

*Sérgio Resende de Barros*

O direito de família não tem sido correlacionado com os direitos humanos, embora seja ele o mais humano dos direitos. Para essa omissão deve haver uma justificativa. Algo dificulta enxergar como direitos humanos os direitos subjetivos relativos à família. É preciso remover esse empecilho. Mas, onde encontrá-lo? Na linguagem, pois, como esta condiciona o pensamento, é para ela que se deve voltar de pronto a atenção. De fato, o que se exprime melhor num idioma é entendido melhor por quem o fala. A língua portuguesa fornece um exemplo clássico: o termo “saudade” traduz um sentimento que, embora universal, não é bem compreendido senão por quem fala português.

Desse modo, é na lingüística jurídica que se depara com um fato: há uma dificuldade de expressão afetando o direito de família. Noutros campos, como no direito constitucional e no direito de autor, a linguagem facilita perceber os direitos subjetivos agasalhados no direito objetivo. Fluientemente se fala em “direitos constitucionais” e “direitos autorais” para designar os direitos subjetivos. O mesmo não se passa com o direito de família. Como designar os direitos subjetivos referidos à família? Seriam “direitos de família”, “direitos familiares”, ou “direitos familiares”? Nenhuma dessas expressões soa adequada. “Direitos de família” poderia também se referir a “diversos direitos de família”, como o brasileiro, o português, o espanhol, o francês etc. “Direitos familiares” evoca uma indesejável idéia de intimidade. E “direitos familiares” é um dizer ainda estranho ao uso comum.

Sem dúvida, falta um nome geral para os direitos reconhecidos pela legislação da família. Isso embaraça sua percepção. Mas não deve embaraçar o intuito de relacioná-los com os direitos humanos. Com esse intuito, proponho chamá-los “direitos humanos familiares”. É preciso insistir em dizer “direitos familiares” para designar os direitos subjetivos próprios do direito de família. Essa locução há de deixar de ser estranha. Ela faz falta ao direito de família. Diga-se, pois, “direitos humanos familiares” para designar os direitos humanos que derivam do **direito fundamental à família**, a fim de concretizá-lo.

Há quem separe direitos humanos de direitos fundamentais. Mas, vistos pelo prisma da realização do ser humano em todos os indivíduos humanos, ou seja, vistos como direitos destinados a concretizar a essência humana em toda a existência humana, segundo o padrão de dignidade alcançado no momento histórico da civilização, os direitos humanos e os direitos fundamentais não constituem institutos jurídicos distintos. Sob esse critério, uma tal separação retiraria humanidade ao fundamental e fundamentalidade ao humano. Contra isso se opõem a teoria e a prática dos direitos

176 humanos, os quais constituem um todo dialético, formado de direitos mais gerais, principais ou principiais, que interagem com direitos mais particulares, instrumentais ou operacionais. Ou seja, o princípio e a sua atuação se apóiam reciprocamente, sem separar-se um do outro, formando um todo fundamental para a eficácia dos direitos humanos.

Dessa maneira, conjugando direitos principiais com direitos operacionais, entra em ação um só e mesmo instituto jurídico – os direitos humanos – para um só e mesmo fim: realizar toda a essência humana em toda a existência humana, ou seja, realizar o ser humano nos indivíduos humanos, nas condições de dignidade condizentes com o momento presente da história da civilização. Em verdade, não só realizar, mas também garantir a humanidade assim realizada.

Foi no início da era contemporânea que se começou a falar em “direitos fundamentais do homem e do cidadão”. Então eles surgiram de forma absoluta para combater a monarquia absoluta. Absoluto contra absoluto. Eram direitos absolutos do indivíduo opondo-se a poderes absolutos do rei. Para tanto, as revoluções liberais declararam direitos naturais e universais, imprescritíveis e inalienáveis, ou seja, **direitos absolutamente genéricos**: de todo indivíduo humano, de todo o gênero humano. Tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à fraternidade, à felicidade, à segurança e outros igualmente abstratos e gerais. A eles, convém chamar direitos humanos **principiais**, porque são princípios de outros direitos mais particulares, que neles vão se fundamentar para lhes dar concretude, operacionalizando-os em situações mais determinadas. A estes direitos mais concretos e particulares, instrumentos de realização daqueles mais abstratos e gerais, convém chamar direitos humanos **operacionais**.

Ocorre assim um desdobramento muito próprio dos direitos humanos, em que o mais fundamental ganha operacionalidade na mesma proporção em que o mais operacional ganha fundamentalidade, ambos se completando: um dando o princípio ao qual o outro dá o acabamento. A operação realiza o princípio na mesma proporção em que o princípio instrui a operação. Nessa exata proporção – sem perder a humanidade do fundamental, nem a fundamentalidade do humano – os direitos humanos são ponderados numa escala de fundamentalidade, ao longo da qual tanto se vai de principiais para operacionais, quanto se volta destes para aqueles, em graus sucessivos, mas contínuos, de modo que nessa interação todo o humano continua a ser fundamental, como todo o fundamental continua a ser humano, sem separar direitos humanos de direitos fundamentais.

Há situações em que o direito operacional brilha de per si. Sua fundamentalidade se torna evidente. Por exemplo, de noite, perto do Aeroporto de Congonhas, basta a fundamentalidade do direito ao sono para justificar a proibição de pousos e decolagens. Em verdade, por ser operacional dos direitos à vida e à saúde, aos quais se liga necessariamente, o direito ao sono nem sequer precisa ser declarado na Constituição.

Mesmo sem autorização específica da lei ou da Constituição, basta a evidência de sua fundamentalidade como direito humano ligado a um direito fundamental declarado na Constituição para legitimar uma resolução administrativa que restrinja outros direitos, como o de propriedade, o de locomoção, o de livre empresa etc., com o fim de garantir o sono.

Outras vezes, convém declarar. Exemplo: o direito de amamentar, também operacional do direito à vida e à saúde, era obstruído em presídios brasileiros. Foi conveniente incluí-lo entre os direitos individuais declarados pela Constituição de 88. Desta, portanto, o artigo 5º, inciso L, determina que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Enquanto o Brasil for um país de Carandirus, continuará conveniente declarar na sua Constituição esse direito de amamentação. Isso não é banalizar os direitos fundamentais, mas sim garanti-los na proporção do necessário.

Dos exemplos se vê que, como os direitos operacionais implementam os fundamentais, eles são igualmente fundamentais, porque sem eles os fundamentais seriam meros ideais, sem eficácia prática. Ocorre, pois, um condicionamento mútuo em que o operacional e o principal interagem como indispensáveis para a eficácia dos direitos humanos. Tanto isso é verdadeiro, que se verifica e se comprova na prática histórica.

De fato, desde as primeiras declarações, no fim do século XVIII, nos Estados Unidos e na França, os direitos mais principais já vieram acompanhados de outros mais operacionais. Assim, o direito à liberdade já apareceu implementado pelos direitos de manifestar opiniões pela imprensa, de promover reuniões pacíficas, de exercer livremente os cultos e por outros direitos, até operacionais políticos, como o direito de reformar a Constituição e o de resistir à opressão. No curso do século XIX, o capitalismo selvagem, propiciado pela revolução liberal acoplada com a revolução industrial, desencadeou uma desmedida exploração das massas sociais pelo poder econômico. A miséria e a revolta dos operários desencadearam uma enorme questão social. Os direitos humanos individuais foram questionados em sua eficácia social. Era preciso melhorar a condição social de exercer concretamente os direitos individuais que haviam sido declarados abstratamente pelo Estado liberal, tão alienados do meio social, que acabaram constituindo privilégios da burguesia capitalista. Assim, começando pelo operariado, vieram surgindo direitos de cunho social para proteger as categorias mais fracas em face das mais fortes nas relações sociais que mantinham.

No direito de postura liberal, todos os indivíduos são tratados igualmente pela lei, sem levar em conta sua condição social e até sua condição física. Mas, tentando resolver a questão social propiciada pelo direito liberal, o direito social surge integrado por direitos subjetivos de teor econômico, social e cultural, sucintamente ditos **direitos sociais**, nos quais se tratam desigualmente os desiguais na proporção em que se desigualam. Embora fossem novos, tais direitos gerados pelo Estado Social eram

178 **consecutivos:** visavam à consecução dos direitos individuais. Ou seja, conseguir meios materiais para dar aos indivíduos igualdade de condições de gozar os direitos individuais gerados pelo Estado Liberal.

Têm sido vistas aí duas gerações de direitos humanos: os direitos individuais e os direitos sociais. Mas facilmente se vê que foram declarados no Estado Social direitos operacionais dos direitos principais declarados no Estado Liberal. Houve uma continuação em busca da concreção. Historicamente, os direitos sociais continuam os direitos individuais, dos quais são conseqüentes e instrumentais. Em vez de gerações, há uma continuidade de geração de direitos subjetivos, para dar sempre mais eficácia a direitos individuais mediante direitos sociais que – crescendo em sua aplicação social – hoje tendem a ser direitos de todos, direitos difusos, gerando solidariedade entre todos os indivíduos humanos para construir e defender a sua humanidade. Assim se vai inovando – passando de absolutamente individual para relativamente social – a função em que os direitos subjetivos são considerados no direito objetivo. Não só a propriedade, mas todos os objetos do direito – até mesmo a liberdade – vão sendo cada vez mais postos e relativizados em função social, moderadora de sua função individual. Essa inovação social dos direitos começou na relação de trabalho. Mas se espalhou por outras relações sociais, alcançando **as relações de família**.

Também no direito de família verifica-se o desdobrar contínuo e conseqüente dos direitos em principais e operacionais. Cada qual, a seu modo, como princípios ou como meios, os direitos familiares são fundamentais para a eficácia dos direitos humanos. Mas isso leva a perguntar: qual é no direito de família o direito humano fundamental de todos os outros? A resposta é: o próprio **direito à família**.

Ao falar de direitos humanos, logo vem à mente o direito à vida. Mas não se pode pensar na vida humana sem pensar na família. O direito à vida implica e funda o direito à família como o primeiro na ordem jurídica da família, o mais fundamental dos direitos familiares. Mas também outros direitos humanos levam a pensar na família. Liberdade, igualdade, fraternidade, felicidade, segurança, saúde, educação e outros valores humanos fundamentais se relacionam com o direito à família e remetem ao recinto familiar – o lar – onde eles se realizam em e como direitos familiares. Mas, a principiariar do próprio direito à família, somente se realizarão plenamente, se estiverem envolvidos e amparados pelo afeto.

Da família, o lar é o teto, cuja base é o afeto. Lar sem afeto desmorona. Por isso, na escala da fundamentalidade, no desdobramento dos direitos humanos da família, **o direito ao afeto** está entre os primeiros direitos operacionais da família. Nesses termos, os direitos ao afeto e ao lar se associam entre si e aos demais direitos operacionais da família, pelos quais devem ser assegurados em seus vários aspectos: o físico, o social, o econômico e o psíquico.

Há direitos que garantem a **infra-estrutura física**, como o direito à moradia e ao bem de família. Há direitos que promovem a **estrutura social**, como o direito a contrair casamento ou a permanecer em união estável, o direito à igualdade entre os cônjuges, o direito ao planejamento familiar, o direito ao poder familiar, o direito à obediência filial, o direito à paternidade, à maternidade e à adoção. Há direitos cujos objetos cuidam da **estrutura econômica**, como o condomínio patrimonial, a herança, a sucessão, os alimentos, as pensões. Há direitos referentes à **superestrutura cultural e psíquica**, como o direito à vivência doméstica e à convivência familiar, o direito ao apoio da família, o direito a conhecer o pai ou a mãe, o direito ao parentesco, o direito ao respeito entre os familiares.

Eis aí um elenco – um desdobramento – de direitos humanos familiares. Todos eles se ligam à solidariedade humana e têm por base a dignidade humana. A humanidade se constrói dignamente pela força maior da solidariedade humana, em cuja origem está a solidariedade familiar, incrementada pelo afeto culminando no amor. O amor faz do indivíduo humano um ser humano. Identifica uns com os outros e gera em todos a solidariedade entre todos. A solidariedade é a força motriz dos direitos humanos. É a única força capaz de construir dignamente a humanidade em toda a sociedade humana, a partir de seu núcleo inicial: a família. Nesses termos, o direito à família se liga ao maior dos direitos humanos: **o direito à humanidade**.

Essa macrovisão situa os direitos familiares como **direitos difusos**, que não podem ser negados a nenhum sujeito humano a respeito de nenhum objeto humano, sem nenhuma exclusão desumana. Por isso, é inconstitucional o inciso II do art. 1.641 do novo Código Civil, ao vedar aos maiores de sessenta anos a liberdade de fixar o regime de bens. Por ferir a isonomia, igualmente é inconstitucional o “caput” do artigo 1.790 do mesmo Código, ao limitar a sucessão aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Se a Constituição inclui a união estável entre as formas de entidade familiar que considera igualmente válidas, não é constitucional desigualar o que ela igualou. A frase “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, no § 3º do art. 226 da Constituição, tem sido mal interpretada. “Facilitar” não quer dizer “incentivar”. Apenas significa “não dificultar”. Apenas põe uma cautela, para evitar a obstrução do casamento e assim, em vez de desigualar, mantém a igualdade entre o casamento e a união estável.

Já muitos familiaristas, em especial membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, têm apontado tais inconstitucionalidades. O artigo 226 da Constituição não fixa “*numerus clausus*” para fechar a evolução do direito de família. Pelo que, todas as entidades familiares – mesmo se esquecidas pela lei – podem ser acolhidas pela jurisprudência e pela doutrina. Essa mentalidade aberta aceitou a **união estável** (CF art. 226, § 3º) e a **família monoparental** (CF art. 226, § 4º). O fato de não ter enumerado não significa que vedou outras entidades, como a **família homoafetiva**,

180 que se lastreia no afeto familiar, mesmo sem conjugar homem com mulher, e a **família anaparental**, que se baseia no afeto familiar, mesmo sem contar com pai, nem mãe. De origem grega, o prefixo “ana” traduz idéia de privação. Por exemplo, “anarquia” significa “sem governo”. Esse prefixo me permite criar o termo “anaparental” para designar a família sem pais.

Os direitos humanos desfraldam a bandeira da universalidade, mas não de forma abstrata, porém de forma historicamente condicionada. Por isso, excluir famílias historicamente existentes é negar o direito de família no seu núcleo fundamental: o direito à família, do qual dimanam todos os direitos humanos familiares. Mas, por fim, cabe perguntar: o que são direitos humanos?

O discurso dos direitos humanos tem sido crivado de ideologia e demagogia. Não há sequer a preocupação de dizer o que são “direitos humanos”. Por isso, há que defini-los: são **poderes-deveres** de todos para com cada um e de cada um para com todos, visando a realizar a essência humana em todas as existências humanas, concretizar o ser humano em todos os indivíduos humanos, segundo os padrões de dignidade do momento histórico.

Muitos desses poderes-deveres se exercem no seio da família. A família é o lar dos direitos humanos. Por isso, o direito fundamental à família e os seus direitos operacionais devem ser garantidos sem discriminação alguma, a fim de que o direito de família seja não só o mais humano dos direitos, como também o mais humano dos direitos humanos.