extensa seja essa mesma enunciação (de exceções), mais completo será o enunciado da regra⁴.

Assim, regras são normas jurídicas que disciplinam determinada conduta, sendo que sua aplicação depende da subsunção exata do fato ao que nela está descrito. Desta maneira, se o fato corresponde à conduta descrita na regra, esta será aplicada e sua consequência aceita, sendo a norma considerada plenamente válida. Por outro lado, caso o fato não se adeque exatamente na prescrição normativa, ela não é válida para se aplicar àquele caso. Assim, há uma taxatividade na aplicação das regras que não pode ser excepcionada, salvo se houver previsão de exceção.

Por outro lado, os princípios podem ser definidos como:

(...) enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobre, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática⁵.

Carlos Ari Sundfeld traduz princípios como "(...) ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se"⁶.

Assim, podemos concluir, conforme os ensinamentos de Robert Alexy⁷, que princípios, igualmente às regras, são razões para juízos concretos do dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, nada mais do que uma distinção entre duas espécies de normas.

1.1 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Existem muitos critérios para diferenciar as regras dos princípios, no entanto, traz-se aqui a tradicional distinção entre os institutos elaborada por Ronald Dworkin e reformulada

⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 Sistema Tributário*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.02. p.31 (<http://jus.com.br/artigos/1282/sistema-e-principios-constitucionais-tributarios/3>, acesso em 10-09-2015)

⁵ REALE, *op. cit.*, p.304/305.

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.18.

⁷ ALEXY, Robert; GARZON VALDES, Ernesto. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 1993. 3 reimpressão de 2002. p.83.

posteriormente por Robert Alexy, os quais consolidaram a ideia de que o direito não é construído apenas por regras, mas por princípios, normas que abrem caminho para a entrada de valores no direito.

Segundo Alexy⁸, o critério da generalidade é o mais frequentemente utilizado para distinguir regras e princípios. Este critério parte do pressuposto de que os princípios são normas com um grau de generalidade relativamente alto, e as regras, normas com um grau de generalidade relativamente baixo.

Para ele, as regras e os princípios também são diferenciados segundo sejam fundamentos de regras ou regras em si mesmas, ou segundo se trate de normas de argumentação ou de comportamento.

Partindo-se deste critério, são possíveis três teses totalmente diferentes sobre a distinção entre regras e princípios: a primeira tese reza que todo intento de dividir as normas em duas classes, a de regras e a de princípios, é vã devido a pluralidade realmente existente; a segunda tese é sustentada por aqueles que consideram que as normas jurídicas podem dividir-se de uma maneira relevante na classe de regras e na classe de princípios, porém, assinala-se que esta é uma distinção só de grau (partidários desta tese são os autores que o grau de generalidade é o critério decisivo); e a terceira tese, por sua vez, afirma que as normas podem dividir-se em regras e princípios e que entre as regras e princípios existe não só uma diferença de gradual, senão, também, qualitativa⁹.

Alexy nos traz ainda o conceito de princípio como mandato de otimização. Para ele, este é o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios. Neste viés, os princípios podem ser estabelecidos como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível e em diferentes graus, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes¹⁰.

O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas, ou seja, verificam-se quando da aplicação do princípio na análise dos princípios e das regras a que eles se contrapõem. Já as fáticas, devem-se ao fato de que o conteúdo dos princípios só pode ser determinado quando diante dos fatos concretos.

Por outro lado, as regras são normas que podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há que se fazer exatamente o que ela determina, nem mais, nem menos. Assim, as regras trazem determinações fáticas e juridicamente possíveis. Isto significa que a

⁸ ALEXY; GARZON VALDES, *op. cit.*, p.83.

⁹ ALEXY; GARZON VALDES, *op. cit.*, p.85.

¹⁰ ALEXY; GARZON VALDES, *op. cit.*, p.86.

diferença entre princípios e regras é qualitativa e não de grau, de modo que podemos concluir que toda norma ou é uma regra, ou é um princípio.

1.2 CRITÉRIOS PARA A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Diante do estudo doutrinário, Humberto Ávila nos traz uma síntese dos critérios usualmente empregados para a distinção entre regras e princípios, a saber: critério do caráter hipotético-condicional, critério do modo final de aplicação, critério do relacionamento normativo e critério do fundamento axiológico¹¹.

1.2.1 Critério do Caráter Hipotético

Para este critério o fator de distinção entre regras e princípios se encontra no fato de que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão. Já os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto, ou seja, apenas indica os parâmetros a serem observados para se chegar a regra aplicável ao caso concreto.

1.2.2 Critério do Modo Final de Aplicação

Este critério, baseado nos estudos de Ronald Dworkin, sustenta-se no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto (tudo ou nada), ao passo que os princípios podem ser aplicados de modo gradual (meio termo), a depender do caso concreto.

Em outras palavras, os princípios possuem uma dimensão de peso, não determinando as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras, que trazem expressamente a prescrição normativa.

1.2.3 Critério do Relacionamento Normativo

Este critério parte da análise da solução apresentada caso ocorra conflito entre regras ou colisão de princípios.

¹¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: Da definição à aplicação de princípios jurídicos. 15 ed.rev.amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p.57.

No caso de conflito de regras, este só pode ser solucionado por duas maneiras: a) introduzindo-se uma cláusula de exceção que elimine o conflito; ou b) declarando inválida uma das regras.

Um exemplo trazido por Alexy de conflito de regras que pode ser eliminado através de uma cláusula de exceção ocorre na determinação de proibição de sair da sala antes que o sinal toque, salvo no caso de um incêndio.

Se uma solução deste tipo não é possível, prevendo uma cláusula de exceção, uma das regras deverá então ser declarada inválida e retirada do ordenamento jurídico. Saber qual das normas deve ser invalidada é problema a ser solucionado através dos critérios estabelecidos para a solução de antinomias entre regras, ou seja, observar qual deve prevalecer sob o critério da hierarquia, da especialidade ou cronológico.

Por outro lado, se ocorrer colisão entre princípios a solução a ser aplicada é totalmente diversa, isto porque quando dois princípios entram em colisão, um dos princípios deve ceder ao outro, sem que isto signifique a declaração de invalidez do princípio não utilizado ou que a ele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro, e sob outras circunstâncias, a questão de precedência pode ser solucionada de maneira inversa¹².

Pelo exposto, pode-se concluir que os conflitos entre regras se solucionam na dimensão da validade, através da declaração de invalidade ou da criação de uma exceção; enquanto que nas colisões entre princípios a solução parte-se da medida de peso atribuída a cada princípio de acordo com a relevância para o caso concreto. Há, portanto, que se fazer a ponderação da importância dos princípios colidentes para o caso concreto.

1.2.4 Critério do Fundamento Axiológico

Este critério considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada, ou seja, vislumbra nos princípios apenas fundamentos de valores a serem observados para a aplicação da norma ao caso concreto, enquanto que as regras exprimem as decisões em si.

¹² ALEXY; GARZON VALDES, *op. cit.*, p.89.

Os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fácticas. Por isso, não contém mandatos definitivos, apenas *prima facie*¹³.

Totalmente diferente é o caso das regras. Como as regras exigem que se aja exatamente como elas ordenam, referidas normas contém uma determinação específica no âmbito das possibilidades fácticas e jurídicas. Assim, se a regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela determina.

Para concluir, resta esclarecer que o autor Humberto Ávila, na sequência de sua obra, tece críticas a esta distinção, propondo posteriormente outros critérios. No entanto, optou-se por apresentar os critérios tradicionais e mais usualmente empregados pela doutrina, objetivando traçar um panorama lúcido e claro, facilitando assim a compreensão do tema.

2. REGRAS E PRINCÍPIOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família é o conjunto de normas que disciplinam os direitos pessoais e patrimoniais decorrentes das relações entre os diversos membros da entidade familiar.

Ao longo do século XX até a Constituição Federal de 1988, a família patriarcal perdeu gradativamente sua consistência, na medida em que foram se desconsiderando suas principais características, quais sejam, a prevalência do poder marital, do pátrio poder, a desigualdade entre os filhos, a exclusividade do matrimônio como entidade digna de proteção e o requisito de legitimidade.

No campo legislativo, três grandes diplomas legais transformaram esse paradigma: a) a Lei n. 883/1949, que permitiu o reconhecimento dos filhos ilegítimos e conferiu-lhes direitos até então vedados; b) a Lei n. 4.121/1962, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que retirou a mulher casada da condição de subalternidade e discriminação em face do marido, particularmente da odiosa condição de relativamente incapaz; c) a Lei n. 6.515/1977, conhecida como Lei do Divórcio, que assegurou aos casais separados a possibilidade de reconstruírem suas vidas, casando-se com outros parceiros, de forma a romper de vez a resistente reação da Igreja, além de ampliar o grau de igualdade de direitos dos filhos matrimoniais e extramatrimoniais¹⁴.

O direito de família que veio surgindo dessas inovações legislativas só se completou com o advento da Constituição Federal de 1988. De forma concisa, proclamou, em seus

¹³ ALEXY; GARZON VALDES, *op. cit.*, p.99.

¹⁴ LÔBO, *op. cit.*, p. 39.

artigos 226 a 230, o fim da discriminação das relações familiares não matrimoniais, estendendo igual proteção à família constituída pelo casamento, pela união estável ou de forma monoparental, bem como consagrou a igualdade de direitos e deveres entre homem e a mulher no poder familiar e, ainda, o dever de igualdade de tratamento entre os filhos.

Atualmente, a base legal do direito de família provém dos citados artigos da Constituição Federal, bem como das regras disciplinadas no Código Civil de 2002, que dispõe de um livro específico destinado ao direito de família, o Livro IV da Parte Especial.

Ressalta-se que o Código Civil de 2002 possui um relativo atraso com relação à Constituição Federal. Isto porque o projeto original data de 1975, só vindo a ser efetivamente promulgado em 11 de Janeiro de 2002. Como bem observa Maria Berenice Dias, “o “novo” código civil, embora bem vindo, chegou velho”¹⁵. Apesar disso, a verdade é que, com todas as emendas posteriores, o Código Civil de 2002, em seus artigos 1.511 a 1.783, pode ser considerado a base infraconstitucional do direito de família brasileiro.

Além desses dois diplomas legais, podem ser citados ainda inúmeras legislações infraconstitucionais que tratam de relações familiares, como as leis n. 5.478/68 (dispõe sobre ação de alimentos), 5.891/73 (altera normas sobre exame médico na habilitação para o casamento entre colaterais de terceiro grau), 6.015/73 (dispõe sobre registros públicos), 6.515/77 (regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos), 8.009/90 (dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família), 8.069/90 (dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.560/92 (regula a investigação de paternidade), 8.971/94 (regula direito dos companheiros à alimentos e à sucessão), 9.278/96 (regula a união estável), dentre outros.

Como se observa, variadas são as regras que podem influenciar direta ou indiretamente no âmbito familiar, de maneira que, ainda que haja um esforço do legislador, é impossível prever todas as situações que poderão surgir das relações familiares dignas de tutela.

Tratando-se deste ramo do direito, não é possível falarmos em regras únicas ou modelos únicos, especialmente porque, normalmente, os fatos sociais antecedem a legislação, e por vezes não se pode esperar uma regulamentação formal para que seja dada uma resposta pelo direito. Especialmente nestes casos se mostra tão importante a conjugação das regras formais com os princípios, pois somente assim poderá se fazer uma justiça eficaz no direito de família.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 31.

Em análise à melhor doutrina¹⁶, sem pretender esgotar todos os princípios informadores do moderno direito de família, pode-se dizer que, em geral, regem este ramo do direito: O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade, da Liberdade, da Solidariedade, e, especialmente, da Afetividade.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Historicamente, como ressalta Amauri Mascaro Nascimento:

A dignidade da pessoa humana aparece em textos jurídicos importantes a partir de 1945. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 1º (1948), proclama que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. A Conferência Mundial de Direitos Humanos, de Viena, em junho de 1993, concluiu que “todos os direitos humanos têm sua origem na dignidade e no valor da pessoa humana”. A Constituição Federal do Brasil (art. 1º, III) tem a dignidade da pessoa humana como fundamento da República.¹⁷

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana foi erigido na Constituição da República de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, especificamente em seu artigo 1º, qual dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

[...]¹⁸

Como bem observa Pablo Stolze Gagliano¹⁹, a definição deste princípio é missão das mais árduas, no entanto, é possível esboçar uma noção jurídica de seu conceito. Para o autor, “Dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade”.

¹⁶ Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Pablo Stolze Gagliano, Rodrigo da Cunha Pereira.

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 34. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p. 116.

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Presidência da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17 set. 2015.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família. As famílias na perspectiva constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.76.

Em sentido semelhante, Paulo Lôbo²⁰ entende que “a dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.”

Este princípio é o epicentro de todo o ordenamento jurídico. É o princípio do qual decorrem todos os demais. Através dele expressa-se a opção pela pessoa como objeto e fim de todo ordenamento jurídico.

Seu relacionamento com o direito de família não poderia ser mais próximo: toda pessoa nasce e constrói um núcleo familiar dentro do qual os mais diversos direitos e garantias fundamentais se desenvolvem. Assim, o direito à família encontra-se inserido no conceito de dignidade humana.

2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O direito de igualdade, baseado no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988²¹, consiste na afirmação de que todos os seres humanos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Partindo dessa premissa, todos nascem e vivem dotados dos mesmos direitos e obrigações perante o Estado.

Logo, por este princípio, busca-se a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de raça, sexo, convicções religiosas, filosóficas ou políticas, classe social ou por poder econômico.²²

Assim, segundo Alexandre de Moraes²³, todas as pessoas possuem direito a um tratamento idêntico de acordo com a lei, baseado nos critérios lastreados pelo ordenamento jurídico. Segue, ainda, o autor:

[...] o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém [...] que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada,

²⁰ LÔBO, *op. cit.*, p.54.

²¹ BRASIL. Constituição, *op. cit.*

²² SILVA, Roberta Pappen da. **O princípio da igualdade**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5962>. Acesso em: 19 set. 2015.

²³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 40.

não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.²⁴

Na seara do direito de família, podemos visualizar o princípio da igualdade ao estudar os deveres conjugais, o tratamento destinado aos filhos e as diversas entidades familiares que possuem igual proteção jurídica.

Dessa forma, dispõe os artigos 226 e 227, § 6º da Constituição da República:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.²⁵

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.²⁶

Assim, podemos dizer que o respeito a igualdade e conseqüentemente às diferenças constituem um dos princípios basilares das organizações familiares, devendo ser observada veementemente pelos nossos Tribunais.

2.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

A liberdade e a igualdade, correlacionadas entre si, foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração de direitos

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 40.

²⁵ BRASIL. Constituição, *op. cit.*

²⁶ BRASIL. Constituição, *op. cit.*

garantidores do respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito, que tem como finalidade assegurar a liberdade, é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual²⁷.

A liberdade pode ser conceituada, segundo Rodrigo César Rebello Pinho²⁸, como a faculdade que uma pessoa tem de poder fazer ou não fazer algo, porém limitando-se e respeitando-se a liberdade dos demais indivíduos.

Assim, em termos jurídicos e baseando-se na Carta Magna, a liberdade é o direito que toda pessoa tem de fazer ou não fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

No âmbito familiar, o princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização ou extinção de entidade familiar, com quem quer que seja. Relaciona-se, também, ao livre planejamento familiar, sem qualquer interferência estatal ou de terceiros, bem como quanto a livre escolha do regime de bens a vigorar na sociedade conjugal.

À guisa de exemplo, cita-se o artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.²⁹

E ainda, o artigo 1.513 do Código Civil de 2002:

“Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”³⁰.

Mais uma vez, são variadas as regras prescritivas acerca da liberdade no direito de família, o que não poderia ser diferente, uma vez que a família insere-se no cotidiano e intrinsecamente a vida das pessoas, as quais, livres perante o Estado Democrático de Direito, gozam de plena liberdade na escolha e condução de suas relações familiares, desde que sempre observado os demais princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

2.4 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

²⁷ CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Liberdade de contratar, p. 289. In: Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias. 8 ed. rev.at. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.64.

²⁸ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 113. (Coleção sinopses jurídicas, 17).

²⁹ BRASIL. Constituição, *op. cit.*

³⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, *op. cit.*

O princípio da solidariedade foi erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a qual prescreve em sua Constituição Federal:

“Art.3: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária.”

No Direito de família, o princípio da solidariedade implica no dever mútuo de amparo e assistência material e moral entre os membros da entidade familiar.

Este princípio tem assento constitucional nos artigos 226, 227 e 230 da Constituição Federal, podendo ser também visualizado em alguns dispositivos do Código Civil Brasileiro, como nos que preveem o dever de mútua assistência entre os cônjuges, (artigo 1.566), o dever de prestar alimentos (artigo 1.694), o dever de educar os filhos (artigo 1.566), e ainda em Leis esparsas, como a Lei 8.069/90 e Lei 10.741/03 que preveem o dever de amparo e proteção à criança, ao adolescente e ao idoso respectivamente.

Como bem observa Rolf Madaleno, a solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário³¹.

É claro e prático os motivos pelos quais o princípio da solidariedade deve nortear as relações familiares; não é possível falar-se em entidade familiar sem observar o mencionado princípio.

2.5 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Todo núcleo familiar se forma a partir de laços biológicos ou afetivos.

Esta é a família contemporânea, que é inspirada nos valores constitucionais, especialmente na dignidade da pessoa humana.

A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a colônia até boa parte do século XX, entrou em crise com o advento da Constituição Federal de 1988 e a implementação de seus valores.

Como a crise é sempre um dano aos fundamentos de paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matizada em paradigma que explica a sua função social:

³¹ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.90

a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, desde que consolidada na simetria, na colaboração e comunhão de vida³².

A família é fenômeno cultural e não jurídico. Vale dizer, o conceito de família é extraído da cultura e não do direito. Dizer que família é um fenômeno cultural é realçar que sua concepção não é estritamente biológica.

Assim, a família não é só mais a biológica por um motivo simples: o conceito de família é construído a partir de valores sociais que não são necessariamente jurídicos.

Nessa estruturação, vê-se que agora a família deixa de ser institucional, passando a se afirmar uma condição instrumental. Há uma expressão que designa isso: família eudemonista³³.

A doutrina fala que o momento é de constitucionalização da família eudemonista, que significa que a família serve para a busca da felicidade e para a realização pessoal do ser humano.

O moderno direito de família abandonou de vez a família patriarcal, hierarquizada, patrimonialista e matrimonial para admitir uma nova família democrática, plural, isonômica, baseada na sócio-afetividade e, acima de tudo, preocupada em ser feliz³⁴.

Desse vínculo de afetividade decorrem todos os direitos e deveres inerentes às relações familiares que anteriormente só eram atribuídas às famílias constituídas pelo casamento.

A principal regra que demonstra o viés afetivo atribuído às relações familiares é o artigo 226 da Constituição Federal, que trouxe reconhecimento à união estável e às famílias monoparentais, elevando-as a qualidade de entidades familiares.

Dessa forma, o amor é uma força elementar na vida de qualquer pessoa, incidindo de maneira especialmente forte nas relações de família.

Para o novo direito de família, tem-se no afeto a mola propulsora que comprova que a relação familiar decorre, além da questão biológica, de uma natureza cultural, motivo pelo qual estabelece-se o dever do ordenamento jurídico tutelar as mais variadas formas de família.

3 A DERROTABILIDADE DAS NORMAS NO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE DERROTABILIDADE

³² LÔBO, *op. cit.*, p.15.

³³ CRISAFULLI, Pedro Henrique de Assis. **O direito de família e a filosofia eudemonista**. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-2c868f39a4c3101ea7254eb5b372ee41.pdf>>. Acesso em 25 set. 2015.

³⁴ CRISAFULLI, *op. cit.*p.

Preliminarmente, devemos ter claro que a lei, em regra, incide automaticamente quando aquilo que é descrito por uma norma jurídica ocorre na prática, passando a produzir todos os seus efeitos previstos sobre o caso concreto.

É exatamente na incidência da regra que a teoria da derrotabilidade, ou *defeasibility*, fixa seus ensinamentos. Por esta teoria, uma norma pode apresentar infinitas, implícitas e imprevisíveis exceções, de modo que o legislador ao elaborar uma determinada regra jurídica antecipa-se nas situações normais, mas não tem como antever todos os casos reais em que a regra poderia ser excepcionada. Para estes casos, a teoria autoriza que sejam sonegados os efeitos da norma jurídica existente, válida e eficaz, para que se alcance naquele caso o ideal de justiça.

A maior dificuldade da doutrina da derrotabilidade das regras é discernir o que é uma exceção implícita daquilo que deve ser considerado um silencio eloquente do legislador. Um erro nesta análise, causa uma ferida na democracia³⁵. Por isso, mostra-se de suma importância a clara e coerente da fundamentação ao se derrotar/afastar uma regra.

Ressalta-se ainda, que a doutrina da derrotabilidade não faz com que a norma seja retirada do ordenamento jurídico, ela apenas é afastada em caso específico, a fim de que seja cumprido o próprio espírito da lei.

Em interessante síntese do tema, dispõe Fernando Andreoni Vasconcellos:

A dogmática jurídica não costuma aceitar a hipótese de o antecedente ser configurado e o dever-ser não se operar, ou ainda, a situação consoante a qual o fato previsto na antecedente corre, a previsão do consequente não é atendida, porém nenhuma sanção é (ou dever-se) cominada. A doutrina, em circunstâncias como estas, costuma falar em perda da eficácia ou em descumprimento legal, entretanto, não consegue tratá-las como um fenômeno muitas vezes configurado na prática, ocorrido quando a norma *a priori* aplicável não é aplicada. A teoria da derrotabilidade surge exatamente para tutelar essas situações, para as quais a dogmática tradicional não consegue dar respostas, ou as dá de maneira insuficiente ou em descompasso com a realidade. A derrotabilidade, para alcançar esse desiderato, parte do pressuposto teórico de que as normas jurídicas condicionais preveem *deveres/obrigações prima facie*. Assim, uma regra jurídica que expressa uma obrigação *prima facie* não exclui a possibilidade de que situações não contempladas cancelem o dever estabelecido na regra.³⁶

³⁵ FONTENELES, Samuel Sales. **Derrotabilidade**. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/o-minimo-que-voce-precisa-saber-a-respeito-da-derrotabilidade-das-regras-defeasibility/>>. Acesso em: 25 set. 2015.

³⁶ VASCONCELOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 60.

Humberto Ávila também trata da matéria, embora com outra nomenclatura, denominando-a “superabilidade das regras”. Em seu livro, no tópico referente à eficácia das regras, destina o autor um item específico ao estudo do tema, que para sua aplicação, defende a observância de algumas condições materiais e procedimentais.

O modelo proposto pelo autor tem duas características, entendendo a superabilidade das regras como sendo bidimensional e criteriosa. Esmiuçando a sua primeira característica, diz-se bidimensional, no sentido de ser material e procedimental ao mesmo tempo. Material, porque condiciona a superação de regras ao preenchimento de determinados requisitos de conteúdo. Procedimental, porque condiciona a superação de regras à observância de requisitos de forma. Com relação a segunda característica, diz ser um modelo criterioso, na medida que seu modelo não procura apenas analisar se as regras podem, ou não ser superadas, mas quando e mediante a implementação de quais condições elas podem ser superadas³⁷.

Como requisitos materiais traz a necessidade de observar se o afastamento da regra no caso concreto traz prejuízo à finalidade da norma, e se pode levar ao comprometimento da segurança jurídica em virtude do reaparecimento de casos similares.

Para elucidar a questão, o autor traz dois interessantes exemplos, os quais seguem transcritos pela excelente didática:

Exemplo 1: Caso haja uma previsão legal de isenção tributária para as empresas que não realizarem importações de produtos no período, e uma determinada empresa, venha importar, uma única vez, 4 (quatro) pés de sofá, não seria justo que esta viesse a perder o benefício. Isto porque, a finalidade deste é a promoção de estímulo à produção nacional, de maneira que, a importação de 4 (quatro) pés, para um único sofá, não tem o condão de violar a finalidade da norma. Além do mais, se casos semelhantes viessem a ocorrer novamente, isto também não afetaria a segurança jurídica”.

Exemplo 2: O mesmo não ocorre no segundo exemplo: Caso uma regra condicione a apresentação de determinado recurso à entrega conjunta de cópia legível de certo documento, a aceitação, por parte da Administração de um recurso sem observar esse requisito viola a finalidade da norma, bem como prejudica a segurança jurídica. Isto porque, caso ocorram situações semelhantes, a Administração a bem da isonomia terá que aceitar diversos recursos. A ausência de preenchimento dos requisitos neste caso deixaria de depender de qualquer demonstração de anormalidade, o que prejudica a promoção da justiça para a maior parte dos casos.

³⁷ ÁVILA, Humberto. 2014. p.141.

O autor, segue seus ensinamentos, esclarecendo que é nítida a diferença entre os casos expostos: de um lado, há casos em que a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese geral, não prejudica a finalidade da regra, nem a segurança jurídica que suporta as regras; de outro lado, há casos em que a decisão particularista restringe tanto a promoção da finalidade subjacente à regra, quanto a segurança jurídica que suporta as regras, em razão de a circunstância particular ter elevado potencial para reaparecer com frequência, e seu julgamento individualizado gerar um custo deliberativo excessivo, não necessariamente justificável pela promoção da justiça individual.

Assim, para ele, o grau de resistência de uma regra à superação vincula-se à promoção do valor subjacente à regra (valor substancial específico) e ao valor formal subjacente as regras (valor formal de segurança jurídica). O grau de promoção do valor segurança relaciona-se a quantidade de reaparecimento frequente de situação similar. Conjugando esses fatores, pode-se afirmar que a resistência à superação de uma regra será tanto maior quanto mais importante for a segurança jurídica para sua interpretação. A segurança jurídica será tanto mais importante, quanto maior for sua importância para incidência da norma. Isto faz com que, nos setores do ordenamento jurídico em que o princípio da segurança jurídica exerce um papel primordial, como no Direito Penal, a padronização se faz essencial, devendo a rigidez ser tanto maior quanto maior for a necessidade de generalização e quanto menos danosa for a decisão individual para a implementação do princípio geral de igualdade. Desta maneira, a resistência a derrotabilidade deve ser muito pequena nos casos em que o alargamento ou a restrição da hipótese da regra em razão da sua finalidade forem indiferentes ao valor segurança jurídica³⁸.

No que tange aos requisitos procedimentais, o autor assevera que a derrotabilidade deve trazer uma justificativa, uma fundamentação e uma comprovação condizente. Com isso, visa demonstrar que deve ficar evidente a incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade, que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica e que há, portanto, razões que permitem a superação.

A doutrina é unânime sobre a possibilidade de derrogação das regras. A tese já fora por diversas vezes aplicada na prática dos tribunais, embora em nenhuma delas tenha havido expressa menção à nomenclatura derrotabilidade.

No entanto, a questão que intriga e divide os operadores do direito gira em torno da derrotabilidade dos princípios. Alguns estudiosos³⁹, como Humberto Ávila, entendem que, da

³⁸ ÁVILA, *op. cit.*, p.144/145.

³⁹ SARTOR, Giovanni; HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander.

mesma forma que as regras podem ser derrotadas, os princípios também o são, pelos mesmos motivos e nos mesmos casos, ainda que reconheça-se sua ocorrência em menos hipóteses diante da própria natureza aberta dos princípios.

Justamente na natureza aberta dos princípios, mais especificamente por tratarem-se de mandados de otimização que outros doutrinadores, como Carsten Backer⁴⁰, não veem a possibilidade da derrotabilidade dos princípios.

Como assevera o referido autor:

(...) a derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções. Se olharmos para as regras, elas têm, em geral, exceções. Essas exceções, contudo, não podem ser enumeradas de forma conclusiva, devido ao fato de que as circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas. Portanto, regras jurídicas sempre tem a capacidade de acomodar exceções, ou seja elas são derrotáveis. Por outro lado, entendo que princípios, como mandamentos de otimização, não acomodam exceções nesse sentido. Ao invés disso, as circunstâncias dos casos futuros, juntamente com outras condições – como por exemplo, princípios concorrentes –, já estão implícitas no conceito de otimização, e são, portanto, parte integral da própria aplicação do princípio. Isso significa que a otimização está necessariamente relacionada a todas as circunstâncias dadas. Assim, para aplicar um princípio é preciso otimizar – e, dessa forma, necessariamente considerar todas as circunstâncias dadas. Portanto, nenhuma exceção pode surgir na aplicação de um princípio. Em outras palavras, princípios não são derrotáveis.⁴¹

De acordo com o pensamento do segundo doutrinador, a própria natureza dos princípios como mandados de otimização faz com que, na sua utilização, sejam consideradas todas as circunstâncias relevantes. Se desta análise, entender-se pela não aplicação do princípio, ele já terá sido utilizado na maior medida possível para o caso. Não existe “a menos que” nos princípios. Como norte dirigente de um sistema, não há como não observá-lo no cotidiano das aplicações do direito. O cerne da questão dos princípios é a realização de sua finalidade da maior medida possível.

Como se sabe, os princípios representam “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, caracterizados por terem designações genéricas, sendo portanto, adaptáveis no ordenamento jurídico.

Por outro lado, ao aplicar uma regra pelas normas tradicionais, não se faz necessário a análise e ponderação de todas as circunstâncias. Se a condição é satisfeita, segue-se a

⁴⁰ BACKER, Carsten. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/102055082.pdf>>. Acesso em 25 set. 2015.

⁴¹ BACKER, *op. cit.*, p. 60.

conclusão, ou seja, se o fato ocorre, em regra, a consequência deve ser aplicada, só podendo ser afastada se houver derrotabilidade da mesma.

Com relação ao argumento de que os princípios podem ser alterados conforme as mudanças da sociedades, este também deve ser refutado. Sabe-se que o Direito é uma ciência em permanente construção, no entanto, há um núcleo essencial de princípios que nunca poderão ser afastados por completo de um caso concreto, pois representam direitos fundamentais dos cidadãos, cláusulas pétreas, as quais devem ser observadas perpetuamente.

É sabido que, de uns tempos para cá, os doutrinadores citam em cada ramo do direito uma gama de princípios aplicáveis a temática, o que muitas vezes acaba por até mesmo banalizar o que seriam “princípios”. Neste trabalho, quando se fala da primazia dos princípios sobre as regras no direito de família, quer-se referir ao núcleo de princípios ligados à base constitucional e aplicáveis efetivamente a todos os tipos de relações familiares.

3.2 A DERROTABILIDADE DAS NORMAS NO DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família talvez seja a área mais imprevisível do nosso sistema jurídico. Este ramo consolida-se exatamente atrelado à vida das pessoas, diga-se de passagem, de todas as pessoas no seu cotidiano, tornando quase impossível que haja uma verdade absoluta e única neste estudo.

De uns tempos para cá a sociedade se transformou, venceu velhos preconceitos e percebeu que temos um eixo central no ordenamento jurídico, que é a Constituição Federal, mais especificamente os princípios constitucionais.

Com esse avanço, possibilitou-se que inúmeras situações que antes viviam paralelas ao direito, hoje sejam tuteladas pelo mesmo, ainda que muitas vezes tenhamos que nos socorrer exatamente da derrotabilidade das regras e plena aplicação dos princípios para alcançar a *mens legis*, a finalidade da norma.

Assim, se o casamento não é mais a única forma de constituir família, nem é mais indissolúvel, é porque, finalmente, a liberdade de planejamento familiar galgou o *status* de princípio constitucional⁴².

A união estável e a igualdade entre filhos são valores que foram reconhecidos pelo legislador e, por sorte, alçados na Constituição Federal de 1988. O problema ocorre quando

⁴² GHILARDI, Dóris. **A possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade**: vínculo biológico x vínculo socioafetivo, uma análise a partir do julgado da AC n. 2011.027498-4 do TJSC. In: Revista Brasileira de Direito das famílias e sucessões v.15 n.36. P. 63 a 78.

não há previsão legal para certos casos concretos, quando a previsão é insuficiente ou mesmo contrária àquilo que é justo. Nestes casos, não nos resta outra alternativa, a não ser almejar a derrotabilidade destas normas pelos Tribunais.

Variados são os casos na seara do direito de família que utilizaram-se da teoria da derrotabilidade para fazer justiça nos casos concretos. O mais conhecido certamente foi o recente reconhecimento da possibilidade de casamento entre casais do mesmo sexo.

A possibilidade da união homoafetiva, iniciou-se em 2011 com o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 as quais outorgaram aos casais homossexuais os mesmo direitos que tinham os casais heterossexuais.

Ocorre que, por muito tempo, a igualdade de direitos só era possível a partir de uma decisão judicial, que afastavam a incidência literal dos artigos do Código Civil e da Constituição Federal.

O artigo 1.514 do Código Civil de 2002, prevê expressamente que “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.” (grifo nosso)

Em sentido semelhante, prevê o artigo 226, § 3º da constituição Federal que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (grifo nosso)

Como se percebe, não há em nenhum momento, na nossa legislação qualquer menção à possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo. Pela literalidade das normas, somente quando houvesse diversidade de gênero poderia ser constituída a família. No entanto, com decisões judiciais foi possível o afastamento da literalidade da regra, dando-se primazia aos princípios que regem o ordenamento jurídico, a fim de que nestes casos inicialmente excepcionais, fosse possível chegar ao ideal de justiça.

Neste sentido, seguiu a jurisprudência:

“DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja

constitucionalmente aceita.² O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n.132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.³ Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.⁴ O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.⁶ Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.⁷ A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-affirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.⁹ Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é

"democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.¹¹ Recurso especial provido. (REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012).

Ocorre que, com o tempo o número de ações semelhantes multiplicaram-se no Poder Judiciário, o que fez com que fosse editada a Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça, selando de vez qualquer questionamento acerca da legalidade e constitucionalidade desse tipo de união no Brasil.

De acordo com informações divulgadas pela Associação de gays, lésbicas e simpatizantes, o número de homossexuais no Brasil gira em torno de 17 milhões de pessoas⁴³. O censo/IBGE de 2010 - portanto, antes da alteração no posicionamento dos tribunais acerca das uniões homoafetivas - já contabilizava 60 mil casais homossexuais no Brasil⁴⁴.

O que se percebe dessas informações é que quando da promulgação da Constituição Federal, ou mesmo do Código Civil de 2002, não era possível ao legislador prever, diante de toda a formalidade que rondavam as relações familiares, que os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo tomariam um número tão expressivo e passariam a ser encarados com normalidade pela sociedade. Como dito anteriormente, a equiparação de direitos e o reconhecimento da união estável entre casais homossexuais por muito tempo só foi possível através de uma decisão judicial, diante da excepcionalidade da situação, o que ensejou por variadas vezes a derrotabilidade da norma. Atualmente, já não se trata mais de casos excepcionais, e, como mencionado, já houve uma normatização neste sentido, no entanto, este foi o mais tradicional exemplo, e que por um bom tempo os julgadores viram-se obrigados a afastar a incidência da norma, a fim de que fosse feita justiça nos casos concretos, pois só era permitido o reconhecimento da união estável e a realização de casamento entre pessoas do mesmo sexo mediante uma autorização judicial.

Outro caso mais recente e emblemático de derrotabilidade das regras são as uniões poliafetivas.

⁴³ ESPAÇO VITAL. **Estimativa aponta que número de brasileiros homossexuais já chega a 17,9 milhões.**

Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/145829/estimativa-aponta-que-numero-de-brasileiros-homossexuais-ja-chega-a-17-9-milhoes>>. Acesso em 09/09/2015>. Acesso em 09 set 2015.

⁴⁴ G1. **Censo 2010 contabiliza mais de 60 mil casais homossexuais.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/04/censo-2010-contabiliza-mais-de-60-mil-casais-homossexuais.html>>. Acesso em 25 set 2015.

De acordo com Antônio Pilão, o Poliamor é um nome dado a possibilidade de se estabelecer mais de uma relação amorosa ao mesmo tempo com a concordância de todos os envolvidos⁴⁵.

Como se sabe, a união estável em regra só é permitida entre duas pessoas, sejam elas de gêneros diferentes ou iguais. Ocorre que, em 2012 a tabeliã Cláudia do Nascimento Rodrigues lavrou uma escritura pública de “União Poliafetiva”, onde houve a formalização de uma união baseada no poliamorismo, prevendo direitos e deveres pertinentes ao instituto da união estável entre um homem e duas mulheres, ou seja, uma união estável a três.

Tal procedimento vem sendo criticado, pois especialistas do direito, como Rodrigo da Cunha Pereira veêm a monogamia como um princípio do direito de família.

A mencionada tabeliã esclareceu os motivos pelos quais resolveu registrar a referida união, esclarecendo em entrevista à revista Época que suas primeiras preocupações foram:

“algun deles é casado? Não. Algun tem impedimento legal para viver em conjunto? Não. Marquei com o homem e as duas mulheres para entender seus motivos. Não queriam casar. Só queriam definir regras em contas conjuntas, compra de imóvel, herança. Parentes e amigos já os tratavam como família havia alguns anos. Lavramos a escritura no fim de março. Até onde sabemos, é a primeira do tipo no Brasil⁴⁶”

Tal procedimento só foi possível por ter a tabeliã pautado-se nos princípios constitucionais e específicos do direito de família. Ela viu no caso concreto que a negativa do registro da união estável, por falta de previsão legal levaria a uma situação de injustiça, pois comprovado estava que o “trio” tratava-se de uma entidade familiar a qual tinha a intenção apenas de regularizar a sua situação jurídica e patrimonial. Neste caso, também pode-se dizer que houve a derrotabilidade da regra, que apenas previa a possibilidade de união estável entre duas pessoas, mas que diante da situação peculiar a qual vivia o trio, e tendo em vista a finalidade do direito que é trazer segurança jurídica as todas as relações, foi necessário afastar a incidência da regra para concretizar alguns direitos fundamentais solicitado pelas partes.

Podemos também mencionar um julgado referente a adoção em que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina afastou a incidência literal da regra, aplicando acertadamente a teoria da derrotabilidade. Tratou-se de um caso em que se permitiu a adoção de um menino pelos avós, tendo em vista a situação especial do caso. Embora o Ministério Público tenha

⁴⁵ PILÃO, Antônio Cerdeira. GOLDENBERG, Mirian. POLIAMOR E MONOGAMIA: CONSTRUINDO DIFERENÇAS E HIERARQUIAS. Revista Ártemis, Edição V. 13; jan-jul, 2012. P. 62-71. <http://www.ies.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/viewFile/14231/8159> Acesso em: 01/09/2015.

⁴⁶ AQUINO, Ruth de. Eu vos declaro marido e mulheres. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Mente-aberta/ruth-de-aquino/noticia/2012/08/eu-vos-declaro-marido-e-mulheres.html>. Acesso em: 01/09/2015.

recorrido, o Supremo Tribunal Federal manteve a decisão do juiz de primeiro grau, decidindo nos seguintes termos:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MOVIDA PELOS ASCENDENTES QUE JÁ EXERCIAM A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA E ACÓRDÃO ESTADUAL PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MÃE BIOLÓGICA ADOTADA AOS OITO ANOS DE IDADE GRÁVIDA DO ADOTANDO. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 39, § 1º, 41, CAPUT, 42, §§ 1º E 43, TODOS DA LEI N.º 8.069/90, BEM COMO DO ART.267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO CENTRADA NA VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 42, § 1º, DO ECA. COMANDO QUE NÃO MERECE APLICAÇÃO POR DESCUIDAR DA REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS.PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ART. 6º DO ECA. INCIDÊNCIA.INTERPRETAÇÃO DA NORMA FEITA PELO JUIZ NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.1. Ausentes os vícios do art. 535, do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. As estruturas familiares estão em constante mutação e para se lidar com elas não bastam somente as leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3ª Geração. 3. Pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade. 4. A vedação da adoção de descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, visou evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuítos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual "confusão mental e patrimonial" decorrente da "transformação" dos avós em pais.5. Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva. 6. Observância do art. 6º do ECA: na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.7. Recurso especial não provido. (REsp 1448969/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 03/11/2014)

Como mencionado na decisão, o Artigo 42 § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente veda a adoção de descendentes por ascendentes, ou seja, a adoção de neto pelos avós. Ocorre que, em face da peculiaridade do caso concreto, agiu com acerto o magistrado de primeiro grau e posteriormente o Supremo Tribunal Federal ao ratificar a decisão em que afastou-se a incidência literal da regra a fim para efetivar a justiça, o bem comum, e o melhor interesse da criança.

Esses são apenas alguns de muitos outros que podem ser citados que só foi possível solucionar o caso de maneira justa e coerente mediante a aplicação da doutrina da derrotabilidade das regras e pela normatividade hoje atribuída aos princípios. Como

mentionado, há um núcleo de direitos do Estado democrático do qual não se pode abrir mão em hipótese nenhuma e que devem ser a base reflexiva para todas as decisões.

No direito de família, este núcleo estabelece-se pelos princípios mencionados no item 2. São eles os responsáveis pela flexibilização da regra nos casos em que se faz necessário para chegar ao ideal de justiça. São eles que possibilitam a tutela das mais variadas formas de família, revelando-se impossível a análise de uma situação familiar sem sua consideração. São eles: o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da afetividade.

CONCLUSÃO

A sociedade, assim como a família e a filiação encontram-se em constante mudança, adaptando-se a novos contornos que, longe de serem estáticos, revelam-se em constante mutação.

São inúmeras as demandas que ingressam diariamente no Poder Judiciário referentes ao Direito de Família, para os quais nem sempre a solução proposta pelo legislador mostra-se a mais justa.

É claro que as regras devem, em situações normais serem obedecidas, porque sua obediência promove a solução previsível, eficiente e geralmente equânime dos conflitos.

O problema ocorre quando há situações anômalas. Neste casos tomam uma especial importância a observância dos princípios, pois estes, por serem dotados de uma maior vagueza e generalidade possuem a capacidade de colmatar exceções, estabelecendo exceções implícitas à regra, as quais não podem ser enumeradas exhaustivamente de antemão pelo legislador.

A utilização dos princípios no direito de família é essencial para que chegue-se à finalidade da norma. Isto porque, em casos não recorrentes a incidência da regra, sem considerar todas as circunstâncias pode se voltar contra o próprio espírito da norma ou mesmo revelar uma injustiça.

Para albergar estes casos, é que vem a doutrina da derrotabilidade, ou seja, ela possibilita o afastamento da literalidade da regra, a fim de que possam ser tuteladas as mais variadas formas de família e cumpra-se o propósito buscado pelo ordenamento jurídico.

Na seara do direito de família, logram-se mais eficazes a interpretação das regras baseando-se nos princípios, pois, como mencionado diversas vezes, não há como o legislador antever todos os casos dignos de tutela.

Além do mais, os princípios não sofrem uma constante mutação como a vida em si. Eles, como mandamentos de otimização, são estáveis, devendo estar presente constantemente nas relações sociais, sendo permitido apenas que haja uma ponderação em sua utilização, pela própria natureza, que permite que seja utilizado em determinados casos com maior incidência, e em outros com menor.

Diante dos casos concretos e dos anseios da sociedade, comprova-se no dia a dia a necessidade de um direito de família pautado necessariamente e predominantemente em princípios, para que possamos chegar a decisões mais justas a cada dia sem que dependamos da mora legislativa para formalizar algo que já é concreto e plenamente aceito na sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert; GARZON VALDES, Ernesto. **Teoria de los derechos fundamentales**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Politicos Y Constitucionales, 1993. 3 reimpressão de 2002.

AQUINO, Ruth de. **Eu vos declaro marido e mulheres**. Disponível em:
<<http://revistaepoca.globo.com/Mente-aberta/ruth-de-aquino/noticia/2012/08/eu-vos-declaro-marido-e-mulheres.html>>

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: Da definição à aplicação de princípios jurídicos**. 15 ed.rev.amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BACKER, Carsten. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Disponível em:
<<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/102055082.pdf>>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Presidência da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Livraria Amedina, 6ª ed., 1993.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. **Liberdade de contratar**. In: Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias. 8 ed. rev.at. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988 Sistema Tributário**. 8ªEd. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRISAFULLI, Pedro Henrique de Assis. **O direito de família e a filosofia eudemonista**. Disponível em:
<<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-2c868f39a4c3101ea7254eb5b372ee41.pdf>>.

ESPAÇO VITAL. **Estimativa aponta que número de brasileiros homossexuais já chega a 17,9 milhões**. Disponível em:

<<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/145829/estimativa-aponta-que-numero-de-brasileiros-homossexuais-ja-chega-a-17-9-milhoes>, acesso em 09/09/2015>.

FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidade**. Madrid: Trotta, 2009.

FONTENELES, Samuel Sales. **Derrotabilidade**. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/o-minimo-que-voce-precisa-saber-a-respeito-da-derrotabilidade-das-regras-defeasibility/>>.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As famílias na perspectiva constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

G1. **Censo 2010 contabiliza mais de 60 mil casais homossexuais**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/04/censo-2010-contabiliza-mais-de-60-mil-casais-homossexuais.html>>.

GHILARDI, Dóris. **A possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade: vínculo biológico x vínculo socioafetivo, uma análise a partir do julgado da AC n. 2011.027498-4 do TJSC**. In: Revista Brasileira de Direito das famílias e sucessões v.15 n.36.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito civil: Famílias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 34. ed. São Paulo: Ltr, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PILÃO, Antônio Cerdeira. GOLDENBERG, Mirian. **Poliamor e Monogamia: Construindo diferenças e hierarquias**. Revista Ártemis, Edição V. 13; jan-jul, 2012.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. Coleção sinopses Jurídicas, n.17. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo, Saraiva, 21ª ed., 1994.

RIZZADO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Roberta Pappen da. **O princípio da igualdade**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5962>.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica Jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa.** Disponível em:
<<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/18639/O%20conceito%20de%20derrotabilidade...?sequence=1>>.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.