

**A LIBERDADE NO PLANEJAMENTO FAMILIAR E O PROCEDIMENTALISMO  
EXCESSIVO QUE IMPEDE SEU RECONHECIMENTO JURÍDICO  
THE FREEDOM IN THE FAMILY PLANNING AND PROCEDURALISM IN  
EXCESS PREVENTS YOUR LEGAL RECOGNITION**

Gerson Faustino Rosa<sup>1</sup>

Lucidalva Maiostre<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como intuito a análise crítica e a exploração de um grande problema jurídico-filosófico da atualidade, que é a desatualização cultural na regulamentação da instituição familiar, deixando de reconhecer, em decorrência disso, direitos inerentes às pessoas humanas que compõem famílias diversas daquelas estipuladas na Constituição Federal. Para tanto, em primeiro plano, este estudo trata da evolução dos Direitos e da Instituição Familiar, demonstrando o processo evolutivo do Estado Liberal até o atual Estado Constitucional Democrático, criticando o intervencionismo estatal em questões familiares. Posteriormente, destacou-se a necessidade de se respeitar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como cláusula geral dos direitos da personalidade, bem como, o direito individual à liberdade, especialmente em seu aspecto relacionado à constituição familiar. Adiante, apresentou-se uma definição de família, enfatizando a diversidade na sua formação em face do princípio constitucional do livre planejamento familiar. Por fim, perpassa-se pelas restrições constitucionais ao livre planejamento, enfatizando o dever dos membros da entidade familiar de exercer a parentalidade responsável, bem como, assegurar que todos tenham uma vida digna, permitindo-se-lhes desenvolver livremente sua personalidade.

**Palavras-chave:** Dignidade da Pessoa Humana, Direitos da Personalidade, Liberdade, Livre Planejamento Familiar, Parentalidade Responsável.

**ABSTRACT:** The present work aims to critical analysis and exploration of a large legal-philosophical problem today, which is the outdated cultural institution in the regulation of family, neglecting to acknowledge, as a result, human rights inherent in people that make families different from those stipulated in Federal Constitution. Therefore, in the foreground, this study deals with the evolution of the Rights and the Family Institution, demonstrating the evolutionary process of the liberal state to the current democratic constitutional state we live in, criticizing the state intervention in family matters. Later, they emphasized the need to respect the principle of Human Dignity as general clause of personal rights, as well as the individual's right to freedom, especially in its aspect related to the family constitution. Forward, presented a brief definition of family, emphasizing the diversity in their training in the face of the constitutional principle of free family planning. Finally, one goes by the

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Penal na UNIESP de Presidente Prudente - SP, Investigador de Polícia no Estado do Paraná, pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho – RJ e pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá – PR, mestrando em Ciências Jurídicas no Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR).

<sup>2</sup> Advogada e Economista. Especialista em Economia Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina; Pós-Graduada em Direito do Estado Pela Universidade Anhanguera (UNIDERP) e Mestranda em Ciências Jurídicas no Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Professora Orientadora junto ao Escritório Modelo de Assuntos Jurídicos das Faculdades Integradas do Vale do Ivaí.

constitutional limits on the free plan, emphasizing the duty of members of the family entity to exercise responsible parenthood and ensure that everyone has a dignified life, allowing them to freely develop their personality.

**Keywords:** Human Dignity, Personality Rights, Freedom, Free Family Planning, Responsible Parenting.

## INTRODUÇÃO

A instituição familiar é de suma importância para o Direito e para a sociedade, especialmente em relação aos filhos menores - que de tão valiosa e essencial -, é digna da utilização das mais eficazes “ferramentas” jurídicas para sua tutela. Nesse contexto, o legislador constituinte estabeleceu que a família, é a base da sociedade, e por isso, terá especial proteção do Estado.

No entanto, somente a família que resulta do matrimônio heterossexual e monogâmico, encontrada em todas as civilizações do mundo, tem sido concebida como “a base de toda a sociedade”. Assim, a instituição natural da família dá lugar, simplesmente, às formas de organização que variam em conformidade com os tempos e lugares.

Contudo, da família patriarcal à família nuclear, encontra-se sempre a mesma realidade fundamental, e é nessa realidade concreta que o homem, a mulher, e todos os seus demais integrantes amparam-se reciprocamente, edificam-se mutuamente, amam-se e transmitem a vida.

Nesse contexto, em decorrência dos crescimentos populacional, econômico e social, percebeu-se a necessidade de se conceber como famílias, novas modalidades diversas daquelas concepções tradicionais, pois há exemplos em que: resta aos avós o dever de criar os netos em razão da morte dos pais; ou que um dos pais sofre com a ausência do outro e assume o duplo papel na criação da prole; ou ainda, onde as famílias se unem em decorrência de aspectos econômicos para melhor sobreviverem; ou mesmo, quando a composição familiar resulta de forma diversa da tradicional entidade heteroafetiva, dentre outras.

Em tais hipóteses, ao não reconhecer o clã fraterno como família, estaria o Estado multiplicando o sofrimento dos integrantes da instituição, que já estão unidos de forma diversa das tradicionais em razão, muitas vezes, de uma circunstância atípica, a fim de suprir alguma necessidade econômica, afetiva ou material, sendo portanto, duplamente vitimizados.

Lembre-se, todavia, que o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, assegura o livre planejamento familiar, e impõe ao Estado o ônus de, além de respeitar a constituição da

família, propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedando qualquer forma coercitiva por parte das instituições oficiais ou privadas.

Diante disso, apresentar-se-á a necessidade de se atender os direitos da personalidade, à dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade de constituição familiar na limitação do reconhecimento das diversas constituições familiares, propondo-se, para tanto, uma reflexão objetiva sobre uma das principais discussões doutrinárias da atualidade. Desenvolvendo-se, para isso, pesquisas pelo método dedutivo, através de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografias, literaturas e documentos. Utilizando-se assim, doutrinas, livros e periódicos.

## 1 DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS E DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR

Tendo em vista a histórica e ainda constante evolução do *jus familiae*, imprescindível tratar, inicialmente, da relação existente entre Estado Constitucional de Direito e Estado Legal de Direito, relação esta de complementaridade, visto que o primeiro, nada mais é do que o aperfeiçoamento do segundo, destacando-se naquele, o papel da Constituição e da jurisdição constitucional<sup>3</sup>.

Melhor esclarecendo essa evolução, pode-se falar em três fases, etapas, gerações ou dimensões de Estado de Direito, às quais correspondem igualmente três fases de direitos fundamentais<sup>4</sup>. Assim, no Estado liberal de Direito, são principalmente garantidas as liberdades individuais (direitos fundamentais de primeira dimensão), alcançados com o intuito de libertar os indivíduos do absolutismo estatal<sup>5</sup>. Nesse passo, exige-se do ente dominante uma prestação negativa, uma abstenção estatal em respeito ao surgimento dos direitos civis e políticos dos cidadãos.

O anseio pela liberdade face ao intervencionismo do “Estado” monarca restou demonstrado já em 1215, quando da conquista da Magna Carta, pelos ingleses junto ao Rei

---

<sup>3</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel. *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*. Madrid: AlianzaUniversidad, 1995, p. 3029.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 4-10.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564, leciona que os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o estado. São, por igual, direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõem a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.

João Sem Terra, momento em que desejavam que lhes fosse permitido construir livremente suas vidas, legalizando e limitando o totalitarismo do *Leviatã*<sup>6</sup>.

Já em, em 1789, com a Revolução Francesa e a consequente criação do Estado moderno, alimenta-se, com as ideias iluministas, os ideais de liberdade, cunhados inicialmente nos aspectos econômicos - consagrados na expressão *laissez-faire, laissez-passer* - irradiam seus efeitos para outras dimensões da vida humana<sup>7</sup>, especialmente a familiar, quando se passa a renunciar o absolutismo romano em favor da liberdade, da defesa do livre planejamento familiar, da redução do *pátrio poder* em prol do *pátrio dever*, da libertação da mulher em face do poder marital, da igualdade de direitos entre o marido e a mulher, da independência patrimonial, “desfechando-se claramente na dissolução do grupo parental em favor da autonomia individual<sup>8</sup>”.

Nota-se, nesse contexto, uma política deliberadamente dirigida contra a família, motivo pelo qual, as tendências liberais, em última análise, levam ao individualismo excessivo<sup>9</sup> e à supressão da família, à negação de valor a esta *constante social*, que é o agrupamento doméstico, em benefício da superestimação do indivíduo<sup>10</sup>.

Após a construção liberal, novas necessidades brotaram no seio social, dando ensejo à busca por uma igualdade, não à meramente formal, mas a substancial, capaz de mitigar as discrepâncias resultantes do liberalismo, nascendo então a concepção de Estado social de Direitos, onde objetiva-se resguardar, também, os direitos sociais, culturais e econômicos, uma vez que a desigualdade social que resultou do movimento libertador passou a desconfortar a harmonia e a paz social<sup>11</sup>, e o homem seria tido como “lobo” dos seus pares,

---

<sup>6</sup> Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974; LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. XVIII.

<sup>7</sup> Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato social* (Título original: *Le Contrat Social* revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

<sup>8</sup> LACERDA, Romão Côrtes de. In: HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. VIII, p. 299.

<sup>9</sup> ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 2006, p. 23, ao lecionar que, nesse período, “relativamente ao espaço social, nota-se uma alteração nas estruturas paradigmáticas tradicionais, como família, sociedade civil e nação, substituídas por despersonalização, desestatização, desconstituição e mesmo desjuridicização das relações sociais”.

<sup>10</sup> Abordando o contexto francês no período pós-revolução, Lacerda discorre que “não é só o fim eleitoral, o fim sentimental, mas, no fundo, a tendência ao individualismo atomístico inerente ao regime liberal, que levava o legislador da Revolução Francesa a dissolver as associações pela célebre Lei Le Chapellier e a estabelecer formas de dissolução de casamento em 1792, quase tão expeditas quanto as do Código russo de ‘1918 (Cf. HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. VIII, p. 300-301).

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 4-7.

como o grande vilão perante os demais membros da sociedade, em decorrência da competitividade que ascendeu com a nova concepção de “mercado”<sup>12</sup>.

Essa figura do “Estado prestacionista”, do “Estado providência”, que atende aos anseios sociais e reduz as desigualdades com mecanismos compensatórios, positivos, com um *facere*, almejou também corrigir as discrepâncias sofridas pela instituição familiar, que se encontrava vitimizada pela instabilidade fraternal, pela redução das relações patrimoniais à simples obrigação alimentar e pelo conseqüente desaparecimento da “grande família”, substituída por “famílias pequenas e frágeis demais para resistir à absorção para a vida geral do grupo social<sup>13</sup>”.

E, como reação natural às tendências liberais, à *outrance* desagregadoras, manifestam-se as tendências opostas, tais como às dos *regimes autoritários nacionalistas* - que se traduzem numa volta às doutrinas inspiradas no Cristianismo<sup>14</sup> -, do *amplo movimento baseado na escola de Le Play*<sup>15</sup> - que ascendeu contra os “falsos dogmas de 1789”, preferindo-se à *famille-souche*, por sua autoridade paterna, pela propriedade particular e o patronato -, do *protestantismo social* no sentido do restabelecimento da hierarquia, da reorganização da família, do sistema corporativo, em lugar da divisão por classes, para solução da “questão social”, todas com objetivo de fortalecer a família legítima, a sua moralidade, o casamento e a proteção aos sentimentos religiosos.

Evoluindo, o Estado Social segue em busca da sua constitucionalização, onde, atendendo aos preceitos kelsenianos, e especialmente, as ideias cunhadas por Emmanuel Joseph Sieyès<sup>16</sup>, no sentido de se adotar como núcleo axiológico-legal de todo o ordenamento jurídico-estatal, a Constituição. Assim, elabora-se ordenamento jurídico como um sistema escalonado de normas<sup>17</sup>, cabendo às normas constitucionais (superiores) nortear e inspirar todo o arcabouço jurídico, demonstrando-se o *princípio da supremacia imanente* da

---

<sup>12</sup> Cf. SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Trad. de Armandina Henriques Puga e Marília Alves Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, v. 1.

<sup>13</sup> LAMBERT, Edouard. *Introduction. La place des codes russes dans la jurisprudence comparative, in Les codes de la Russiesoviétique*. I. Code de la famille, (traduit par Jules Patouillet), et II. Code Civil (traduit par Jules Patouillet et Raoul Dufour). Collection de La Bibliothèque de l'Institut de droit comparé série central, Tome 9, Lion: Marcel Giard, 1925, p. 1-46. A versão francesa (original) da frase supracitada dispõe: “une poussière de petites familles trop maigrès et trop fragiles pour résister à l'absorption dans la vie générale du groupe social”.

<sup>14</sup> Acerca dessas doutrinas, podemos exemplificar com as célebres encíclicas de Leão XIII, disponíveis em: [http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/index\\_po.htm](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/index_po.htm).

<sup>15</sup> Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play nasceu em *La Rivière*, em 11 de abril, de 1806 e viveu até 5 de abril de 1882, quando faleceu em Paris. Foi um renomado economista francês que deu nome à Escola Politécnica de Paris (*École Polytechnique*), o qual defendia, entre outros temas, a adoção de medidas para reforçar a instituição familiar e para apoiar o indivíduo.

<sup>16</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Trad. Norma Azeredo, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 94.

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 374-376.

Constituição - a qual embasa todas as leis elaboradas sob a sua égide -, princípio este que objetiva garantir a liberdade humana contra os abusos do poder estatal<sup>18</sup>.

Fala-se, então, em um Estado constitucional de Direito, quando se manifestam os direitos fundamentais de terceira dimensão, tais como a qualidade de vida, o meio ambiente, a liberdade de informática, a biotecnologia, a paz, a assistência e a organização familiar, entre outros metaindividuais<sup>19</sup>.

Em síntese, esse Estado de Direito como Estado constitucional surge fundado na ideia de liberdade dos indivíduos, das comunidades, dos povos, e por ela busca-se a limitação do poder político. Essa ideia de liberdade plasma um estado de espírito, qual seja, o homem como centro onipresente da esfera política<sup>20</sup>. Almeja-se, outrossim, contrabalancear os excessos de permissividade do liberalismo face ao totalitarismo interventivo do Estado Social, dando ensejo aos direitos de solidariedade, fraternidade, resultando-se, desta forma, no Estado Constitucional de Direitos.

Substitui-se, portanto, a tradição pelo contrato social; a soberania do monarca pela soberania nacional; a razão do Estado pelas normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos; do exercício unilateral do poder, ao exercício compartilhado do poder, exercido pelos representantes da coletividade. Emergem, assim, as normas constitucionais, os direitos fundamentais e as leis como os lúdimos instrumentos jurídicos<sup>21</sup>.

A passagem da noção de Estado de Direito à de Estado constitucional é o reflexo de uma tríplice mudança operada nos ordenamentos jurídicos: da primazia da lei à primazia da constituição e do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da Constituição. Nesse passo, a lei, ao mesmo tempo medida de todas as coisas no campo do Direito, cede assim a passagem à Constituição e converte a si mesma em objeto de medida. É destronada em favor de uma instância mais alta<sup>22</sup>.

É, ademais, a evolução do procedimentalismo do Código Napoleônico, que, na segunda metade do século XIX, decai para a ascensão do substancialismo na aplicação de um Direito mais justo e equitativo, essencialmente construído sobre uma base principiológica,

---

<sup>18</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225, pondera que “a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios”.

<sup>19</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 75-77.

<sup>20</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *L'état*. Paris: Armand Colin, 1999, p. 84.

<sup>21</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo IV, p. 84.

<sup>22</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 52-53.

tendo a Dignidade da Pessoa Humana como seu núcleo axiológico, seu norte valorativo. É pois, o Direito do caso concreto, que permite ao juiz valorar caso a caso, a fim de atender os anseios do homem, para quem o Direito é construído. Com isso, deixa de existir a figura do magistrado “boca da lei”, a quem Montesquieu<sup>23</sup> se referia, pois o Direito substancial, do caso concreto, prevê parâmetros mínimos e máximos que permitem ao árbitro julgar conforme o melhor interesse da humanidade.

Dentro do processo evolutivo mencionado, os direitos fundamentais de cada momento apresentaram-se como horizonte teleológico-valorativo para o respectivo Estado de direito representado e tutelado em cada momento histórico. Veja-se que tivemos então, em atenção à evolução do Estado liberal para o social e, posteriormente ao constitucional, a garantia dos valores de liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), continuamente, que consubstanciam uma ordem ou sistema de valores que orienta e impulsiona todo o ordenamento jurídico<sup>24</sup>.

Nesse contexto, atendendo aos valores ético-sociais presentes à época, bem como a necessidade de se resgatar a instituição familiar - até então abalada pelos excessos do liberalismo econômico -, o legislador penal não se manteve inerte e chegou até criminalizar, em 1927 quando da elaboração do Código de Menores (Decreto-lei 17.943-A), as condutas de “abandono material e moral dos menores de dezesseis e dezoito anos”, respectivamente, passando a tutelar a instituição familiar também na seara penal, o que não havia sido realizado quando da elaboração dos Códigos Criminais do Império (1830) e da República (1890)<sup>25</sup>.

Criminalizações estas que foram definitivamente mantidas pelo atual Código Penal (1940), que inseriu tais delitos entre os crimes contra a assistência familiar, em seu Título VII. Já, no que tange ao abandono intelectual, previsto no art. 246, CP, trata-se de inovação trazida pelo Código Penal atual, inspirado nos diplomas penais suíço e chileno<sup>26</sup>.

Hodiernamente, quando se vive a expectativa da elaboração de um novo Código Penal, que vem sendo debatido sob a promessa e necessidade de compilar grande parte da legislação penal extravagante, a comissão de juristas responsável pelo anteprojeto silenciou acerca da descriminalização dos crimes de abandono, atendendo à atual política legislativa segundo a qual não poderia se utilizar da ingerência penal para, indiretamente, trazer à

---

<sup>23</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>24</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, Tomo IV, p. 85.

<sup>25</sup> PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro: parte especial - artigos 121 a 249*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2, p. 969.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 981.

“polícia” problemas referentes ao livre planejamento familiar e a paternidade responsável, uma vez que o Direito Civil e, por vezes, o Direito Administrativo, tutelam eficientemente tais situações<sup>27</sup>.

Ademais disso, desde a elaboração do Código Penal de 1940, o legislador já se mostrava protecionista à instituição familiar furtando-se da seara criminal, quando, por exemplo, considerando a prevalência do resguardo dos laços frateros em face de outros bens jurídicos de menor expressão, instituiu as escusas absolutórias (art. 181, CP), as causas de extinção da punibilidade (Ex.: casamento da vítima com o autor de alguns dos já revogados “crimes contra os costumes”), ou ainda as circunstâncias benéficas ao agente (Ex.: a emoção ou paixão, ora tratada como circunstância genérica atenuante, ora como causa de diminuição de pena), sempre buscando preservar a família, renunciando ou atenuando o *jus puniendi*<sup>28</sup>.

Veja-se que a Constituição Federal, em seu artigo 226, trouxe à luz o comando normativo de proteção à família, que tem como destinatário-subordinado o Estado (Poder Público) em todas as suas funções, cabendo-lhe a promoção da família, rechaçando todas as interferências e ameaças de terceiros, além dele próprio abster-se de turbar os organismos familiares.

Já, quanto à regulação cível da família, o Código Civil vigente, que recebeu do Congresso Nacional a numeração sequencial de Lei, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em vigor desde o dia 11 de janeiro de 2003, teve sua gênese traçada pelo Projeto de Código Civil, elaborado por uma Comissão presidida por Miguel Reale<sup>29</sup>, submetido ao crivo do Ministro de Estado da Justiça em 16 de janeiro de 1975.

Desde a vigência do novel *códex*, o Brasil passou a ter o texto que avocou o posto de segundo Código Civil desta ainda jovem Nação. O anterior Código Civil, Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, vigorou de 1.º de janeiro de 1917 até 10 de janeiro de 2003. Fruto da inteligência incontestável de Clóvis Beviláqua, urgia por reformas, uma vez que foi um corpo

---

<sup>27</sup> Sobre a expansão do Direito Penal, vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002; GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. 1.ª ed. Valencia. 2003 e HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid. Actualidad Penal, n. 43-22, p. 635-646, 1993.

<sup>28</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 274-275.

<sup>29</sup> Supervisionada por Miguel Reale, a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil (1975) compunha-se dos seguintes juristas: José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho de Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Atividade Negocial), Ebert Vianna Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões).

legislativo elaborado nos estertores do século XIX, e, apesar de gigante e bem construído para seu tempo, restou descompassado e desatualizado em tantos dos seus segmentos.

Toda a sociedade e a comunidade de juristas do Brasil reverenciavam a majestade incontestada de seu primeiro Código Civil, tido como motivo de justo orgulho. Porém, por outro lado, pressentia-se que a vida dos homens na sociedade contemporânea encontrava-se – em tantos vieses – em desconformidade com a Lei Civil, que tinha por escopo fundamental exatamente a regulação destes fatos e das relações da vida privada<sup>30</sup>.

Impunha-se, prementemente, a reforma, tendo em vista o significativo aumento, entre nós, de normas dispersas, margeantes e até mesmo conflitantes, que foram se acumulando na tentativa de adaptar, de afeiçoar o direito posto ante as gigantescas transformações operadas na estrutura da sociedade brasileira. Assim, não se tratava de simplesmente fazer com que se desintegrasse um monumento legislativo de altíssima qualidade, como é o Código de Beviláqua, mas sim de buscar aproveitar, na maior amplitude possível, o seu arcabouço, dando-lhe os traços consentâneos com a realidade deste momento histórico vivenciado pela sociedade brasileira, já nos albores do século XXI. Conservar o possível. Inovar, sempre que necessário<sup>31</sup>.

Ressalte-se, por derradeiro, que está em votação o Projeto de Lei n.º 2.285/2007, Estatuto das Famílias, apresentado por uma comissão de juristas<sup>32</sup>, com especial objetivo de colocar o Direito de Família em sintonia com os preceitos constitucionais e com as atuais demandas sociais, especialmente em razão das novas estruturas familiares criadas pela humanidade, superando-se o procedimentalismo decorrente do conservadorismo romano a fim de se permitir o exercício digno do direito à vida e o livre desenvolvimento da personalidade humana, uma vez que a Constituição atribui a todas as entidades familiares a mesma dignidade e igual merecimento de tutela, sem hierarquia entre elas.

## **2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CLÁUSULA GERAL DE PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE**

---

<sup>30</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; OLIVEIRA, Euclides de (In). *Direito de Família e o novo Código Civil*. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 2-3.

<sup>31</sup> REALE, Miguel. *Lacunae e arcaísmos do Código Civil vigente*. In: *O projeto do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 28.

<sup>32</sup> Destacam-se: Giselda Hironaka, Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Rosana Fachin.

Tendo em vista a personalidade humana resumir-se no conjunto de caracteres do próprio indivíduo, na parte intrínseca da pessoa humana, deve ser tida como um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade<sup>33</sup>. Nesse passo, levando em conta as mudanças operadas na sociedade brasileira, o paradigma familiar tem sido dia a dia remodelado, essencialmente fundado nos pilares da comunhão de vida consolidada na afetividade e não mais no poder marital ou paternal; na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges; na liberdade de constituição, desenvolvimento e extinção das entidades familiares; igualdade dos filhos de origem biológica ou socioafetiva; garantia da dignidade das pessoas humanas que a integram, inclusive a criança, o adolescente e o idoso. Posto que, nenhum ramo do Direito foi tão profundamente modificado, nas três últimas décadas, quanto o direito de família ocidental.

Tem-se, portanto, que a proteção jurídica dos direitos da personalidade é de natureza constitucional, civil e penal. Posto que, a nossa Constituição prevê em seu artigo 3.º, I, que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária. Dispõe ainda, em seu artigo 1.º, III, que 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 um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Sabe-se da dificuldade em se estabelecer uma conceituação jurídico-constitucional com certa precisão, uma vez que o conceito de “dignidade da pessoa humana” é, de certa forma, impreciso, vago, ambíguo, pois trata-se de expressão polissêmica. Importa ponderar, no entanto, que apesar das divergências conceituais existentes, dignidade refere-se a um atributo inerente a todo ser humano, definindo-o como tal, o que, de certa forma, não contribui para o estabelecimento do alcance da referida expressão, especialmente em seu aspecto jurídico-normativo<sup>34</sup>.

O preceito da dignidade da pessoa humana abarca em seu bojo os direitos fundamentais, os individuais clássicos e os de fundo econômico e social. Nesse sentido, a dignidade possui uma dimensão moral, sendo, segundo o legislador constituinte, responsabilidade do Estado propiciar as condições necessárias para que as pessoas tenham vida digna. Assim, o Estado não pode deixar de proteger o ser humano, preservando a sua identidade, integridade e dignidade. O artigo 5.º da Constituição Federal consagra em seus

---

<sup>33</sup> SZNIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 35.

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

incisos, os direitos individuais, espécies de direitos fundamentais. Com isso, a Carta Maior estabeleceu que, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A atual Constituição, promulgada em 1988, resultou de intensos debates e anseios do povo brasileiro na busca de um novo paradigma. O Código Civil vigente à época datava de 1.916, sendo que a constituição que imperava era fruto de ditadura militar, e nela os direitos personalíssimos não recebiam a proteção do Estado. Com a evolução da sociedade, os direitos da personalidade tornaram-se de grande importância para o ser humano, levando os textos constitucionais a disporem sobre tais direitos, que conseguiram uma posição superior na hierarquia das normas dentro do ordenamento jurídico nacional. Os direitos da personalidade passaram a ser reconhecidos como direitos subjetivos, protegidos pelo Estado, surgindo assim um encontro de grandeza jurídica entre o direito privado, a liberdade pública e o direito constitucional, verdadeiro paradigma que se constituiu como fruto de lutas pela tutela dos direitos personalíssimos<sup>35</sup>.

Nessa perspectiva, ao abordarmos à proteção da pessoa humana como finalidade do Estado, propugna-se que incumbe ao Estado propiciar as condições necessárias para que as pessoas possam desenvolver o seu potencial e com isso viver dignamente. O mesmo aconteceu com o Código Civil em vigor, no seu Capítulo II, artigos 11 a 21, que regulam os direitos da personalidade. Inegável a importância dos direitos da personalidade para garantir o respeito: à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade física, ao nome, ao segredo, aos valores morais e intelectuais, todos necessários ao desenvolvimento da personalidade humana.

Contudo, a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra a sua missão, conferindo-lhe sentido. Esta é uma tarefa eminentemente pessoal. O sentido da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar essa tarefa na medida em que amplie as possibilidades existenciais do exercício da liberdade<sup>36</sup>.

Ai está o drama do direito. Por um lado garante a dignidade humana na Constituição Federal como paradigma jurídico perfeito, porém, por outro, como paradigma social perece ante os abrolhos da vida, porque o Estado não tem cumprido com a sua tarefa de possibilitar o

---

<sup>35</sup> FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes. Os Direitos da Personalidade e a subjetividade do direito. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006, p. 3-4.

<sup>36</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 425.

exercício da liberdade e da dignidade humana, quando assiste ao peregrinar de um povo sem a menor condição de desenvolver-se e de situar-se com a dignidade que lhe é de direito<sup>37</sup>.

Nesta seara, os direitos da personalidade, como direitos subjetivos, conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico o direito à vida e ao próprio corpo, no aspecto intelectual o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor, e no aspecto moral o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos<sup>38</sup>, e justamente nesse ponto é que encontram-se ligação entre os direitos personalíssimos e o princípio constitucional do livre planejamento familiar, uma vez que o art. 226, § 7º, da Constituição Federal estabelece que, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal.

Destaca-se que, apesar da ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe<sup>39</sup>. A Atual Constituição Federal, mesmo tendo superado o patriarcalismo, ainda exige o parentalismo, seja o biparentalismo ou o monoparentalismo. Porém, no mundo do ser, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e das relações sexuais. Por isso é necessário corrigir, atualizar o texto constitucional brasileiro, entre outras coisas, em especial, para excluir a exigência de parentalismo do conceito de entidade familiar<sup>40</sup>.

Por isso não é admissível preordenar espécies estanques de unidade familiar e destiná-las como emissárias únicas da proteção estatal, quando a sociedade claramente acolhe outros dignificantes modelos de núcleos familiares e demonstra que aquelas previamente taxadas não espelham todo alicerce social da família brasileira<sup>41</sup>.

## 2.1 DO ALCANCE E DA TUTELA LEGAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O positivismo jurídico e a teoria dos direitos inatos contribuíram decisivamente para a bipartição da tutela do homem e de sua personalidade em dois grandes ramos, em direitos públicos de personalidade e em direitos privados de personalidade. Os primeiros seriam os

---

<sup>37</sup> FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes. *Op. cit.*, p. 5–6.

<sup>38</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000, p. 246.

<sup>39</sup> BARROS, Sérgio Resende. *A ideologia do afeto*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 14, 2002, p. 6-7.

<sup>40</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 6-7.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 7.

direitos inerentes ao homem, previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e expressos nas constituições dos diversos países como direitos fundamentais. Destinam-se estes para a defesa da pessoa contra atentados praticados contra a mesma pelo próprio Estado ou são invocados na defesa da sociedade, considerada como um todo, por agressões perpetradas contra a mesma por grupos privados. Concomitantemente, passou a doutrina e a jurisprudência a admitir, ao lado dos direitos de personalidade públicos, a existência de direitos de personalidade privados. Estes últimos eram considerados os mesmos direitos de personalidade públicos, todavia observados e aplicados nas relações entre particulares, quando houvesse prática de atentados por um sujeito privado contra algum atributo da personalidade de outro<sup>42</sup>.

Nesta seara, a atual e iminente preocupação com, os cada vez mais frequentes atentados à personalidade humana, direcionou a doutrina e a jurisprudência a admitirem a existência de uma nova “categoria de direitos”, que consiste no reconhecimento de um conjunto de prerrogativas que toda pessoa possui pela sua própria existência, em decorrência da evolução da teoria dos direitos fundamentais como direitos inatos, produto da afirmação do pensamento do direito natural, expressado através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, os denominados pela doutrina majoritária de direitos de personalidade<sup>43</sup>.

Apesar de alguns civilistas afirmarem categoricamente pertencerem os direitos de personalidade ao ramo do direito privado sendo, conseqüentemente, sujeitos à proteção no âmbito do direito civil. Temos que, frente aos direitos de personalidade, estariam os direitos fundamentais do homem e do cidadão, que têm por objetivo proteger a pessoa, através da tutela do direito político, da ingerência ou atividade abusiva do Estado, limitando o poder do governo através da exigência de uma atitude de abstenção do mesmo. Assim, os direitos fundamentais têm por escopo a proteção dos direitos essenciais do homem contra as arbitrariedades do Estado, e como sua consequência lógica, os direitos de personalidade, vistos no seu âmago, revelam serem os mesmos direitos previstos nas declarações do homem, mas só que manifestados sob o ângulo do direito privado, isto é, nas relações entre particulares.

Registre-se que os direitos fundamentais têm eficácia vinculativa não apenas em relação aos poderes públicos, mas, também, entre particulares. Se, por um lado, vinculam os poderes estatais, por outro, vinculam também os particulares, produzindo entre estes a

---

<sup>42</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Op. cit.*, p. 28-29.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 29-30.

chamada eficácia horizontal<sup>44</sup>. Veja-se que, em razão da publicização dos direitos da personalidade, em havendo conflito de interesses privados, decorrentes de uma relação de coordenação, terá também o Estado o interesse-dever de agir em face da atual necessidade de se garantir e tutelar a eficácia no plano horizontal dos direitos fundamentais.

Temos outrossim, que somente poderão configurar direitos da personalidade aqueles elementos da personalidade ôntica do sujeito nos quais se encontram a dimensão ética, expressa na categoria da realização. Para isso, basta a verificação de que tais realidades da personalidade se ordenam à plena realização do ente pessoa, que serve para permitir e assegurar ao Homem realizar aquilo que é, contra ou para além da sua própria ideia de autorrealização.

Por isso, afirma-se que a tutela dos direitos da personalidade esta a proteger não só aquilo que o Homem é, mas também quem o Homem está chamado a ser. Assim, em razão de uma tendência multiplicadora nas ordens jurídicas contemporâneas, na previsão dos direitos da personalidade, tem-se, conseqüentemente, uma redução na tutela da pessoa humana, uma vez que, quanto mais direitos, menos tutela. Em consequência disso, dir-se-á que o núcleo dos elementos-objetos dos direitos da personalidade deve, assim, ficar reduzido a um mínimo fundamental, onde se estabelece a própria realização ôntica da pessoa<sup>45</sup>.

Assim, não se pode apenas aceitar a recondução dogmática do eixo central dos direitos da personalidade como referencial vago e longínquo, sendo que o conceito subjetivo de pessoa é chamado a intervir em cada passo da realização desta disciplina jurídica, pois cada interpretação, cada conceito legal, cada ponderação nos remete à ideia substantiva de pessoa.

Diante disso, os direitos da personalidade, como núcleo essencial a todo ser humano, servem de base para uma vida e existência digna, exigindo-se a presença de um mínimo existencial. Ademais, a previsibilidade de um grande rol de direitos da personalidade dificulta, ou até impossibilita a tutela adequada de tais direitos. Além disso, importa destacar que não se exaurem no capítulo próprio do Código Civil, pois, tal como ocorrem com os direitos fundamentais, encontram-se espalhados pelo ordenamento, devendo considera-se não sua “localização geográfica” no ordenamento, mas seu conteúdo, que é essencial a existência humana digna.

---

<sup>44</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos, Liberdades e Garantias no âmbito das Relações Privadas*. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 287.

<sup>45</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 95.

Observa-se, com isso, que os valores que integram a personalidade humana lhe são privativos, e por meio desses e do potencial que representam, o homem tem condições de desenvolver-se em sociedade (*abertura relacional dos direitos da personalidade*). Tem-se assim que, a dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade, motivo pelo qual é preciso reconhecer que o homem, para viver a sua vida pessoal e social, necessita de certos bens, que na sua maioria estão no seu ambiente natural, ou seja: coisas móveis e imóveis, corpóreas ou incorpóreas, que se encontram fora dele, mas que são necessárias à satisfação de suas faculdades para a vida. Além desses bens externos, existem outros que se encontram no próprio homem, interiorizados à sua personalidade, necessários à sua dignidade e integridade interior, e tão importantes que, se privado de tais bens interiores, o homem sofrerá grave mutilação nos seus interesses. Entre esses bens internos aderentes à personalidade estão, entre outros: a vida, a honra, a liberdade e a integridade física.

Por isso, sem a presença de determinados direitos a personalidade ficaria completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto, isto é, sem esses direitos (da personalidade) todos os outros direitos perderiam interesse para o indivíduo, o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados direitos essenciais, com os quais se identificam os direitos de personalidade. Nesta esteira, os direitos da personalidade têm o caráter essencial (e extrapatrimonial), necessário e inseparável da maioria dos bens jurídicos da personalidade física e moral humana, como a vida, o corpo, a liberdade, a intimidade e a honra. A pessoa, como ser capaz de manifestações interiores, necessita de uma proteção adequada que garanta a sua existência e o seu pleno desenvolvimento físico e moral da personalidade. Como os direitos de personalidade são essenciais para salvaguardar a dignidade humana, privado deles, o homem não se desenvolve. A essencialidade dos direitos personalíssimos é a valoração destes na vida do ser humano. Se os direitos da personalidade são essenciais, logo, são necessários e vitais para o desenvolvimento da pessoa humana<sup>46</sup>.

Logo, independem tais direitos de regulação taxativa pelo poder legiferante, uma vez que integram a própria essência do homem, a razão de existir da humanidade. No que tange à família, tendo em vista ter a Constituição trazido a *dignidade da pessoa humana* como cláusula geral de tutela dos direitos de personalidade (art. 1º, III, CF), os ideais de família, dentre outros grupos sociais, deve ter seu regulamento interno adequado ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, não lhes sendo consentido impor normas de

---

<sup>46</sup> CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: [s. n.], 1961, p. 25.

conduta que não se coadunam com a dignidade humana e, em desatenção à importância do afeto na formação dos vínculos familiares, posto que, as comunidades intermediárias têm sua razão de ser e sua justificativa no papel que representam para a promoção da pessoa humana<sup>47</sup>.

## 2. 2 DA TUTELA DA LIBERDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Norberto Bobbio<sup>48</sup>, tratando dos Direitos Fundamentais, dispõe que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, em decorrência da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado-cidadãos ou soberano-súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade<sup>49</sup>, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos.

A inversão de perspectiva que a partir de então se torna irreversível, é provocada no início da era moderna, principalmente pelas guerras de religião, através das quais se vai afirmando o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem de beneplácito do soberano (entre as quais, em primeiro lugar a liberdade).

Immanuel Kant havia racionalmente reduzido os direitos irresistíveis (que ele chama de “ínatos”) a apenas um: a liberdade. Mas o que é a liberdade?<sup>50</sup> Segundo Benjamin Constant, a liberdade refere-se ao direito de cada um de não se submeter às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da

---

<sup>47</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 52.

<sup>48</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 4-5.

<sup>49</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 22-34.

<sup>50</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 17.

vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É permitir a cada um decidir e viver individualmente seu espaço<sup>51</sup>.

Ainda, nessa construção conceitual do direito à liberdade, Montesquieu definiu-a como o direito de fazer tudo o que as leis permitem, e, se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria a liberdade, porque os outros também teriam este poder<sup>52</sup>. Ainda no século XVIII, Rousseau, analisando o comportamento político dos ingleses, criticou o modo como os modernos exerciam a liberdade, dizendo que o povo inglês pensava ser livre, mas estava redondamente enganado, pois só o era durante a eleição dos membros do parlamento. Uma vez que esses eram eleitos, o povo tornava-se escravo, um “nada”. Nos breves momentos de sua liberdade, pelo uso que dela faz, bem merece perdê-la<sup>53</sup>.

Destaca-se a lição de Canotilho<sup>54</sup>, que preceitua, dentre as funções dos direitos fundamentais, a de defesa ou de liberdade, dispondo que impõe-se ao Estado, nesse momento, um dever de abstenção, que refere-se ao dever de não interferência ou não intromissão, respeitando-se o espaço reservado á sua autodeterminação; nessa direção, impõe-se ao Estado a abstenção de prejudicar, ou seja, o dever de respeitar os atributos que compõem a dignidade da pessoa humana<sup>55</sup>. Em outras palavras, a função de defesa ou de liberdade dos direitos fundamentais limita o poder estatal (ele não pode editar leis retroativas, por exemplo, ou leis que violem direitos fundamentais, ou da personalidade, etc), mas também atribui dever ao Estado (impõe-se-lhe, por exemplo, o dever de impedir a violação da privacidade)<sup>56</sup>.

Verifica-se, dessa forma, que a função da liberdade dos direitos fundamentais tem dupla dimensão, pois a uma, constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; a duas, implica, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdades negativas)<sup>57</sup>.

---

<sup>51</sup> CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos comparada à dos Modernos. Filosofia Política II*. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 11.

<sup>52</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166.

<sup>53</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 114.

<sup>54</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 407.

<sup>55</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 192.

<sup>56</sup> FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 240.

<sup>57</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 407.

Dessa forma, incumbe ao Estado-legislador corrigir as discrepâncias constitucionais decorrentes da desatualização cultural e social em face da nova concepção de direito das famílias. Compete, outrossim, ao Estado-juiz reconhecer e suprir, ao apreciar os casos concretos, os direitos humanos, individuais e da personalidade, corriqueiramente violados em razão do não reconhecimento das diversas estruturas familiares que não se enquadram no esteriótipo romano previsto em nosso ordenamento. Uma vez que, a nova família foi, há muito, desencarnada de seu precedente elemento biológico, para ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto, e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo de hereditariedade<sup>58</sup>.

Diz-se, portanto, que a família fora repersonalizada a partir do valor do afeto, de um afeto especial e complementar de uma relação de estabilidade, coabitação, intenção de constituir um núcleo familiar, de proteção, solidariedade e interdependência econômica, tudo inserido em um projeto de vida em comum, nos termos do art. 1511 do Código Civil, que prevê a expressão plena de vida como princípio geral e ponto de partida para o pleno desenvolvimento pessoal dos partícipes de cada um dos diversificados modelos de famílias<sup>59</sup>. Contudo, embora esses vínculos de coabitação, elos culturais, genéticos, jurídicos e até mesmo afetivos, e a própria dependência econômica sejam elementos importantes na identificação da constituição de uma entidade familiar, não são, no entanto, essenciais à caracterização da família, porque existem grupos familiares que deles podem prescindir<sup>60</sup>.

Isso porque, foi dado a cada indivíduo o direito a liberdade, que abrange a *ius libertatis* de formar ou não sua família, sem qualquer imposição ou adesão aos modelos preexistentes, em um inadmissível elenco fechado e injustificado, e aceitar essa limitação seria retroceder ao próprio tempo em que o casamento era a única opção de formação familiar<sup>61</sup>, e tal retrocesso nem a Constituição permite concluir, uma vez que reconhece a existência de outros núcleos familiares dissociados do modelo matrimonial, tendo em vista que os paradigmas do passado devem ser alterados a fim de se estabelecer os padrões do presente, tomando-se de antemão, a relevância jurídica dos vínculos de afeto, uma vez que a

---

<sup>58</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Princípios constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 25.

<sup>59</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 6.

<sup>60</sup> ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O conceito de família e suas implicações jurídicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 76.

<sup>61</sup> ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil, famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 71.

família atual é dotada de uma linguagem tridimensional, composta de fatores genéticos, afetivos e ontológicos<sup>62</sup>.

Nesse passo, conclui-se que a família moderna possui outro perfil, que se alargou para além das fronteiras enlaçadas pela Constituição Federal como o casamento, a união estável, e a família monoparental.

### 3 DA DIVERSIDADE FAMILIAR

Sabe-se que a família é instituição existente desde os primórdios da humanidade, porém, no Brasil, exceto pela Constituição do Império de cuidar da família real, somente a partir da Constituição de 1988 é que se constitucionalizou o tratamento da casta, pulverizando o conceito de família e unificando o direito familiar até então fragmentado em diversos textos normativos<sup>63</sup>.

De acordo com o art. 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade e por isto tem especial proteção do Estado, pois a convivência humana esta estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política. É pois, de suma importância na estrutura da sociedade, uma vez que, é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema<sup>64</sup>.

#### 3.1 DA DEFINIÇÃO DA FAMÍLIA E DO LIVRE PLANEJAMENTO EM SUA CONSTITUIÇÃO

Em Hegel, a família é tida como a substancialidade imediata do espírito, determinando-se pela sensibilidade de que é uma, pelo amor, de tal modo que a disposição de espírito correspondente é a consciência em si e para si e de nela existir como membro, não como pessoa para si<sup>65</sup>.

Durante o período em que a economia doméstica concentrava-se no meio rural, a família possuía maior amplitude, abrangendo um número maior de integrantes nas linhas retas

<sup>62</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 72.

<sup>63</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família do Nvo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro, 2001, p. 130.

<sup>64</sup> ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do Estado*. 4. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980, p. 109.

<sup>65</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 149-150.

e colateral, o que foi sendo reduzido paulatinamente com a migração para os centros urbanos na busca de emprego na indústria, em franca expansão, resumindo-se numericamente aos pais e filhos, ao mesmo tempo em que se estabelecia a ocupação da família restrita de pequenos espaços para a moradia exclusiva dos parentes em linha reta e em bastante proximidade de graus<sup>66</sup>.

Ao tempo do Código Civil de 1916, a família brasileira era essencialmente matrimonializada, só existindo em decorrência do casamento válido e eficaz, sendo marginalizadas as demais constituições de arranjos familiares que divergissem. Tal paradigma foi alterado a partir da Constituição de 1988, que abriu o leque de padrões distintos de estruturas familiares, passando a admitir e a proteger estruturas familiares decorrentes da união estável e à família monocrática, pois o vínculo matrimonial deixou de ser o único fundamento da família legítima, expandindo-se a fim de se adequar às novas necessidades humanas<sup>67</sup>.

Nesse contexto, nos termos do art. 226, da Constituição, a entidade familiar amparada pelo Estado é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, podendo originar do casamento civil, da união estável (§ 3º.) e da monoparentalidade (§ 4º.), assegurando ainda o livre planejamento familiar do casal.

A grande problemática decorre do fato de a Lei Maior permitir o livre planejamento e, simultaneamente, restringi-lo à expressão “casal”, que remeto-nos à união composta de um homem e uma mulher, o que retrata um grave retrocesso, um paradoxo ao progresso atingido pelo Direito das Famílias, um fator legal que não pode ser considerado apto a limitar o avanço da tutela dos anseios da humanidade, devendo ser salvaguardada, a dignidade da pessoa humana e, respeitado o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos integrantes da família e, em especial, da instituição familiar, independente de qual seja sua constituição.

Temos, portanto, que a família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional, vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e no caráter instrumental<sup>68</sup>.

Considerando que o nosso ordenamento jurídico construiu-se pautado sob os ideais libertários do período iluminista e, em especial, da dignidade da pessoa humana, concebendo-

---

<sup>66</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *La sagrada família: o critica de la critica critica*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1973, p. 217.

<sup>67</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 28.

<sup>68</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 12.

se o “homem” como o centro do universo, criador do Estado e do Direito, que existem tão somente para regular o convívio humano, o qual deverá, naturalmente, por via consuetudinária, ditar o ritmo da evolução e reconstrução do ordenamento jurídico, de acordo com suas necessidades e anseios.

Sendo, portanto, inadmissível, a prevalência do “procedimentalismo” exacerbado que limita aplicação do Direito, restringindo o reconhecimento da instituição familiar somente às hipóteses previstas na constituição, posto que não é alcançável pelo “homem-legislador” a regulamentação e delimitação de todas as modalidades familiares possíveis de serem criadas, o que depende muito do meio social, do contexto histórico, das necessidades econômicas, afetivas, materiais e morais de cada ser humano em face de seu clã fraterno.

### 3. 2 DAS RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Exige-se, todavia, nos termos do art. 226, § 7º, da Constituição, que se respeite durante a constituição familiar, a dignidade humana de seus integrantes e que, especialmente, se exerça a paternidade de forma responsável em relação a todos os descendentes, sejam eles afetivos ou biológicos, devendo receber tratamento prioritário por tratarem-se de pessoas em estágio de desenvolvimento<sup>69</sup>.

Nesta seara, já em 1936, Georges Ripert<sup>70</sup>, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Paris, assinalou a proteção dos “fracos”, como novo aspecto do regime democrático, particularizado na assistência aos pequeninos. Aqui, o socorro do Estado não visa à proteção dos devedores, como é a regra, mas dos credores, porque não há engano possível quando se protege em bloco uma categoria de pessoas determinadas pela sua própria fraqueza.

Todos os que, por sua idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir ou de compreender, são, na sociedade, os mais fracos que os outros, têm direito à proteção legal. Todos estes são pequenos, gratos à democracia. Os pequenos são mais numerosos que os grandes: satisfazê-los é assegurar apoio de uma maioria. O legislador é, por conseguinte, sempre favorável aos pequenos. O favor dispensado aos fracos é denominado justiça. Justifica-se, com efeito, pela aspiração à igualdade. A democracia não

---

<sup>69</sup> ROSA, Letícia Carla Baptista; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da realização do projeto homoparental por meio da utilização da reprodução humana assistida. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, Uberlândia, 2012, ressaltam que o princípio da parentalidade responsável estabelece a ideia da obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual, material, espiritual e de orientação sexual aos filhos.

<sup>70</sup> RIPERT, Georges. *Le regime democratique et le droit civil moderne*. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1936, p. 26.

poderia acolher o aristocrático individualismo de um Spencer<sup>71</sup> ou a moral feroz de um Nietzsche<sup>72</sup>. Quem é fraco deve ser protegido<sup>73</sup>.

Essa proteção aos fracos - ao menor, ao alienado, ao discriminado, ao estigmatizado - inerente a todas as legislações, desenvolveu-se no direito clássico através da “teoria das incapacidades”. Mas a tendência democrática manifestou-se no sentido de proteção e de enfraquecimento da ideia de poder: a incapacidade para o fraco deve ser *ajuda*, e não *submissão*. Assim, para o menor, a ideia de *pátrio poder*, desde a Revolução de 1789, evolui para a de *pátrio dever*, perdendo, a cada dia, o absolutismo romano em favor da liberdade e das obrigações impostas ao pai: limitação ao direito paterno de fazer trabalhar o filho, obrigação de instrução primária, restrições ao poder de administrar os bens do menor<sup>74</sup>.

A Constituição Federal trata a família como a base da sociedade (art. 226), reafirmando o princípio da igualdade ao dispor que deverá ser “exercida igualmente pelo homem e pela mulher (§ 5º do art. 226), enfatizando, outrossim, no § 7º, que com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal. Nota-se, nesse contexto, que o princípio da paternidade responsável traz à luz a ideia central de responsabilidade, que inicia-se já na concepção e estende-se até e enquanto se faça necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais, respeitando-se assim, o comando constitucional do art. 227.

Assim, o não exercício da parentalidade responsável poderá dar ensejo a consequências cíveis, administrativas e até criminais, devendo os pais proporcionar aos filhos o desenvolvimento saudável, fornecendo-lhes “o alimento” de que necessitarem, o afeto e a educação básica para que adquiram autonomia e passem a viver e conviver em sociedade. Tutela-se, então, constitucionalmente<sup>75</sup>, como direitos individuais, o direito de ser filho, de

---

<sup>71</sup> RADBRUCH. Gustav. *Filosofia do Direito*. 4. Ed. Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1961, p. 112-115, leciona que a obra do filósofo inglês Herbert Spencer, *The Synthetic Philosophy*, (1896), é inseparável da ideologia do progresso, da ideia de um desenvolvimento progressivo e do evolucionismo cultural e social, que marcou o século XIX.

<sup>72</sup> Friedrich Wilhelm Nietzsche, quando da elaboração de sua obra *A Genealogia da Moral* (Cf. *Zur Genealogie der Moral: Eine Streitschrift*, 1887), criticou a moral vigente a partir do estudo da origem dos princípios morais que regem o ocidente desde Sócrates (Cf. WELZEL, Hans. *Introducción a La Filosofía Del Derecho*. 2. Ed. Madrid: Aguilar, 1971, p. 70-75).

<sup>73</sup> RIPERT, Georges. *Le regime democratique et le droit civil moderne*. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1936, p. 26-27.

<sup>74</sup> RIPERT, Georges. *Le regime democratique et le droit civil moderne*. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1936, p. 29.

<sup>75</sup> 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.

conhecer os pais, o direito à educação dos menores, a fim de se assegurar o livre, completo e digno desenvolvimento da personalidade humana.

## CONCLUSÃO

Nos dias atuais a demanda social de proteção dos bens jurídicos não se vê satisfeita de um modo funcional, mostra-se inevitável a expansão do ordenamento com intuito de se alcançar as novas modalidades de violação à personalidade humana, assegurando o livre desenvolvimento desta e da dignidade do homem, a fim de proporcionar-lhe o livre exercício do direito à vida.

Diante disso, os direitos da personalidade, como núcleo essencial a todo ser humano, servem de base para uma vida e existência digna, exigindo-se a presença de um mínimo existencial. Ademais, a previsibilidade de um grande rol de direitos da personalidade dificulta, ou até impossibilita a tutela adequada de tais direitos. Além disso, importa destacar que não se exaurem no capítulo próprio do Código Civil, pois, tal como ocorrem com os direitos fundamentais, encontram-se espalhados pelo ordenamento, devendo considerar-se não sua “localização geográfica” no ordenamento, mas seu conteúdo, que é essencial a existência humana digna.

Nesse contexto, a liberdade, como direito individual, também como direito da personalidade, imprescindível para que se viva dignamente e para que, se exerça plenamente e desenvolva a personalidade humana, insurge-se contra a limitação legal impositora de modelos preconcebidos, culturalmente defasados, dignas do século XVIII, de um período em que os códigos eram o retrato do Direito.

Hodiernamente, tal concepção não mais se admite, uma vez que se tem um Direito reconstruído a partir da segunda metade do século XIX, um ordenamento substancial, e não mais meramente procedimental, que permite ao julgador, diferentemente de outrora, analisar as necessidades do caso concreto, os clamores humanos, os anseios sociais para uma vida digna.

Assim, em decorrência de uma assimilação principiológica de nossa Constituição – e não meramente legalista -, bem como do ordenamento jurídico como um todo, aplicando-se os princípios do livre planejamento familiar, da paternidade (ou parentalidade) responsável, da dignidade da pessoa humana, juntamente com os direitos individuais da liberdade e da igualdade, propugna-se que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos e

nem sofrer quais quer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação religiosa, política, filosófica, sexual etc.

Assim, todos os seres humanos têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de quaisquer de suas orientações.

Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independente de sua idade, orientação sexual ou identidade de gênero. Assim, também a família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.

Conclui-se, portanto, que o reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional, resultando em um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil, famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARROS, Sérgio Resende. *A ideologia do afeto*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 14, 2002.
- BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (coord.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Campinas: Red Livros, 2001.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, v. 1.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal – Parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 4.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: Política e Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Gisele Mendes. *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal: estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta “de lege ferenda”*. Granada: Editorial Comares, 2009.

CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CHARBONNEAU, P. *Pais, filhos e tóxicos*. São Paulo: Almedina, 1983.

CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos comparada à dos Modernos*. Filosofia Política II. Porto Alegre: L&PM, 1985.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito penal – curso completo*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DELMANTO, Celso... [et al]. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o novo Código Civil*. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, G., Paternalism. In: FEINBERG, J.; GROSS, H. (Eds.). *Philosophy of Law*. Dickenson, California, 1975.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do Estado*. 4. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980.

ESPÍNOLA, Eduardo Filho. *Sistema do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família do Novo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro, 2001.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ JÚNIOR. Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. *El parentesco en el derecho penal*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1973.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 3.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade Antiga*. 12. ed. São Paulo: Hemus Editora Limitada, 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A família no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais do direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*. Madrid: Alianza Universidad, 1995.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela*. Coimbra: Almedina, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. *L'état*. Paris: Armand Colin, 1999.

GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirantlo Blanch, 1989.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 7.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. VIII.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LAMBERT, Edouard. *Introduction. La place des codes russes dans la jurisprudence comparative, in Les codes de la Russie soviétique*. I. Code de la famille, (traduit par Jules Patouillet), et II. Code civil (traduit par Jules Patouillet et Raoul Dufour). Collection de la Bibliothèque de l'Institut de droit comparé série central, Tome 9, Lion: Marcel Giard, 1925.

LINDON, Raymond. *Une création pretorienne: Les droits de la personnalité*. Paris: Dalloz, 1974.

LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Luís Jimenez de Asúa. 3. ed. Madrid: Reus. t. 2, s.d.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. XVIII.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

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

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. 3.

MAGGIORE, Giuseppe. *Direito Penale*. 5. ed. Bolonha: Nicola Zanelli, 1951, v. 4.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de diritto penale italiano*. Turim: Editrice Torinese, 1950. v. 7.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *La sagrada família: o crítica de la crítica crítica*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1973.

MILL, J. S. *Sobre la libertad*. Trad. Josefa Sainz Pulido. Aguilar, Madrid, 1972.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial*. Arts. 235 a 361 do CP. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 3.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, t. IV.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

NUCCI, Guilherme de SOUZA, *Código penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo. Saraiva, 2012.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilha: Public de La Universidad, 1974.
- PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e constituição*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral - artigos. 1º a 120*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial - artigos 121 a 249*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2.
- REALE, Miguel. *Lacunas e arcaísmos do Código Civil vigente*. In: *O projeto do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RIPERT, Georges. *Le regime democratique et le droit civil moderne*. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1936.
- ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O conceito de família e suas implicações jurídicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009
- ROSA, Letícia Carla Baptista; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da realização do projeto homoparental por meio da utilização da reprodução humana assistida. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, Uberlândia, 2012.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques: *O contrato Social* (Título original: *Le Contrat Social* revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Madrid: Civitas, 1997, t. I.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *O Estado e o Direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o Poder e o Direito*. Revista de Ciências Sociais. Lisboa, n. 30, jun. 1990.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. revista e atualizada. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2005.
- \_\_\_\_\_. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Trad. Norma Azeredo, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1997.

- SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2000.
- SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. 5. ed. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SZNIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Trad. Bustos Ramíres e Yánez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.
- ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.