

PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Rafael da Silva Santiago¹

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo a identificação de princípios internacionais do direito de família, sobretudo em virtude da necessidade de se construir um regime jurídico internacional na esfera familiar. Para tanto, serão verificadas as constatações que exigem o desenvolvimento de normas jurídico-familiares de caráter transnacional, perpassando-se pela análise tanto da crise da codificação civil, quanto dos anseios relativos ao fenômeno da globalização e de algumas conseqüências do movimento de constitucionalização do direito civil. Com isso, será possível assimilar os princípios do melhor interesse da criança, da dignidade da pessoa humana, da especial proteção à família, da solidariedade familiar, da mínima intervenção, da igualdade e da liberdade nas relações familiares como sendo instrumentos de aplicação transnacional do direito de família, voltados à pacificação e regulação de relações de caráter internacional que envolvam elementos decorrentes do núcleo familiar.

Palavras-chave: Direito de Família. Princípios internacionais. Relações familiares internacionais.

INTERNATIONAL PRINCIPLES OF FAMILY LAW

Abstract: This paper aims at identifying international principles of family Law, especially because of the need to build an international legal regime in the family sphere. For this

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. *ra.fasantiago@hotmail.com*.

purpose, situations that require the development of transnational legal norms in family Law will be analyzed, through the study of the crisis in civil codification, the consequences of globalization and the constitutionalisation of civil Law. Thus, the best interests of the child, the human dignity, the special family protection, the family solidarity, the minimum intervention, the equality and the freedom in family relations will be assimilated as important principles that guide and regulate transnational relations that involve elements from family sphere.

Keywords: Family Law. International principles. International family relations.



INTRODUÇÃO

Prima facie, vale mencionar que o direito civil teve a sua construção permeada por uma ideologia que destoa daquilo que o cenário político-jurídico atual determina como necessário. Com isso, a partir de sua aplicação na sociedade contemporânea, busca-se que o aludido direito vá do indivíduo à pessoa, da neutralidade para um compromisso maior com a justiça social².

Nesse cenário, a doutrina civil-constitucional admite a força normativa dos princípios, proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um sistema normativo, dotadas de grande importância no estudo das

² DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e Regras: Entre Alexy e Dworkin. In: MORAES, Maria Celina Bodin de [coord.]. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 547-566.

ciências jurídicas³. Mesmo porque uma argumentação principiológica assegura a mobilidade necessária para que o direito civil possa estar mais bem adaptado à realidade social e diretamente conectado às exigências da sociedade à qual se dirige⁴.

Por sua vez, as relações sociais oriundas da vida em sociedade geram diversas situações que necessitam de regulamentação jurídica. Esse fato, da mesma maneira que no direito interno, possui grandes repercussões na esfera do direito internacional⁵, o que demanda a construção de verdadeiras normas jurídicas de caráter transnacional.

No entanto, há que se destacar a dificuldade de o civilista pressupor a existência de um direito transnacional. Isso porque o direito civil tem como costume o pensamento a partir da expressão dos valores do homem comum, ou, para muitos, da comunidade dominante de certa sociedade em determinado espaço social, ou seja, inserido em um direito eminentemente nacional⁶.

Por outro lado, é imprescindível a edificação de princípios internacionais do direito civil, uma vez que a integração econômica e política dos países – amplamente reconhecida em virtude das transformações econômicas e sociais – não pode se concretizar por completo sem a integração jurídica, com realce nos processos de harmonização e unificação do direito⁷.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2012. p. 78.

⁴ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. *Princípios e Regras: Entre Alexy e Dworkin*. *Op. cit.* p. 548.

⁵ GUERRA, Sidney. A responsabilidade internacional do Estado e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In: Revista de Direito Brasileira*. São Paulo. vol. 1. p. 335-362. jul./dez. 2011.

⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 46. Nesse sentido, o autor ressalta que “por dizer respeito visceralmente à vida cotidiana das pessoas, o direito civil é marcado pelos valores e costumes de cada povo [...]” (*Idem*, p. 26).

⁷ *Idem*, p. 47.

A partir da constatação de Ronald Dworkin de que os princípios são normas abertas, que não têm o objetivo de controlar previamente sua própria aplicação⁸, toda a sistemática principiológica pertinente às relações familiares de natureza internacional será desenvolvida por meio da análise do conteúdo de diversos tratados internacionais, que abarca, em certa medida, proposições genéricas, abstratas e indeterminadas passíveis de densificação ao caso concreto – da mesma maneira que os princípios no direito contemporâneo.

Sendo assim, os princípios internacionais do direito de família serão legitimados por intermédio do estudo de preceitos consagrados em uma série de diplomas internacionais, construindo, pois, um conjunto de normas jurídicas capaz de informar e orientar a solução de controvérsias que envolvam relações familiares de caráter internacional.

1. CENÁRIO PARA A CONSTRUÇÃO DE PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A prática do direito sem fundamentação teórica essencial resulta em argumentações e decisões instáveis e hesitantes. A contemporaneidade trouxe a intensificação do movimento das mudanças sociais e econômicas, trazendo consequências diretas para a estabilidade do direito⁹.

A cada momento, novas demandas, novos conflitos e novos sujeitos são originados, comprovando a constante necessidade de mudanças de paradigmas. Desse modo, pode-se observar a existência de uma proliferação legislativa que se altera e se extingue bem antes de uma adequada interpretação de todas as suas dimensões¹⁰, demonstrando a insuficiência da

⁸ CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum. 2011. p. 63.

⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. Op. cit. p. 70.

¹⁰ *Idem, ibidem*.

construção jurídica fundada única e exclusivamente em regras de direito.

Nessa conjuntura de incertezas, mostra-se imprescindível o estudo e a aplicação dos fundamentos do direito, dentre os quais, os princípios. No mundo contemporâneo, essas normas, em razão de sua adaptabilidade, são os instrumentos jurídicos mais adequados para as mutações sociais, colaborando para o progresso da sociedade em sua caminhada pela emancipação humana e para a concretização dos preceitos de justiça¹¹.

A partir dessas premissas, faz-se mister identificar o cenário que torna indispensável a construção de princípios internacionais do direito de família, legitimando, assim, a necessidade de se formular preceitos genéricos que orientam as relações de natureza transnacional desenvolvidas no espaço familiar.

1.1. CRISE DA CODIFICAÇÃO NO DIREITO CIVIL

Um dos motivos relevantes para o desenvolvimento de princípios internacionais do direito de família é encontrado na crise da codificação, que correspondeu, no âmbito do direito privado, ao que foi a constituição política e a declaração de direitos na esfera do direito público¹².

Tendo como fundamento o princípio da completude de antiga tradição romana medieval, a Escola da Exegese levou o mito do monopólio estatal da produção legislativa a consequências absolutas, de maneira que o direito codificado exauria todo o fenômeno jurídico, por intermédio de uma confiança cega na suficiência das leis¹³. Assim, a produção normativa nacional codificada esgotava a regulação do direito

¹¹ *Idem*, p. 70-71.

¹² LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral. Op. cit.* p. 27.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo [coord.]. *Problemas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 01-14.

civil.

No entanto, a codificação civil liberal mergulhou em uma profunda crise com o advento do Estado Social e a consequente incompatibilidade do individualismo burguês com as demandas sociais. Diversas matérias foram retiradas do código civil, cuja função prestante passou a ser reduzida significativamente, uma vez que a codificação não conseguiu reunir os novos direitos privados multidisciplinares¹⁴, dentre os quais, aqueles pertinentes à ordem jurídica internacional.

Um dos argumentos a seu favor era o da segurança jurídica, visto que o código agregava todo o direito. No entanto, as relações privadas não são mais matéria exclusiva da codificação civil¹⁵, em especial por decorrência das grandes mudanças sociais, que resultaram, dentre outros aspectos, no aprofundamento das relações privadas desenvolvidas na esfera internacional.

Cada código civil representa a sistematização de leis nacionais, fruto de preceitos e valores restritos, em regra, a cada país. Por sua vez, o desenvolvimento da sociedade contemporânea fez nascer uma série de relações e conflitos transnacionais, de maneira que o ordenamento jurídico de cada nação requer uma constante expansão, a fim de abranger regras e princípios capazes de regulá-los.

Esse e outros motivos, como a intensificação do processo legislativo e as marcantes transformações econômicas, passaram a destinar ulterior papel ao código civil, que perde de maneira progressiva a sua função de normatização do direito comum. Destarte, matérias inteiras são retiradas do âmbito codificado¹⁶, o que sustenta a identificação de novos movimentos do direito civil, como aquele pertinente ao direito de família aplicável às relações de caráter internacional.

¹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral. Op. cit.* p. 28.

¹⁵ *Idem, ibidem.*

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *Op. cit.* p. 3.

Ressalte-se, também, que o código se relaciona ao estágio de desenvolvimento jurídico de uma sociedade em determinado período, contradizendo a inevitabilidade das mudanças sociais. Sendo assim, um código atual deveria consistir em uma lista de princípios e regras gerais, a partir das quais fosse possível raciocinar juridicamente¹⁷, razão pela qual a identificação de princípios do direito de família incidentes sobre relações travadas em âmbito internacional ganha especial importância.

A esse fenômeno de descodificação do direito civil agrega-se o conjunto de normas supranacionais, integrado por tratados, convenções, pactos internacionais e regulamentos de mercados regionais, que dá origem a uma importante crise de fontes normativas¹⁸.

As demandas sociais, a cada momento, estabelecem a necessidade de se elaborar normas jurídicas de significativa fugacidade e variabilidade, como acontece em diversos setores da sociedade, “[...] a ponto de se apregho a existência de um direito da pós-modernidade”¹⁹. Por isso, a eleição de princípios internacionais do direito de família, verdadeiras normas jurídicas, torna-se tarefa obrigatória.

1.2. IMPORTÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Maria Celina Bodin de Moraes preconiza que, como resultado da dimensão dos ordenamentos da atualidade, cada disciplina jurídica abarca um significativo número de princípios, muito embora todos eles devam concretizar, quando de sua aplicação ao caso concreto, os mesmos valores, isto é, aqueles estabelecidos na Constituição, diploma consolidador da

¹⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. *Op. cit.* p. 29.

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *Op. cit.* p. 5.

¹⁹ *Idem, ibidem.*

unidade ao sistema, em um fenômeno identificado como a constitucionalização dos diferentes setores do ordenamento²⁰.

Outrossim, cumpre destacar a necessidade de se expandir essa constatação, no sentido de remeter os ordenamentos civis nacionais à ordem constitucional global, a partir de um movimento de unificação e integração dos diversos regimes jurídicos de direito privado espalhados pelo mundo, em que o papel de protagonista seja atribuído aos princípios que informam cada microssistema do direito civil, incluindo-se, portanto, o direito de família.

Vale ressaltar que uma das vertentes da pós-modernidade político-constitucional se refere à perda do lugar e da inércia geográfica territorial. Com isso, fenômenos como a transnacionalização e o alargamento dos atores não governamentais resultam em novos desafios à teoria do direito constitucional²¹.

Nesse sentido, o professor José Joaquim Gomes Canotilho afirma que:

[...] *As constituições*, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentradas numa comunidade estadualmente organizada, *devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas [...] e de normas oriundas de outros "centros" transnacionais e infranacionais* (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermédias ("associações internacionais", "programas internacionais").²² (grifo nosso)

Uma interpretação apropriada da ordem constitucional deve perpassar pela consideração de uma rede cooperativa de

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Apresentação. In: MORAES, Maria Celina Bodin de [coord.]. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Op. cit. p. V-XII.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1993. p. 17.

²² *Idem*, p. 18.

normas supranacionais. Até mesmo porque diversas relações jurídicas produzem efeitos que ultrapassam os limites territoriais de um país, exigindo, das Constituições, uma resposta adequada, que pressuponha a existência de regras e princípios internacionais. Em face da constitucionalização do direito civil, o direito de família também assume a qualidade de protagonista nesse processo cooperativo transnacional.

A globalização internacional dos problemas demonstra que, não obstante a Constituição permaneça como um documento de identidade política e cultural e um marco normativo imprescindível para a estruturação interna de um Estado, cada vez mais esse diploma jurídico deve se articular com outros direitos²³, inclusive aqueles cuja incidência ultrapasse a jurisdição territorial de um país.

Sendo assim, a construção de princípios internacionais do direito de família se justifica em face desse processo de caráter transnacional protagonizado pela Constituição, diploma consolidador da unidade do direito civil e marco referencial para a interpretação das normas do regime jurídico-familiar.

1.3. GLOBALIZAÇÃO: ENFRAQUECIMENTO DOS DIREITOS NACIONAIS

É cediça a constatação de que a globalização econômica, desde o final do século XX, tem avançado em detrimento dos direitos nacionais, com a subseqüente redução dos poderes dos Estados, em especial no que diz respeito aos direitos sociais e econômicos. Estados, inclusive, que vêm sendo utilizados como seus aliados, com a condição de que os seus direitos e garantias sejam reduzidos a patamares mínimos²⁴.

No entanto, em face desse cenário de enfraquecimento do direito nacional, cumpre ressaltar o fato de a globalização não

²³ *Idem, ibidem.*

²⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral. Op. cit.* p. 66.

ter recebido sentido único dentre os estudiosos. Sendo assim, esse fenômeno dá margem a diferentes variáveis, “[...] algumas benéficas, nos campos político, cultural, científico, dos direitos humanos, do meio ambiente e da paz mundial [...], levando à relativização das soberanias nacionais e à primazia do direito internacional [...]”²⁵.

O processo de globalização econômica, portanto, é um dos principais propulsores do aumento da internacionalização do direito. Temas que antes se restringiam à competência interna de cada Estado passaram a ser da competência internacional, abrangendo não apenas uma única Organização Internacional, mas diferentes foros de atuação²⁶.

Destarte, o Estado nacional entrou em crise, vez que passou a ser comprimido pela expansão de estruturas e procedimentos jurídicos originados na esfera econômica globalizada, dos quais se evidencia a legislação produzida por organismos multilaterais²⁷. E esse processo não se restringe, apenas, ao campo das relações jurídicas econômicas, mas atinge, também, as relações personalíssimas, compreendendo, assim, o regime jurídico-familiar.

Essa é a concepção de globalização e de integração de diversos direitos nacionais que permeia a edificação de princípios internacionais do direito de família, em especial com o objetivo de se construir um campo de aplicação benéfico às entidades familiares, institutos jurídico-sociais que merecem verdadeira proteção internacional em face do alargamento das relações de família, que passam a incidir sobre nações diferentes.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino preconiza que:

O legislador contemporâneo, instado a compor, de maneira harmônica, o complexo de

²⁵ *Idem*, p. 67.

²⁶ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 38.

²⁷ *Idem*, p. 68.

fontes normativas, formais e informais, nacionais e supranacionais, codificadas e extracodificadas, deve valer-se de prescrições narrativas e analíticas, em que consagra expressamente critérios interpretativos, valores a serem preservados, princípios fundamentais como enquadramentos axiológicos com teor normativo e eficácia imediata, de tal modo que as demais regras do sistema [...] sejam interpretadas e aplicadas [...] segundo conteúdo objetivamente definido.²⁸

Desse modo, a eleição de princípios internacionais do direito de família vai ao encontro dos anseios da legislação contemporânea, em um contexto de pós-globalização, onde sua função principal se confunde com a construção de preceitos supranacionais de desenvolvimento da pessoa humana, centro da proteção normativa transacional que merece a entidade familiar.

2. PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Os especialistas entendem que a harmonização de ordenamentos jurídicos de diversos países pode ser mais bem alcançada por intermédio de iniciativas indutoras, de maneira a ultrapassar as resistências nacionais, envolvendo governos, organizações não governamentais, profissionais e acadêmicos, no desenvolvimento de textos recomendáveis e de princípios gerais²⁹ que levem à aproximação dos mais variados direitos nacionais.

Prima facie, vale destacar que o marco referencial para se definir o que é princípio internacional pode ser encontrado

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *Op. cit.* p. 9.

²⁹ LÓBO, Paulo. Direito civil: parte geral. *Op. cit.* p. 47.

nos ensinamentos de Ronald Dworkin, no sentido de que essa norma jurídica é um padrão que deve ser observado, não pelo fato de promover uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas em virtude de constituir exigência de justiça ou equidade ou outra dimensão de moralidade³⁰.

A legitimação de princípios internacionais no âmbito o direito de família será construída a partir da análise de diversos diplomas que estabelecem normas supranacionais de observância necessária em todas as relações jurídicas internacionais, sobretudo em virtude da ratificação desses documentos por uma série de países espalhados pelo mundo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os demais instrumentos adotados em momento posterior no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU inserem-se no movimento de retomada da busca pela dignidade humana, após os horrores cometidos pelo nazifascismo, estabelecendo um sistema de proteção dos direitos fundamentais intrinsecamente internacional³¹, que preconiza normas, também, na seara do regime jurídico-familiar.

Assim, não obstante a identificação dos aludidos princípios seja justificada a partir da análise de diversos tratados internacionais, o seu entendimento não perpassa pela análise desses diplomas enquanto propulsores de certas situações políticas, sociais ou econômicas, mas, sim, pelo fato de estabelecerem padrões de justiça que devem ser observados tanto pelos Estados quanto pelos indivíduos.

Ademais, a adoção de princípios internacionais do direito de família não implica a construção de preceitos de observância obrigatória em todo e qualquer ordenamento jurídico-familiar, mesmo porque o reconhecimento de

³⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 36.

³¹ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 491.

disposições amplamente consagradas de direito internacional é uma tarefa complicada, que sofre resistências importantes em função de Estados que não aceitam a limitação de seu direito de produzir normas³².

Essa constatação, portanto, já demonstra a adequação de se estabelecer princípios internacionais no regime jurídico-familiar a partir do estudo de tratados. Isso porque essas normas jurídicas se inserem em uma dimensão de peso ou importância, de modo que, caso se inter cruzem, o princípio que vai resolver o conflito deve considerar a força dos demais³³.

Destarte, por intermédio da análise de tratados, a edificação de princípios internacionais do direito de família não tem como consequência a argumentação de que uma fonte de direito é mais importante do que outra. Mesmo porque a metodologia apresentada respeita a peculiaridade das normas de direito internacional, tendo em vista a grande dificuldade de se estabelecer preceitos de aplicação obrigatória nos mais variados países do mundo.

No entanto, algumas normas de direito internacional vêm sendo reconhecidas como invioláveis pelos Estados. Nesse sentido, não há que se falar, por exemplo, na celebração de um tratado que estabeleça a nulidade do princípio da não violação aos direitos humanos³⁴, de maneira que a proteção desses direitos se posiciona como um elemento capaz de informar as mais variadas ordens jurídicas espalhadas pelo mundo.

Cumprir destacar, também, que Robert Alexy preceitua ser o princípio um mandado de otimização, caracterizado pela possibilidade de ser cumprido a partir de diferentes graus. Isso porque a sua observância não depende apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas,

³² VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. Op. cit. p. 103-104.

³³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Op. cit. p. 42.

³⁴ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. Op. cit. p. 104.

as quais são determinadas pelos princípios e regras opostos³⁵.

Desse modo, a construção de princípios internacionais do direito de família é amplamente compatível com o sistema normativo contemporâneo de praticamente todos os países. Isso porque essas normas jurídicas só serão cumpridas quando da existência de possibilidades reais – caracterizadas pela situação fática – e de possibilidades jurídicas – isto é, quando em harmonia com as demais regras e princípios nacionais de cada Estado.

Por outro lado, os princípios também não são dotados de consequências jurídicas de observância automática quando da exposição da situação fática. Pelo contrário estabelecem uma razão que orienta o argumento em uma certa direção, sendo imprescindível, ainda assim, a existência de uma decisão particular³⁶.

Nesse sentido, Ronald Dworkin afirma que, na ordem jurídica, é possível a existência de outros princípios:

[...] que argumentem em outra direção [...].

Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo.³⁷

Com isso, ainda que existam outras fontes de direito que incidam sobre as relações familiares de caráter transnacional, os princípios internacionais do direito de família não podem deixar de ser considerados como tal se outra norma jurídica prevalecer quando da análise dos elementos fáticos.

Além disso, Ronald Dworkin ensina que um princípio particular é considerado princípio de um ordenamento jurídico

³⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 86.

³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. *Op. cit.* p. 40-41.

³⁷ *Idem*, p. 41-42.

nas situações em que, caso seja relevante, sua aplicação é levada em conta pelas autoridades públicas, como se fosse uma orientação que aponta para uma ou para outra direção³⁸.

Nesse sentido, nada melhor do que identificar os princípios internacionais do direito de família a partir da análise dos tratados internacionais, vez que estes representam, na maioria das vezes, normas jurídicas que devem ser consideradas pelas autoridades públicas como uma razão que inclina numa ou noutra direção.

Por sua vez, em virtude de o direito de família ser o mais humano de todos os ramos do direito, qualquer pensamento relativo aos seus preceitos aplicáveis na contemporaneidade deve ser permeado pelas determinações dos direitos humanos³⁹.

Desse modo, a identificação contemporânea do direito de família perpassa pela construção de normas jurídicas de natureza transnacional, as quais os Estados não podem relativizar de maneira absoluta, tendo em vista seu conteúdo reconhecidamente humanista. Essas são as normas qualificadas no trabalho como princípios internacionais do direito de família.

2.1. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Em virtude da valorização da pessoa humana nos mais variados espaços, inclusive no âmbito familiar, faz-se necessário preservar, ao máximo, aqueles que se encontrem em posição de fragilidade. A criança e o adolescente, pois, estão nessa situação por fazerem parte de um processo de amadurecimento e formação da personalidade, sendo dotados de posição privilegiada na família⁴⁰.

³⁸ *Idem*, p. 42.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 22.

⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família*. Disponível em:

O princípio do melhor interesse da criança se sustenta, basicamente, na condição desse sujeito de direitos como pessoa humana e merecedora de proteção especial em virtude de sua especial qualidade de pessoa em desenvolvimento. A partir dessa premissa podem ser encontrados todos os direitos e deveres que decorrem da observância do melhor interesse da criança⁴¹.

Assim, a criança – e o adolescente, de acordo com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – devem ter seus interesses considerados com primazia pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na formulação quanto na aplicação de seus direitos e garantias⁴².

Vale destacar que a dimensão de garantias conferidas às crianças permite concluir que a proteção oferecida é a mais ampla possível, abarcando determinações relativas à saúde, educação, alimentação, lazer, bem-estar físico e emocional. Tudo isso orientado para a promoção de sua dignidade, na condição de pessoa humana em fase de desenvolvimento⁴³.

No entanto, ciente da inexistência de hierarquia entre os

http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em: 29.05.2012.

⁴¹ MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O Princípio do Melhor Interesse da Criança. In: Bodin de [coord.]. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Op. cit. p. 459-494. Nesse sentido, Paulo Lôbo preconiza que: “[...] o princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular [...]. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos.” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 75).

⁴² LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. Op. cit. p. 75.

⁴³ LIMA, Suzana Borges Viegas de. *Guarda Compartilhada: Efetivação dos princípios constitucionais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente*. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/3101/1/2007_SuzanaBorgesViegasdeLima.pdf>. Acesso em: 19.05.2012.

princípios, Miguel Cillero Bruñol⁴⁴, citado por Paulo Lôbo, ensina que, sendo as crianças partes da humanidade e:

[...] seus direitos não se exerçam separada ou contrariamente ao de outras pessoas, o princípio não está formulado em termos absolutos, mas [...] o interesse superior da criança é considerado como uma “consideração primordial”. O princípio é de prioridade e não de exclusão de outros direitos ou interesses.

Na esfera internacional, a Declaração de Genebra de 1924 foi o primeiro documento a estabelecer a necessidade de conferir à criança uma proteção especial. Esse diploma reconheceu e afirmou, pela primeira vez, a existência de direitos às crianças, que se consubstanciam na garantia de que a humanidade deve garantir-lhes o melhor, preconizando a responsabilidade dos adultos perante o desenvolvimento de sua personalidade⁴⁵.

O preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho – OIT de 1946 propugna pela urgência em se melhorar as condições de trabalho no que diz respeito à proteção da criança e dos adolescentes. Em virtude do seu melhor interesse, a aludida Organização está obrigada – por força da Declaração da Filadélfia de 1944, anexo daquele documento internacional – a auxiliar os demais países na execução de programas que tenham como objetivo garantir a proteção da infância⁴⁶.

Na esteira da Declaração de Genebra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XXV,

⁴⁴ BRUÑOL, Miguel Cillero. Infancia, autonomía y derechos. *apud*. LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. *Op. cit.* p. 76.

⁴⁵ DECLARAÇÃO de Genebra. 26 set. 1924. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/childrights.html>>. Acesso em: 20.05.2012.

⁴⁶ CONSTITUIÇÃO da Organização Internacional do Trabalho – OIT. 19 set. 1946 Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 20.05.2012.

§ 2º, determina que a infância tem direito a cuidados e assistências especiais, de maneira que todas as crianças “[...] nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção especial”⁴⁷.

Essa proteção especial, como observado, é decorrência direta do reconhecimento da dignidade da criança, de maneira que o referido diploma veio consolidar, no âmbito internacional, o princípio do seu melhor interesse. Tanto é assim que em 1959 adveio, na ordem jurídica internacional, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que também determina a necessidade de uma proteção especial, em atenção ao interesse superior da criança e do adolescente⁴⁸.

Ainda no que diz respeito às consequências do matrimônio, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 preconiza, em seu artigo 23, § 4º, que em caso de sua dissolução, os Estados devem adotar determinações que garantam a proteção necessária para os filhos⁴⁹, em uma clara alusão ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Mesmo porque, ainda de acordo com o aludido Pacto Internacional:

ARTIGO 24, 1. Toda criança, terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.

Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, também de 1966, obriga os Estados-

⁴⁷ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948. Disponível em: < http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 20.05.2012.

⁴⁸ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos da Criança. 20 nov. 1959. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 28.05.2012.

⁴⁹ PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos. 16 dez. 1966. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em: 28.05.2012.

partes, no artigo 10, § 3º, a adotarem medidas especiais de proteção e de assistência em prol das crianças e dos adolescentes, sem nenhuma discriminação derivada de quaisquer razões⁵⁰.

Em atenção ao princípio do melhor interesse, o referido Pacto, ainda no artigo 10, § 3º, reconhece que as crianças e os adolescentes devem ser protegidos em detrimento da exploração econômica e social. Dessa forma, deve estar sujeito à penalidade da lei o seu emprego em trabalhos que comprometam a sua moral ou a sua saúde, capazes de colocar em perigo a sua vida ou de prejudicar o seu desenvolvimento normal⁵¹.

Tendo em vista o fato de esses sujeitos de direitos merecerem especial proteção, o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais estabelece, ainda, em seu artigo 12, §2º, “a”, a obrigatoriedade de os Estados promoverem medidas com a finalidade de garantir a diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento da criança⁵².

Por fim, cumpre destacar a Convenção Sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral da ONU em 1989 e oficializada como lei internacional em 1990, a qual já prescreve logo de início, em seu preâmbulo, a primazia que deve ser conferida ao desenvolvimento da personalidade da criança, uma vez que ela “[...] necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após o seu nascimento [...]”⁵³.

Da mesma maneira que nos diplomas internacionais

⁵⁰ PACTO Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. 16 dez. 1966. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm>>. Acesso em: 28.05.2012.

⁵¹ *Idem, ibidem.*

⁵² *Idem, ibidem.*

⁵³ CONVENÇÃO Sobre os Direitos da Criança. 20 nov. 1989. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 28.05.2012.

anteriormente analisados, a Convenção preceitua, em seu artigo 2º, § 2º, que os Estados deverão adotar os mecanismos necessários à garantia da proteção da criança contra qualquer forma de discriminação ou castigo “[...] por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares”⁵⁴.

Além disso, o mais importante na Convenção Sobre os Direitos da Criança foi a consignação expressa do princípio do melhor interesse da criança, no artigo 3º, § 1º⁵⁵. Isso significa que as suas disposições – mais do que necessárias – são obrigatórias em face da especial proteção internacional que merecem as crianças e os adolescentes, o que legitima o aludido princípio como sendo um princípio internacional do direito de família.

2.2. DIGNIDADE HUMANA

A dignidade da pessoa humana é o centro existencial essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como componentes iguais do gênero humano, o que impõe um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. Desse modo, viola o princípio da dignidade da pessoa humana a conduta que a equipare a uma coisa disponível⁵⁶.

A família se insere nessa conjuntura como o espaço comunitário por excelência para o desenvolvimento e a realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas. Nesse sentido, a entidade familiar se converteu no ambiente de realização existencial de cada um de

⁵⁴ *Idem, ibidem.*

⁵⁵ “Art.3, 1 – Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, *o melhor interesse da criança [...]*” (*Idem, ibidem*, grifo nosso).

⁵⁶ LÓBO, Paulo. *Direito civil: famílias. Op. cit.* p. 60.

seus integrantes e de afirmação de suas dignidades⁵⁷.

Dessa forma, Maria Celina Bodin de Moraes ensina que:

Nesse ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que *terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos [...], os não-proprietários [...], os membros da família [...], dentre outros.*⁵⁸
(grifo nosso)

A partir dessa premissa, a Declaração de Filadélfia, no âmbito da OIT, preceitua (artigo II, “a”) que todos os seres humanos, de qualquer raça, sexo ou crença, têm o direito ao desenvolvimento espiritual dentro da sua dignidade⁵⁹, a qual é amplamente reconhecida pelo preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos como sendo inerente a todos os membros da família humana⁶⁰.

Até mesmo como decorrência da dignidade da pessoa humana, a referida Declaração Universal preconiza, no artigo VI, que “[...] todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”. Sendo assim, nos termos de seu artigo XXII:

[...] todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito [...] à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo

⁵⁷ *Idem*, p. 61-62.

⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de [coord.]. *Princípios do direito civil contemporâneo*. *Op. cit.* p. 15.

⁵⁹ DECLARAÇÃO de Filadélfia. 10 mai. 1944. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 30.05.2012.

⁶⁰ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. *Op. cit.*

com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.⁶¹

Como consequência da dignidade inerente à pessoa humana, também indicada pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 16), toda pessoa, em qualquer lugar, terá direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica⁶², o que demonstra a necessária incidência do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares de caráter transacional.

Nesse sentido, os direitos do homem são corolários diretos da dignidade da personalidade humana. Isso significa que a obrigação, para os Estados, de assegurar sua observância decorre do próprio reconhecimento dessa dignidade, proclamada, como já analisado, pela Carta das Nações Unidas e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶³.

Essa obrigação internacional, inclusive, é revestida de caráter *erga omnes*:

[...] como tal, incumbe a todos e a cada um dos estados, perante o conjunto da sociedade internacional, como um todo; ao mesmo tempo, todos os estados têm interesse jurídico na proteção dos direitos do homem. Essa obrigação implica, ademais, o dever de solidariedade entre todos os estados, visando assegurar, o mais rapidamente possível, a proteção, universal e eficaz, dos direitos do homem.⁶⁴

Por isso, os princípios internacionais do direito de família

⁶¹ *Idem, ibidem.*

⁶² PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos. *Op. cit.*

⁶³ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público. Op. cit.* p. 51.

⁶⁴ *Idem*, p. 51-52.

derivam do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Por sua vez, em face da obrigação internacional de respeito aos direitos do homem, pode-se afirmar a existência de uma obrigação internacional de respeito a esses princípios, pois todos os Estados têm interesse jurídico na proteção dos sujeitos de direitos que integram uma família, o que, por si só, legitima a construção de princípios internacionais aplicáveis às relações familiares.

2.3. SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade, como elemento ético e moral, que se projetou no mundo jurídico representa uma ligação de sentimento racionalmente limitada que estabelece uma oferta de ajuda, fundamentando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de maneira a preservar a diferença entre os parceiros na solidariedade⁶⁵.

É possível identificar, portanto, com base no princípio da solidariedade, a responsabilidade não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros, pela existência social de seus outros integrantes, visto que o desenvolvimento da personalidade necessita da consecução dos deveres sociais⁶⁶.

Assim, a solidariedade familiar é um princípio traduzido no dever imposto à sociedade, ao Estado e à própria família – como entidade e na pessoa de cada um de seus integrantes – de proteção ao núcleo familiar, à criança, ao adolescente e às pessoas idosas⁶⁷.

Com isso, ela deve ser entendida, no ambiente familiar:

[...] como solidariedade recíproca dos

⁶⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. Op. cit. p. 62.

⁶⁶ *Idem*, p. 63.

⁶⁷ *Idem, ibidem*.

cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social. *A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados [...]*.⁶⁸ (grifo nosso)

O princípio da solidariedade familiar tem suas aplicações amplamente estabelecidas em diversos diplomas internacionais. A Convenção 156 da OIT, que versa a respeito da igualdade de oportunidade e de tratamento para trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares, propugna, em seu artigo 5º, “b”, pela necessidade de se promover condutas que consubstanciem a assistência à família⁶⁹.

Numa clara alusão ao referido princípio, o artigo 8º desta Convenção preceitua que “[...] as responsabilidades familiares não devem constituir, como tais, motivos válidos para o término de uma relação de trabalho [...]”⁷⁰, o que significa que os encargos familiares devem ser suportados pelo empregador, uma vez que este, como integrante da sociedade, também tem o dever de proteção à entidade familiar.

Ademais, todas essas constatações guardam sintonia com os tratados internacionais já mencionados. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos preconiza, logo em seu artigo I, que todos os seres humanos devem agir uns com os outros com espírito de fraternidade⁷¹.

⁶⁸ *Idem*, p. 64.

⁶⁹ CONVENÇÃO 156 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Disponível em:

<http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/convencao_156_228.pdf>. Acesso em: 29.05.2012.

⁷⁰ *Idem, ibidem*.

⁷¹ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. *Op. cit.*

Como decorrência da responsabilidade que tem o Estado e a sociedade pela existência social de cada um dos membros da família, a aludida Declaração, no artigo XXV, §1º, afirma a existência do direito de todo o ser humano a um padrão de vida capaz de garantir a si próprio e à sua família as necessidades existenciais básicas⁷².

Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos não deixa dúvidas, em seu preâmbulo, acerca da existência de deveres titularizados pelos indivíduos para com a sociedade⁷³, o que demonstra a ampla aceitação do princípio da solidariedade no âmbito das relações internacionais.

Aceitação que também pode ser fundamentada a partir dos artigos 7º e 11, §1º do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, que estabelecem a necessidade de se conferir ao indivíduo condições para promover a subsistência de sua família⁷⁴.

Isso comprova, portanto, que todos os indivíduos, bem como os Estados, são responsáveis pela existência social do núcleo familiar, mesmo porque o princípio da solidariedade familiar é um princípio internacional no âmbito do direito de família.

2.4. MÍNIMA INTERVENÇÃO

O direito de família contemporâneo se apresenta como reflexo de uma relação jurídica privada, submetida ao exercício da autonomia privada dos indivíduos. Nesse contexto, qualquer intervenção estatal somente será admitida caso tenha como fundamento a proteção dos sujeitos de direitos, especialmente

⁷² *Idem, ibidem*. Essa afirmação também é promovida pelo Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, em seu artigo 11, § 1º.

⁷³ PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos. *Op. cit.*

⁷⁴ PACTO Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. *Op. cit.*

daqueles vulneráveis⁷⁵.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a atuação do Estado nas relações estabelecidas no âmbito familiar somente será legítima e justificável para assegurar garantias mínimas do indivíduo⁷⁶. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald bem resumem o movimento de intervenção mínima do Estado nas relações familiares:

[...] significa que os componentes dos núcleos familiares podem tocar, livremente, os seus projetos de vida familiar, sendo ilegítima a intervenção do Poder Estatal quando a relação familiar é travada entre pessoas livres e iguais. Somente se justificando o intervencionismo do Poder Público para garantir o exercício de liberdades.⁷⁷

Cumprido destacar que esse princípio de mínima intervenção do Estado nas relações familiares encontra amparo nos documentos e tratados internacionais. De início, mencione-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo XXII, preceitua, claramente, que ninguém será sujeito a interferências em sua família, de modo que todo o ser humano tem o direito à proteção da lei contra interferências além do mínimo necessário⁷⁸.

Nesse sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 17, determina, expressamente, que ninguém poderá ser alvo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua família, tendo a pessoa, da mesma forma, o direito da proteção da lei contra intervenções indevidas no seio familiar⁷⁹.

A partir dessas premissas, a Convenção Sobre os Direitos

⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. *Op. cit.* p. 157.

⁷⁶ *Idem, ibidem.*

⁷⁷ *Idem, ibidem.*

⁷⁸ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. *Op. cit.*

⁷⁹ PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos. *Op. cit.*

da Criança preconiza, no artigo 16, §1º, que nenhuma criança deve sofrer interferências arbitrárias ou ilegais em sua família⁸⁰. Isso demonstra que, também no plano internacional, os Estados apenas devem interferir nas entidades familiares para garantir a promoção dos direitos e garantias de seus componentes, assegurando a sua dignidade⁸¹.

2.5. ESPECIAL PROTEÇÃO À FAMÍLIA

A proteção do Estado à família é, atualmente, um princípio universalmente aceito e adotado nas Constituições da maioria dos países espalhados pelo mundo, independentemente do sistema político ou ideológico sob o qual se fundamentam. A família atual passou a ter a proteção do Estado, a qual representa um verdadeiro direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade⁸².

A entidade familiar contemporânea deve ser compreendida a partir da necessidade de se garantir proteção a todo e qualquer modelo de vivência afetiva composta por traços de solidariedade. Isso significa que a proteção a ser conferida à família tem como destinatários os próprios cidadãos, pessoas humanas que merecem tutela especial, capaz de assegurar sua dignidade e igualdade⁸³.

Pode-se observar, portanto, que a proteção ao núcleo familiar tem como premissa a tutela do próprio sujeito de direitos⁸⁴. A partir da valorização da dignidade da pessoa

⁸⁰ CONVENÇÃO Sobre os Direitos da Criança. *Op. cit.*

⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias. Op. cit.* p. 158. A construção realizada pelos autores se refere, apenas, ao campo do direito nacional. Entretanto, ela pode ser muito bem expandida para a esfera internacional, tendo em vista todas as constatações desenvolvidas pelo trabalho.

⁸² LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias. Op. cit.* p. 17.

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias. Op. cit.* p. 47.

⁸⁴ *Idem, ibidem.*

humana, a milenar proteção da família como instituição e unidade de reprodução de valores culturais éticos e religiosos é substituída pela tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus integrantes⁸⁵.

Sendo assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo XVI, §3º, preceitua que a família “[...] é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”⁸⁶. No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 23, §1º) estabelece que a entidade familiar é o elemento natural e fundamental da sociedade, tendo o direito de ser devidamente protegida pela sociedade e pelo Estado⁸⁷.

De maneira muito semelhante, o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais também ratifica, em seu artigo 10, §1º, a especial proteção à família como um princípio internacional, uma vez que considera o núcleo familiar merecedor da mais ampla proteção e assistência possível, especialmente em face de sua formação e de sua responsabilidade de criar e educar os filhos⁸⁸.

Por sua vez, para configurar com clareza a especial proteção à família como princípio internacional do regime jurídico-familiar basta analisar o texto do preâmbulo da Convenção Sobre os Direitos da Criança⁸⁹, o qual reconhece que:

[...] a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir

⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro: direito de família. *Op. cit.* p. 22.

⁸⁶ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. *Op. cit.*

⁸⁷ PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos. *Op. cit.*

⁸⁸ PACTO Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. *Op. cit.*

⁸⁹ CONVENÇÃO Sobre os Direitos da Criança. *Op. cit.*

plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade.

2.6. IGUALDADE

Prima facie, faz-se mister destacar a igualdade substancial existente entre homem e mulher no âmbito familiar, afastando-se, assim, qualquer forma de discriminação oriunda do estado sexual. Com isso, é proibido o tratamento diferenciado entre pessoas que estão na mesma situação, havendo, no entanto, essa possibilidade quando da configuração de um motivo justificador⁹⁰.

Em resumo, nas relações familiares, a igualdade determinará “[...] o mesmo tratamento jurídico entre o homem e a mulher quando a situação fática for a mesma. Porém, estando em situação fática desigual, será imperativo um tratamento diferenciado, exatamente para respeitar essa desigualdade”⁹¹.

Destarte, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, logo em seu preâmbulo, afirma a existência da igualdade de direitos entre homens e mulheres. Afinal de contas, nos termos do artigo I desse documento internacional, todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos⁹².

A referida Declaração Universal (artigo VII) estabelece, ainda, que todos os seres humanos são iguais perante a lei, sendo titulares do direito, sem qualquer tipo de distinção, à igual proteção legal contra qualquer discriminação que viole o conteúdo do diploma internacional⁹³, bem como – a partir de uma extensão desse raciocínio – os ditames dos princípios internacionais do direito de família.

⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. *Op. cit.* p. 118.

⁹¹ *Idem*, p. 119.

⁹² DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. *Op. cit.*

⁹³ *Idem, ibidem*.

Especificamente quanto às relações familiares, a Declaração Universal dos Direitos Humanos preconiza, no artigo XVI, §1º, que homens e mulheres gozam dos mesmos direitos em relação ao casamento, à sua duração e à sua dissolução⁹⁴. Do mesmo modo, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos assegura a esses sujeitos de direitos igualdade no exercício de todos os direitos civis (artigo 3º)⁹⁵, incluindo-se, portanto, aqueles pertinentes ao regime jurídico-familiar.

Ademais, o aludido Pacto impõe, em seu artigo 23, §4º, que todos os Estados deverão adotar os mecanismos adequados para “[...] assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução”⁹⁶, demonstrando, assim, que o patriarcalismo não se coaduna com a época atual, em que os avanços tecnológicos e sociais estão diretamente relacionados às funções da mulher na família⁹⁷.

Por sua vez, a igualdade substancial nas relações familiares também pode impedir distinções entre filhos que tenham como fundamento a natureza do vínculo que une os genitores, bem como discriminações assentadas na sua origem biológica ou não, sendo impossível conferir tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua procedência⁹⁸.

Ao analisar a aplicação dessa vertente do princípio da igualdade no ordenamento jurídico brasileiro, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ensinam que:

A partir dessas ideias, vale afirmar que todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e

⁹⁴ *Idem, ibidem.*

⁹⁵ PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos. *Op. cit.*

⁹⁶ *Idem, ibidem.*

⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: direito de família. Op. cit.* p. 23.

⁹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias. Op. cit.* p. 133.

proteção, seja em nível patrimonial, seja mesmo na esfera pessoa. Com isso, todos os dispositivos legais que, de algum modo, direta ou indiretamente, determine tratamento discriminatório entre os filhos terão de ser repelidos do sistema jurídico.⁹⁹

Além de todos os preceitos que consubstanciam a igualdade entre os seres humanos de maneira genérica – os quais, por si só, já demonstram a necessidade de tratamento substancialmente igualitário para os filhos de uma entidade familiar – cumpre destacar o artigo XXV, §2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo em vista estabelecer que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do casamento, gozarão da mesma proteção especial¹⁰⁰.

2.7. LIBERDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O princípio da liberdade nas relações familiares refere-se ao respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem limitação externa de parentes, da sociedade ou do próprio Estado. Essa liberdade alcança as demais vertentes oriundas da constituição da família, como a livre administração do patrimônio familiar, o livre planejamento familiar, a livre formação dos filhos, etc¹⁰¹.

Essa liberdade, portanto, não diz respeito apenas à criação, manutenção ou extinção do núcleo familiar, mas, também, à sua permanente constituição e recomposição. Vale destacar que a família se desligou de suas funções tradicionais, não sendo adequado ao Estado impor deveres que restrinjam profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas nos casos em que não repercutam no interesse geral¹⁰².

⁹⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁰ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. *Op. cit.*

¹⁰¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias. Op. cit.* p. 69.

¹⁰² *Idem*, p. 70.

A família da pós-modernidade deve ser entendida como um sistema democrático, substituindo-se a feição centralizadora e patriarcal por um espaço propício ao diálogo entre os seus membros¹⁰³, que privilegie o exercício das liberdades decorrentes da elevação da dignidade da pessoa humana.

Vale lembrar que um dos alicerces fundamentais do Estado Democrático de Direito relaciona-se à proteção e à garantia da própria liberdade individual. Com isso, a cada sujeito de direitos deve ser assegurada a possibilidade de se autodeterminar, efetivando suas escolhas existenciais primárias e concretizando seus próprios projetos de vida, desde que isso não tenha como consequência a violação de direitos de terceiro¹⁰⁴.

Ressalte-se que a atuação do Estado não se restringe a assegurar que o indivíduo exerça seu direito de escolha dentre as diversas opções possíveis. É importante a garantia das devidas condições objetivas para que essas escolhas possam ser efetivadas. Isso significa que os sujeitos de direitos devem ter a possibilidade de desenvolver a sua personalidade, devendo as instituições políticas e jurídicas promover tal desenvolvimento, não se prestando como obstáculo para tanto¹⁰⁵.

No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo XVI, §1º, deixa clara a existência da liberdade nas relações familiares, uma vez que: “[...] homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça,

¹⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. Op. cit. p. 43.

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia [coords.]. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008. p. 646.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: < <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf> >. Acesso em: 30.05.2012. p. 18.

nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família [...]”¹⁰⁶. Mesmo porque o casamento que não seja resultado do livre e pleno consentimento dos nubentes não será válido (Artigo XVI, §2º)¹⁰⁷, tendo em vista violar frontalmente o princípio internacional da liberdade nas relações familiares.

Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 23, §2º, também ratifica a liberdade nas relações familiares, pois reconhece o direito do homem e da mulher de contrair casamento e constituir família¹⁰⁸, bem como a necessidade de o matrimônio ser celebrado apenas a partir do consentimento livre e pleno dos futuros esposos (artigo 23, §3º)¹⁰⁹. Mencione-se que Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais também abarca orientações nesse sentido¹¹⁰.

Ademais, vale destacar, também, a garantia, preconizada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXVI, §3º, de que os pais têm direito à escolha do gênero de instrução que será conferido aos seus filhos¹¹¹. Sendo assim, resta demonstrado que a liberdade nas relações familiares constitui um verdadeiro princípio internacional do direito de família.

CONCLUSÃO

No mundo contemporâneo, os princípios, em razão de sua adaptabilidade, são os instrumentos jurídicos mais adequados para as mutações sociais, colaborando para o

¹⁰⁶ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. *Op. cit.*

¹⁰⁷ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁸ PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos. *Op. cit.*

¹⁰⁹ *Idem, ibidem.*

¹¹⁰ PACTO Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. *Op. cit.* “Artigo 10. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que: 1.[...] O casamento deve ser livremente consentido pelos futuros esposos”.

¹¹¹ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. *Op. cit.*

progresso da sociedade em sua caminhada pela emancipação humana e para a concretização dos preceitos de justiça.

Ciente das dificuldades para a unificação do direito privado dos mais variados países do mundo, o trabalho propõe, em verdade, uma verdadeira harmonização dessas ordens jurídicas, movimento mais indicado aos processos de integração que se relacionam à convivência de diversos direitos nacionais¹¹². Isso porque “[...] não faz sentido que os conflitos humanos comuns e as relações entre as pessoas, campo temático do direito civil, sejam tratados de modo substancialmente contraditório.”¹¹³

Sendo assim, procurou-se estabelecer princípios e normas gerais consensualmente adotados e que convivem, pois, com a legislação própria de cada país¹¹⁴. Esse consenso é fundamentado a partir da análise de uma série de diplomas internacionais, como a Declaração de Genebra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, dentre outros.

A identificação de princípios internacionais no direito civil é o primeiro passo no longo processo de integração dos sistemas normativos. No entanto, em atenção à divergência de tradições culturais e jurídicas, cumpre destacar a impossibilidade de se construir preceitos de observância obrigatória em todo e qualquer ordenamento jurídico-familiar. Pelo contrário, os princípios internacionais do direito de família se prestam para orientar o argumento em uma certa direção, necessitando, ainda assim, de uma decisão particular para serem aplicados.

Nesse sentido, nada melhor do que identificá-los a partir da análise dos tratados internacionais, vez que estes consubstanciam fontes do direito que devem ser consideradas

¹¹² LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral. Op. cit.* p. 45.

¹¹³ *Idem*, p. 46.

¹¹⁴ *Idem*, p. 45.

pelas autoridades públicas como uma razão que inclina numa ou noutra direção.

Sabe-se que a codificação civil mergulhou em uma profunda crise, de modo que uma série de matérias foi retirada do código civil, cuja função prestante passou a ser reduzida significativamente, pois a codificação não conseguiu reunir os novos direitos privados multidisciplinares, dentre os quais, aqueles pertinentes à ordem jurídica internacional.

Ademais, uma interpretação apropriada da ordem constitucional deve perpassar pela consideração de uma rede cooperativa de normas supranacionais. Até mesmo porque diversas relações jurídicas produzem efeitos que ultrapassam os limites territoriais de um país, exigindo, das Constituições, uma resposta adequada, que pressuponha a existência de regras e princípios internacionais. Em face da constitucionalização do direito civil, o direito de família também assume a qualidade de protagonista nesse processo cooperativo transnacional.

Desse modo, a eleição de princípios internacionais do direito de família vai ao encontro dos anseios da legislação contemporânea, em um contexto de pós-globalização, onde sua função principal se confunde com a construção de preceitos supranacionais de desenvolvimento da personalidade humana, centro da proteção normativa transnacional que merece a entidade familiar.

Assim, não obstante a identificação dos aludidos princípios seja justificada a partir da análise de diversos tratados internacionais, o seu entendimento não perpassa pela análise desses diplomas enquanto propulsores de certas situações políticas, sociais ou econômicas, mas, sim, pelo fato de estabelecerem padrões de justiça que devem ser observados tanto pelos Estados quanto pelos indivíduos.

Com isso, a partir da análise dos aludidos diplomas internacionais, pôde-se perceber que o melhor interesse da criança, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade

familiar, a mínima intervenção, a especial proteção à família, a igualdade e a liberdade nas relações familiares são importantes preceitos voltados à orientação das relações familiares de caráter transnacional, constituindo, assim, verdadeiros princípios internacionais do direito de família.



REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>>. Acesso em: 30.05.2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1993.
- CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum. 2011.
- CONSTITUIÇÃO da Organização Internacional do Trabalho – OIT. 19 set. 1946 Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 20.05.2012.
- CONVENÇÃO Sobre os Direitos da Criança. 20 nov. 1989.

- Disponível em: <
http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>.
Acesso em: 28.05.2012.
- CONVENÇÃO 156 da Organização Internacional do Trabalho
– OIT. Disponível em:
<http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/convencao_156_228.pdf>. Acesso em:
29.05.2012.
- DECLARAÇÃO de Filadélfia. 10 mai. 1944. Disponível em: <
http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em:
30.05.2012.
- DECLARAÇÃO de Genebra. 26 set. 1924. Disponível em: <
<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/childrights.html>>
. Acesso em: 20.05.2012.
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos da Criança. 20 nov.
1959. Disponível em: <
http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>.
Acesso em: 28.05.2012.
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. 10 dez.
1948. Disponível em: <
[http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoIntern
et.pdf](http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoIntern
et.pdf)>. Acesso em: 20.05.2012.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo:
Martins Fontes. 2002.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso
de direito civil: direito das famílias*. 4. ed. Salvador:
Editora JusPODIVM. 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro:
direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.
- GUERRA, Sidney. A responsabilidade internacional do Estado
e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In:
Revista de Direito Brasileira*. São Paulo. vol. 1. p. 335-
362. jul./dez. 2011.

- LIMA, Suzana Borges Viegas de. *Guarda Compartilhada: Efetivação dos princípios constitucionais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente*. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/3101/1/2007_SuzanaBorgesViegasdeLima.pdf>. Acesso em: 19.05.2012.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
- _____. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.
- MORAES, Maria Celina Bodin de [coord.]. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- PACTO Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. 16 dez. 1966. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em: 28.05.2012.
- PACTO Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. 16 dez. 1966. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm>>. Acesso em: 28.05.2012.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família*. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em: 29.05.2012.
- SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia [coords.]. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008.
- TEPEDINO, Gustavo [coord.]. *Problemas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 3.

ed. São Paulo: Saraiva. 2011.