

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

GOMERCINDO TADEU SILVEIRA

DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Porto Alegre
2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

GOMERCINDO TADEU SILVEIRA

DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. César Saldanha Souza Junior

Porto Alegre
2008

A minha esposa Mari e meu filho Cesar, todos os agradecimentos

Ao Prof. Dr. Cesar Saldanha Souza Junior o
agradecimento maior.

RESUMO

A constitucionalização do direito civil é um tema que vem se destacando mormente com a adoção da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que ao eleger o princípio da dignidade da pessoa humana entre outros, colocou a pessoa no centro, como destinatária final das ações do Estado.

A pesquisa tem o condão de demonstrar, de forma simples, o desenvolvimento de temas até então circunscritos ao âmbito do direito privado.

Matérias que foram guindadas a hierarquia de norma constitucional, fator este que em nada lhe tira o caráter de direito civil, como é o caso do direito de família. Se constatará que o direito de família deve, necessariamente, ser analisado sob o prisma da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para o fim de dar ao direito infraconstitucional a dimensão que a própria constituição fixa para os objetivos da família, qual seja o afeto.

Há enfim, uma mudança de paradigma que o direito constitucional enfocará de forma prioritária e determinante.

Também se analisará a família sob o enfoque constitucional desde a constituição de 1891. Até hoje, bem como alguns princípios constitucionais do direito de família, onde avulta e se caracteriza como o grande marco divisor, o princípio da dignidade da pessoa humana.

ABSTRATTO

La costituzionalità del diritto civile é un tema che viene si distacando maggiormente con l'adozione della costituzione della Repubblica Federale del Brasile, dal 1988, che elegendo il principio della dignità della persona umana, entre altro, collocô la persona nel centro, come destinatária finale delli Azioni dello stato.

L'indagine há il condono di dimastrare in forma semplice, il disinvolvemento di temi fin fin'ora circoscritti all'ambito dei diritti privati. Materie che sono state sollevate allá gerarchia di norma costituzionale fattore questo che per nulla le tira il carattere di diritto civile, come é il caso del diritto della famiglia.

Li constatará che il diritto della famiglia deve, necessariamente, essere analizzato sotto il prisma della Costituzione della Repubblica per motivo di dare al diritto infracostituzionale la dimensione che é própria della costituzione fisso per gli obiettivi della famiglia, qua sai l'affetto.

Ha per fine un cambiamento de paradigma che il diritto costituzionale vedrà come forma prioritária e determinante.

Anche si analizerá la famiglia sotto la forma Costituzionale della Costituzione del 1891, fino oggi. Come qualsiasi principio costituzionale del diritto di famiglia. Dove ovrá e si cararizerá come la grande marca divisória, o il principio della dignità della persona umana.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 RELAÇÃO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E O DIREITO CIVIL: EVOLUÇÃO E ESTRUTURA DOS MOVIMENTOS DE “CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL” NO BRASIL	12
1.1 Preliminares	12
1.2 Direito público e direito privado: ainda é possível fazer tal distinção?.....	13
1.3 Evolução: o primado do privado sobre o público e do público sobre o privado	16
1.4 A estrutura do debate sobre a “constitucionalização do direito civil”	17
1.5 A constitucionalização do direito civil em função da dignidade humana: uma releitura	24
1.6 Diferentes prismas acerca da interpretação constitucional.....	25
1.7 A importância das cláusulas gerais em nosso código civil	28
1.8 Os microsistemas e a descentralização do código civil diante das relações interindividuais	29
1.9 A constituição como elemento unificador.....	30
1.10 O papel do juiz na interpretação das normas constitucionais.....	30
1.11 A importância de um tribunal constitucional	31
1.12 Considerações parciais	32
2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	34
2.1 Introdução	34
2.2 A constituição de 1891.....	36
2.3 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil promulgada em 16 de julho de 1934	37
2.4 A Constituição de 1937.....	42

2.5 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946	45
2.6 A constituição brasileira de 24 de janeiro de 1967	46
2.7 A Constituição da República Federativa do Brasil de 17 de outubro de 1969	46
2.8 A atual Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988	47
2.9 Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família por determinação da constituição de 1988	50
3 DAS ENTIDADE FAMILIARES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	55
3.1 Algumas observações.....	55
4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA	58
4.1 Alguns princípios fundamentais.....	58
4.1.1 Princípio da solidariedade familiar (art. 3º, inc. i, da constituição federal de 1988).....	62
4.1.2 Princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º, da constituição de 1988, e art. 1.596 do código civil).....	64
4.1.3 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 5º, da constituição, e art. 1.511 do código civil).....	65
4.1.4 Princípio da igualdade na chefia familiar (arts. 226, § 5º, e 227, § 7º, da constituição de 1988, e arts. 1.566, incs. iii e iv, 1.631 e 1.634 do código civil).....	66
4.1.5 Princípio da afetividade	67
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do direito civil é um tema que vem se destacando, mormente com a adoção da Constituição da República de 1988 que ao eleger o princípio da dignidade da pessoa humana entre outros, colocou a pessoa no centro, como destinatária final das ações do Estado.

A presente pesquisa antes de esgotar o tema, o que desde já saliente-se, não é seu objetivo, visa demonstrar de forma simples, o desenvolvimento de temas até então circunscritos ao âmbito do direito civil.

Foram guindados a hierarquia de norma constitucional, fator este que em nada lhe tira o caráter de direito civil, talvez a única constatação é referente a sua alteração, pois é de sobejo conhecimento que a alteração de um texto constitucional necessita de maioria qualificada – três quintos – dos integrantes das duas casas legislativas, ao contrário da legislação ordinária que se satisfaz com a maioria absoluta.

Diante disto, constata-se que o direito de família deve, necessariamente, ser analisado sob o prisma da Constituição da República, obviamente trazendo a matéria uma outra dimensão.

Isto que dizer que não se trata unicamente de estudar os institutos privados que se encontram previstos na Carta Magna de 1988, mas sim de analisar a Constituição em confronto com o Código Civil e vice versa.

O que se constata é a grande mudança de paradigma, não apenas no seu aspecto formal, mas acima de tudo dos temas abordados como um todo.

Embora o fenômeno da constitucionalização do Direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas. Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável⁵⁷, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.

“Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma”⁶⁸¹. A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. Há regras específicas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por

¹ A primeira parte da frase (“Ontem os Códigos; hoje as Constituições”) foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB: “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer”.

todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade. Não é o caso de se percorrerem as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o direito civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral².

² Para este fim, v. TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, obra coletiva na qual se discute a constitucionalização do direito civil em domínios diversos, incluindo o direito das obrigações, as relações de consumo, o direito de propriedade e o direito de família. Sobre o tema específico da boa-fé objetiva, vejam-se MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; e NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

1 RELAÇÃO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E O DIREITO CIVIL: EVOLUÇÃO E ESTRUTURA DOS MOVIMENTOS DE “CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL” NO BRASIL

1.1 Preliminares

Esta primeira parte deste trabalho tem como finalidade analisar o que poderíamos, seguramente, chamar de “constitucionalização do direito civil”. Trata-se de um tipo de processo de constitucionalização do direito ordinário brasileiro, que se deve a vários fatores. Dentre estes fatores, o mais relevante deles é a tendência de se centralizar a constituição, isto é, torná-la unipresente em todas as esferas do ordenamento jurídico.

Esta centralização da constituição acarreta, entre outras coisas, um impacto contrário no código civil. A descentralização do código civil acaba por abrir um espaço consideravelmente grande para a ascensão de microssistemas e outros mecanismos.

Diante desta situação, propõe-se aqui uma análise sobre o contexto e as vicissitudes que a temática traz à realidade jurídica brasileira, tendo em vista sustentar-se a permanência do código civil mediante sua coexistência dialógica com o sistema constitucional vigente, sobretudo no que toca às normas de direito de família que, contendo normas tipicamente de direito ordinário, há muito, já foram elevadas à hierarquia constitucional.

1.2 Direito público e direito privado: ainda é possível fazer tal distinção?

Na Grécia clássica, berço de nossa civilização e fundadora de nossa democracia, o direito público e o direito privado eram interligados. Dada à realidade e as circunstâncias sociais da *pólis*, a relação entre o campo público e o campo privado não poderia ocorrer de forma diferente, pois, consoante nossa história revela, os cidadãos reuniam-se na *ágora* para que pudessem participar de decisões relevantes acerca dos interesses da comunidade, que expressa, no dizer dos clássicos, a *politia*. Ou seja, para os gregos, o *oikos*, campo do privado, era tido somente como um *methos*, necessário e imprescindível, para a inserção e a realização do ser humano no campo público, cujo espaço privilegiado era *polis*.

Diferentemente do que ocorreu na Grécia, em Roma, observa-se uma nítida separação entre direito público e direito privado. Os cidadãos romanos não participavam ativamente das decisões políticas que diziam respeito aos interesses públicos e ao bem comum.

Avançando um pouco para a modernidade contemporânea, percebe-se que a esfera pública e a esfera privada estão unindo-se novamente, pois se pode dizer que o bem jurídico que ambas as esferas protegem é a dignidade da pessoa humana³, fundamento este ontológico do Estado democrático, que só se configura no âmbito político.

A este respeito, observa Hannah Arendt:

[...] sabemos que a contradição entre o público e o privado, típica dos estágios iniciais da era moderna, foi um fenômeno temporário que trouxe a completa extinção da própria diferença entre as esferas privada e pública, a

³ Para Hannah Arendt a dignidade humana possui dois aspectos, o aspecto ontológico e o aspecto moral.

submersão de ambas na esfera do social. Pela mesma razão, estamos em posição bem melhor para compreender as conseqüências, para a existência humana, do desaparecimento de ambas estas esferas da vida – a esfera pública porque se tornou função da esfera privada, e a esfera privada porque se tornou a única preocupação comum que sobreviveu.⁴

Destarte, hodiernamente, direito público e direito privado não são mais realidades opostas, pois o direito privado deixou de ser o representante da vontade individual e o direito público, por sua vez, não tem mais como meta crucial subordinar o cidadão⁵. Devido à intervenção estatal que condena o individualismo e acrescenta regras de cunho social no nosso código civil, através de cláusulas gerais e outros mecanismos, o espaço entre direito público e direito privado torna-se cada vez menor, apesar das duas esferas ainda encontrarem-se, tanto didática, como teleologicamente, separadas.

Cabe agora situar a gênese desta separação entre o público e o privado que ocorreu na modernidade.

Segundo Bobbio, haveria uma dicotomia entre o público e o privado. Para ele, seguindo os ensinamentos *monadológicos* de Kant, “a esfera do público chega até onde começa a esfera do privado e vice-versa”⁶.

Nesse raciocínio, para o termo “dicotomia”, atribui-se um novo significado, sendo tratado como sinônimo de contradição, muito distinto do seu significado e uso clássico, no

⁴ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

⁵ Analisando ainda o pensamento de Hannah Arendt, nota-se que, para ela os gregos davam mais importância à esfera pública, esfera esta que assumia o papel de limitar e de unir. A filósofa defende a idéia de que para os gregos existia um verdadeiro abismo entre o público e o privado. O meio deste abismo seria a esfera social. (Ibid.)

⁶ BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In: ESTADO, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p. 13.

sentido de algo que, tão somente, apresenta dois lados. Para o Facchini, os movimentos de “constitucionalização” seriam uma tentativa de superação desta “dicotomia”⁷.

Os critérios para diferenciar o direito público e o direito privado seriam de duas ordens, para Bobbio⁸: a) quanto à *matéria*, o direito público tutelaria interesses coletivos, enquanto o direito privado tutelaria interesses individuais; b) quanto à *forma*, o direito público tutelaria relações de subordinação, enquanto o direito privado tutelaria relações de coordenação.

Por outro lado, ressalta Facchini⁹ que em Kant a distinção entre direito privado e direito público, seria irrelevante, pois ambos seriam direito legislado, ou seja, ambos os ramos seriam direito público, uma vez que ambos eram direito estatal, sendo que o único direito existente fora Estado seria o direito natural, no âmbito do estado de natureza.

Assim sendo, a distinção entre direito natural e direito positivo poderia inclusive se confundir com a distinção entre direito privado e direito público: o direito privado caracterizar-se-ia por ter como fonte direta a natureza humana (logo o direito natural) e a razão, além de coordenar, segundo a classificação aristotélica, a relação pessoa-pessoa/parte-parte; o direito público, por sua vez, caracterizar-se-ia por ter como fonte a vontade, a vontade do legislador, além de atuar, numa relação de subordinação, entre todo-parte/Estado-indivíduo.

⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 13-14.

⁸ BOBBIO, A grande dicotomia...: p. 13-14.

⁹ FACCHINI NETO, op. cit., p. 15.

Todavia, entendido como fenômeno que possui dois lados, e não como antítese, a “dicotomia” entre direito público e direito privado poderia ser traduzida da seguinte forma: o direito público trataria das questões atinentes à organização fundamental do estado (“OFE”) e o direito privado trataria das relações econômicas e intersubjetivas (“REI”).

1.3 Evolução: o primado do privado sobre o público e do público sobre o privado

A preponderância do privado sobre o público, na evolução do direito é “*cíclica*” e “*pendular*”¹⁰. Entre os gregos, como já ressaltado, não havia uma distinção clara, mas sim uma “*interpenetração*”, uma vez que a democracia adotava a forma de *politia*, ou seja, era realizada diretamente pelos cidadãos atenienses. Em Roma, por sua vez, face à pouca participação direta, que caracterizaram uma democracia oligárquica, havia uma “*separação nítida*”. Já no medievo, houve a absorção do público pelo privado, uma vez que “*do direito de propriedade derivava o poder político e o prestígio social*”¹¹.

Com o advento da modernidade, entretanto, o direito privado torna-se, pela primeira vez, “*positivado, estatal e burguês*”¹². Surge um novo contexto social, que colocava em cheque o valor que o *status* tinha no medievo, dando lugar para a hegemonia do “egoísmo” trazido pela filosofia individualista.

Além disso, consoante à configuração de um Estado Liberal, nos moldes clássicos, caracterizado pelo desprezo ao intervencionismo, desenvolve-se, no seio da pandectística

¹⁰ FACCHNI NETO, Reflexões..., p. 15.

¹¹ Ibid., p. 15-17.

¹² Ibid.

alemã e da tradição voluntarista dos teóricos do direito natural moderno, a noção de direito subjetivo.

É nesse cenário que surgem as primeiras codificações e, com elas, o surgimento de uma nova ideologia jurídica: “3 C’s”¹³ (ou seja: códigos *completos, claros e coerentes*). Adota-se ainda a filosofia iluminista de culto ao legislador, emanada na Escola da Exegese, onde impensável seria questionar-se da justeza da lei, uma vez que, segundo Rousseau, seria a lei fruto da vontade geral, e ninguém faria injustiça contra si mesmo.

Mas, com o surgimento do *welfare state*, a apatia estatal dá lugar ao intervencionismo. Nasce o controle de constitucionalidade como uma limitação e funcionalização jurídica à tutela dos direitos fundamentais. Há ainda uma relativização da tutela da autonomia da vontade, em prol da proteção da dignidade da pessoa humana.

O direito, nesse novo contexto, assume, segundo Perlingieri¹⁴, também uma função de transformação social. Passa-se assim, para um primado do público sobre o privado.

1.4 A estrutura do debate sobre a “constitucionalização do direito civil”

Graças a essa transformação, as relações entre direito constitucional, direito ordinário e direito judiciário passaram a ocupar cada vez mais espaço nos debates jurídicos

¹³ FACCHINI NETO, Reflexões...

¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

contemporâneos. Nesse sentido, tais questões passaram a ser estudadas no seio da teoria do direito alemã, com bastante cautela e realismo¹⁵.

Surgiram assim, obras como a de Claus-Wilhelm Canaris (1984), preocupado com a tutela dos direitos fundamentais¹⁶ e a de Konrad Hesse (1988), preocupado com as vicissitudes dos níveis dos ordenamento jurídico e, principalmente com os problemas como a relativização dos direitos fundamentais constitucionais se estes fossem aplicados diretamente por qualquer juiz ordinário e não somente pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão¹⁷.

Mas, no que toca ao direito brasileiro¹⁸, na verdade, foram dois os fatores que instigaram a proposição de uma “constitucionalização” do direito privado: o primeiro, foi o fato de que a constituição de 1988 estendeu exponencialmente sua matéria normativa, inclusive sobre o âmbito do direito privado, como o atesta o capítulo sobre a família, a criança, o adolescente e o idoso; e o segundo, porque, indiscutivelmente, o novo código civil abriu ainda mais o sistema jurídico brasileiro a cláusulas gerais e a conceitos indeterminados¹⁹.

No seio desse debate, entre os autores pátrios surgiram três grandes tônicas argumentativas tentam explicar o fenômeno da constitucionalização do direito civil: a

¹⁵ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito constitucional, direito ordinário e direito judiciário. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, Porto Alegre, 2005.

¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁷ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.

¹⁸ Essas preocupações também não têm escapado dos juristas argentinos. Neste sentido, vide: MAYÓN, Carlos A. *Bases constitucionales del derecho civil*. La Plata: Lex, 2001.

¹⁹ Sobre isto, vide: SARLET, Ingo W. (Org.). *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; TEPEDINO, *Problemas...*; MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexo dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

primeira, exponencialmente, defendida por Gustavo Tepedino²⁰ e Ricardo Aronne²¹, pretende a extinção das disciplinas do direito constitucional e do direito civil, em prol do nascimento de uma nova disciplina jurídica, que teria a pretensão de sintetizar todo o direito: a ciência do direito civil-constitucional; a segunda, arquitetada, principalmente, por Luis Edson Fachin²², aceita a existência de uma autonomia teoria entre as duas disciplinas, mas, entretanto, assenta que, na prática judiciária, face à tutela da dignidade da pessoa humana, pode-se ir direto ao direito constitucional, pois este englobaria também o direito civil; e a terceira, mais equilibrada, fomentada em relevo por Eugênio Facchini Neto²³ e Ingo Sarlet²⁴, prega o respeito e o reconhecimento da autonomia entre ambas as disciplinas, advertindo que o intérprete, ao vislumbrar o caso concreto, deve dar uma preferência às normas constitucionais, uma vez que, também para esta posição, cabe ao juiz também a concretização casuística dos direitos fundamentais.

Evidentemente, que uma série de outras teses de autores civilistas pátrios não estão diretamente evidenciadas nesta classificação proposta, entretanto, ressalta-se que, salvo raras exceções, essas posições são assumidas expressamente pela doutrina.

Porém, *in concreto*, todas essas visões, comungam da tese de que, entre direito constitucional e direito ordinário, não haveria distinções de funções, nem, assim, de âmbitos práticos de legítima autonomia. Para esse “novo constitucionalismo” não haveria limites à

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Perfis de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, e TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²¹ ARONNE, Ricardo (Org.). *Estudos de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v. 2.

²² FACHIN, Luís Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. *Revista de Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v.2, n. 1, p. 99-107, ago. 1995.

²³ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 13-21.

²⁴ SARLET, A *constituição...*

intervenção das normas constitucionais, em especial as que contemplassem princípios, em relação aos demais subsistemas normativos existentes no ordenamento²⁵.

Ocorre que esses movimentos de “constitucionalização” partem da distinção *topográfica* entre as normas inseridas no texto constitucional e as demais normas contidas nos textos legislativos ordinários. Após esta distinção, tais autores sustentam uma subordinação *completa, direta e imediata*, do direito ordinário em face do que entendem ser matéria de *direito constitucional*. Para Cezar Saldanha, “essa corrente bem poderia ser denominada de *totalitarismo jurídico*, ou de *colonialismo do direito constitucional* sobre os demais ramos do direito”²⁶.

E, assim, conclui o mesmo autor:

Falta a essas correntes uma visão integrada do ordenamento jurídico, capaz de contemplar a unidade superior que é conjugada pelo menos por três instâncias (direito constitucional, direito ordinário e direito judiciário), com funções lógicas e teleológicas distintas e complementares, dignas do devido respeito, num tecido de relações recíprocas ascendentes e descendentes. Falta totalmente a essas correntes a compreensão de que o fundamento do direito (a dignidade da pessoa humana, com todos os seus valores) não advém de uma mera vontade política do constituinte no ápice da pirâmide jurídica, para de lá ditar seus comandos. Na verdade, o fundamento do direito está nos alicerces do ordenamento, ou seja, na realidade ontológica da pessoa, da família e da vida social ordinária. Daí vai subindo, em instâncias críticas e de diálogo, pela via do direito legislado, até a cúpula do ordenamento, de onde, enriquecida e descortinando o todo, pode realimentar o diálogo circular hermenêutico, que recomeça nas bases do ordenamento.²⁷

Além disso, foi constatado que os valores surgem da realidade fática profunda da dignidade humana e que, quando são descobertos e modelados pela razão, adquirem uma dimensão metafísica (geral, abstrata e universal). Pois bem, estes valores, para que possam ser

²⁵ SOUZA JUNIOR. Direito constitucional...

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

novamente concretizados nos fatos, pelo direito, têm de passar, imprescindivelmente, por um processo de mediação²⁸.

Esses valores, ao cruzarem a fronteira entre tais planos, deixam de ser, na verdade, *valores* (gerais, abstratos e universais) e, inevitavelmente, são contaminados pelos interesses e pelas ideologias que envolvem toda a vida humana concreta. Logo: “os valores enquanto valores só existem no plano fundamental do ordenamento jurídico.”²⁹

Neste sentido, impõe-se a delimitação da distinção das espécies normativas propostas e sistematizadas por Humberto Ávila³⁰, quais sejam, *princípios*, *regras* e *postulados*. Segundo o presente autor, os *princípios* são normas que estabelecem imediatamente finalidades, exigindo a realização de certas condutas para serem atendidas pelo ordenamento, referindo-se, diretamente, a valores. Já as *regras* são normas que estabelecem imediatamente condutas, modelos de comportamento, com vistas à realização de determinadas finalidades, estabelecidas por outros princípios. Por sua vez, os *postulados* são normas que estabelecem imediatamente métodos de realização de outros princípios e regras.

A partir dessa classificação, abstrai-se: (a) que cada espécie de norma exige um determinado modo de aplicação; (b) que a diferença quanto ao modo aplicação, determina a solução dos possíveis conflitos entre as espécies de normas diante dos casos concretos; (c) que a aplicação de cada espécie normativa determina o grau do ônus argumentativo da respectiva aplicação; e (d) que, no Brasil, é inaplicável a adoção de classificações normativas estrangeiras, devido as diferenças de modelos de controle de constitucionalidade.

²⁸ SOUZA JUNIOR. Direito constitucional...

²⁹ Ibid.

³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

De toda sorte, o que é relevante é que toda concretização, seja no plano intermediário da lei, ou no plano concreto dos fatos, envolve, ainda que em grau mínimo, uma ideologização³¹. Por isso, Jellinek³² sustentava que os valores constitucionais somente tinham uma função de *controle* (ou seja, indireta e mediata), não tendo o papel de orientar as condutas, pois tal tarefa, direta e imediata, seria ideologizante e, assim, requereria, necessariamente, órgãos políticos para erigirem uma legislação.

Assim, a função dos valores seria a de corrigir e julgar a legislação e as condutas adotadas³³. Ou seja, os valores serviriam para que tivesse meios de se efetuar, nas palavras de Karl Loewestein, a *police control* da legislação, ou seja, da *police determination*³⁴.

Para Cezar Saldanha, essa seria “a primeira e grande razão para a preservação da autonomia (legítima, equilibrada e moderada) entre as funções de direito constitucional e as de direito ordinário.”³⁵ Na verdade, sem tal respeito a essas exigências da razão prática e da realidade, o direito constitucional não seria mais um direito de valores, mas sim um direito de ideologias, que poderiam ser impostas facilmente, porque seriam, *in concreto*, falsamente consideradas valores.

Diante disso, para assegurar a “*transcendência do plano constitucional dos valores*”, a grande maioria dos países de tradição romano-germânica criou uma jurisdição constitucional distinta da jurisdição ordinária³⁶.

³¹ SOUZA JUNIOR. Direito constitucional...

³² JELLINEK, op. cit.

³³ SOUZA JUNIOR, op. cit.

³⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, [s. d.].

³⁵ SOUZA JUNIOR, op. cit.

³⁶ Ibid.

Assim, surgiram Tribunais Constitucionais como verdadeiros poderes autônomos dentro do Estado. A separação do âmbito das justiças ordinária e constitucional passou a ser indispensável para a consolidação da democracia após a segunda guerra mundial, incorporando-se aos tradicionais arranjos essenciais do chamado Estado Democrático de Direito.

Com isso, preliminarmente, pode-se concluir que as constituições não tem condições de substituir as legislações, nem estas aos juízes. Trata-se de níveis distintos de manifestação da prudência jurídica³⁷.

Como ressalta Cezar Saldanha:

Práticas e doutrinas com tal pretensão seriam verdadeiras monstruosidades totalitárias, a subverter a dignidade humana (o fundamento de todo o direito), e a distorcer os valores fundamentais do ordenamento jurídico (as autênticas aspirações da dignidade humana, finalidades de todo o direito).³⁸

Assim, há que se respeitar a distinção, lógica e teleológica, entre os níveis constitucional e ordinário de produção e realização do direito, ainda possa haver distorções, com a colocação na constituição de normas tipicamente de ordem ordinária e privada, como sucede com as normas que dizem respeito à família e foram, indiscutivelmente constitucionalizadas pelo direito brasileiro.

³⁷ Sobre isso, vide: MASSINI, Carlos Inácio. *La prudencia jurídica*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982.

³⁸ SOUZA JUNIOR, Direito constitucional...

1.5 A constitucionalização do direito civil em função da dignidade humana: uma releitura

Como já apontado, um número relevante de autores contemporâneos vem defendendo a tese de que o direito civil deve ser interpretado de acordo com os princípios garantidos pela constituição. Para tanto, utilizam-se expressões como “despatrimonialização”, “publicização”, “humanização” e “constitucionalização” do direito civil, que vem sendo cada vez mais utilizadas para explicar esta tendência.

A despatrimonialização significa que, por exemplo, a família, a propriedade e o contrato, elementos protegidos e que dão conteúdo ao direito privado, ao entrarem em conflito com a dignidade da pessoa humana ou com outras garantias fundamentais, teriam que ter seu conteúdo concreto repensado. Por outro lado, trata-se de se sustentar que a dignidade humana deve prevalecer sobre o interesse exclusivamente econômico.

Nesse sentido, a atual constituição brasileira veio a consagrar um modelo de Estado Democrático de Direito e a garantir os valores existenciais da pessoa humana. A este respeito, Maria Celina Bolzan de Moraes ressalta: “[...] são os valores existenciais que, porque privilegiados pela constituição federal, se tornam prioritários no âmbito do direito civil”³⁹.

Assim, é inevitável a mudança que o direito civil está vivenciando, pois o individualismo não ocupa mais a posição central em nossas legislações privadas, tendo em

³⁹ MORAES, Maria Celina Bolzan. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, 1999.

vista que o estado almeja uma garantia do bem comum e da justiça social⁴⁰. Levando em consideração o que já foi mencionado, não é tarefa difícil perceber que a norma constitucional está enraizada profundamente nas interpretações de nossas leis ordinárias.

1.6 Diferentes prismas acerca da interpretação constitucional

A hierarquia de constituição brasileira tem-se que ela deve ser, sem dúvida, respeitada; mas não se pode deixar de analisar o problema da relativização dos valores por ela protegidos; ou seja, muitas vezes, o mesmo princípio constitucional pode não ter o mesmo significado para todos os cidadãos. Devemos analisar também a quem cabe o dever de interpretar este documento tão importante⁴¹.

Acompanhando o raciocínio de Elísio Bastos, é logicamente compreensível que, quanto mais liberdade for concedida ao intérprete constitucional, maior será o leque de opções interpretativas e menor será a chance da supremacia da constituição permanecer intacta. E, de

⁴⁰ “Trata-se de um direito, porém, que perdeu as suas antigas características de um direito individualista e materialista, para tornar-se mais solidário e ético, passando a ter uma verdadeira função social.”...”Nesse viés, o direito privado passa a proteger de forma intensa as crianças e os adolescentes (ECA), os consumidores (CDC), os não-proprietários (Lei de locações, legislação sobre arrendamento rural e parcerias agrárias), procura-se dar uma maior tutela aos direitos da personalidade (Código Civil, arts. 11 a 21), às vítimas de danos (já que a nova responsabilidade civil tem compromisso com as vítimas, buscando garantir a reparação/compensação de qualquer dano injusto, relativizando-se a visão clássica que partia do enfoque sobre o agente causador do dano e que sempre exigia a presença de uma culpa).” Vide: FACCHINI NETO, Reflexões...

⁴¹ A este respeito Elísio Bastos assenta que: “Quanto maior liberdade criadora for concedida ao intérprete constitucional, mais flexível será seu texto normativo, menos formal será, então, seu processo de reforma ou alteração, gerando o risco grave de quebra do princípio da supremacia da Constituição. Por outro lado, quanto menor for a liberdade de criação do intérprete, quanto mais forte for a idéia de que as regras constitucionais possuem um significado imutável, maior o risco da fossilização da Constituição, mais premente o risco de que a mesma perca sua legitimidade e seu poder regulador”. E conclui: “[...] interpretar a Constituição é, na verdade, concretizá-la, quanto maior for o rol dos autores dessa exegese, maior a chance de esse texto político superior ser realizado de forma efetiva, eficaz e plena”. (BASTOS, Elísio. *Interpretação constitucional: a quem cabe a tarefa de concretizá-la?* *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, p. 241-255, out./dez. 2002.)

forma contrária, se o intérprete não tiver liberdade alguma, a constituição tornar-se-á desatualizada, e não se adequará ao caso concreto.

Para não haver controvérsias na hora de interpretar a Carta Magna, deve-se fazê-lo em duas etapas. A primeira delas é tentar interpretar a constituição com relevante inclinação para o âmbito da pessoa humana e para os valores existênciais, a respeito dos quais não há dúvida que são protegidos pela mesma. E, por último, deve-se adequar a norma constitucional ao caso concreto.

Ao que diz respeito a quem deve interpretar a Constituição, existe uma série de opiniões divergentes sobre este assunto.

Ferdinand La Salle defende que uma constituição é somente um pedaço de papel se não estiver de acordo os fatos reais. Ou seja, a Constituição da República deriva do mundo fático e é subordinada a ele. Neste sentido, para Ferdinand, as circunstâncias sociais devem ser compatíveis com a constituição. Não há porque haver uma constituição se ela não condisser com a realidade social.

Na visão de La Salle, as coisas existem (*sein*), independentemente, se as questionamos ou não. Consoante a isto, pode-se dizer que a realidade objetiva, como um dado pré-existente à realidade normativa, acaba, ao fim e ao cabo, delimitando e também determinando o conteúdo normativo de textos jurídicos interpretados⁴². Do contrário, como propugnava Kelsen, cair-se-ia na sustentação da pureza do ideal positivista, uma vez que se imporia a

⁴² A distinção entre norma e texto não pode jamais ser olvidada pelo intérprete.

idéia do dever ser (*sollen*), onde tudo deveria ser de acordo com a norma constitucional, como o fizeram os ditos constitucionalistas do direito civil.

Atente-se que, por outro lado, no âmbito do constitucionalismo democrático, quem deve deter o poder constituinte deve ser a maioria, o povo, o terceiro estado, nas palavras de Emmanuel Siéyès⁴³. Análoga a esta tese é a idéia de que a interpretação constitucional é um direito da cidadania, nos moldes como é defendida por Peter Habërle⁴⁴ e por Jürgen Habermas⁴⁵. Este último acredita que deveriam existir Cortes Constitucionais para que, através delas, os cidadãos pudessem intervir e participar da interpretação constitucional. Além disto, audiências públicas deveriam ser incentivadas para que este mesmo fim fosse alcançado.

Diferentemente da visão anterior, encontra-se a posição de Konrad Hesse, o qual afirma que a constituição tem força normativa própria, que é capaz de induzir a pessoa a cumpri-la⁴⁶. O elemento vontade é então acrescentado. O jurista alemão faz um diálogo crítico com La Salle e, em parte, concorda com ele, na medida em que contextualiza a realidade à constituição, sustentando que a norma não está no texto, e sim quando o texto “cai” na realidade.

⁴³ SIÉYÈS, Emmanuel. *Quem é o terceiro estado?* [s.n.t.]

⁴⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977. v. 2.

⁴⁶ É relevante aqui salientar que Konrad Hesse foi juiz do Tribunal Constitucional Alemão, ou seja, sua experiência profissional corroborou grandemente em suas formulações. Vide: HESSE, Konrad. *a força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

Então, a esse raciocínio presume-se que o Estado é hierarquicamente subordinado à constituição. Mediante esta perspectiva, Carl Schmitt⁴⁷ critica Hans Kelsen, defensor da criação de Tribunais Constitucionais, argumentando que se todos os atos do Estado forem normas, todas as decisões poderiam passar pela revisão do judiciário. Destarte, o soberano, guardião da Constituição, perderia a autonomia para aplicar e interpretar a norma constitucional consoante sua vontade.

1.7 A importância das cláusulas gerais em nosso código civil

Princípios normativos e cláusulas gerais que expressem valores da sociedade consagrados na constituição podem ser adotados para justificar uma reforma legislativa na realidade brasileira⁴⁸. É quase unânime a opinião de que o direito civil não pode ser totalmente englobado pelo direito constitucional. Tais cláusulas permitem que o intérprete faça um balanço entre a evolução da sociedade, que pede modelos normativos mais flexíveis e o sistema calcado em normas muitas vezes rígidas e com pouca liberdade de interpretação.

⁴⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, [s. d.].

⁴⁸ “Cláusulas gerais são normas de conteúdo propositadamente indeterminado, isto é, cujo sentido deverá ser encontrado pelo juiz em cada caso concreto que venha a ser posto para sua apreciação (...)”. Podemos salientar: as cláusulas gerais que conclamam as partes a se portarem de acordo com a boa-fé na formação, na concretização e no pós-realização dos contratos (CC, art. 422); a que prevê o abuso do direito (CC, art. 187); a que dispõe sobre a função social do contrato (CC, art. 421); a do dano moral (CC, art. 186); a norma que orienta para o “melhor interesse da criança” (CC, art. 1.625); a cláusula geral que proíbe as interferências prejudiciais no direito de vizinhança (CC, art. 1.277); a que disciplina as hipóteses de responsabilidade civil, quer a decorrente da culpa (em sentido amplo, CC, art. 186 c/c art. 927, caput), quer aquela que decorre do “risco” (CC, parágrafo único do art. 927). Entrevista com Alberto Gosson Jorge Junior, professor da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e advogado. São Paulo: Saraiva, Coleção Prof. Agostinho Alvim, 2004.

A inclusão da cláusula geral, em nosso código civil, é a prova de que nosso direito privado está moldando-se de acordo com as exigências impostas pela constituição, tendo em vista que são mecanismos genéricos, e não específicos.

Ao utilizar uma cláusula geral, o operador de direito não pode usar o livre arbítrio no momento de interpretá-la, pois é evidente que surgem aí diferentes interpretações. A jurisprudência então, torna-se uma aliada importante nesta tarefa, pois as peculiaridades de cada caso concreto são o fator decisivo na hora de se ponderar os princípios constitucionais.

1.8 Os microssistemas e a descentralização do código civil diante das relações interindividuais

O aumento de microssistemas comprova que o código civil não se encontra mais no centro das relações de nosso direito privado⁴⁹. O estatuto da criança e do adolescente, o código de defesa do consumidor e a lei do direito autoral são exemplos de microssistemas.

A ascensão dos microssistemas em nossa esfera jurídica tem recebido o nome de era dos estatutos. Deste modo, o contrato, a família e a propriedade, matérias que se caracterizam por pertencerem ao direito civil, fazem-se presentes e são considerados no âmbito da constituição.

⁴⁹ MORAES, A caminho...

1.9 A constituição como elemento unificador

Assim, tendo em vistas todas essas mutações contemporâneas, tem-se que a constituição vem tornando-se cada vez mais um elemento unificador do sistema jurídico, não só como pressuposto de validade, mas também em seu conteúdo material. Mas, de tal fato não se deve deduzir que o atual código civil e as demais leis hierarquicamente inferiores à constituição devem, simplesmente, desaparecer. Significa sim, apenas que, no caso do direito civil, não há mais razões plausíveis para que o individualismo seja mantido diante do fato de que o homem vem sendo pensado de modo intrínseco a sua atual sociedade.

A palavra “pessoa” vem sendo, cada vez mais, utilizada para designar o sujeito de direito, pois tal palavra tem a capacidade de representar o ser humano inserido em sua realidade social e econômica. A palavra “homem”, por sua vez, passa-nos uma idéia de indivíduo em sentido abstrato, tornando-se obsoleta diante das circunstâncias vivenciadas por nosso universo jurídico⁵⁰.

1.10 O papel do juiz na interpretação das normas constitucionais

Todavia, se a constituição brasileira vem se tornando mais unificadora e mais absoluta, qual é então o papel do juiz na interpretação da norma constitucional? A relativização dos valores protegidos pela constituição não pode chegar ao ponto de permitir que o juiz

⁵⁰ Miguel Reale aborda este tema em seu texto “A Constituição e Código Civil”. (REALE, Miguel. *A Constituição e Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 18 ago. 2004.)

interprete as normas como bem entender. O juiz não deve embasar-se totalmente e somente na constituição, visto que, se o fizer, corre o risco de ser arbitrário e de “contaminar” o texto constitucional com suas crenças e experiências pessoais.

Na verdade, o juiz deve sim continuar usando o código civil para fundamentar suas escolhas, pois assim suas decisões não serão tão abstratas e subjetivas como o seriam se ele utilizasse somente a constituição. O código civil de 2002 já está, conforme se ventilou anteriormente, moldado de acordo com os princípios presentes na constituição de 1988.

1.11 A importância de um tribunal constitucional

O Brasil possui hoje um sistema judicial “confuso”. Os onze ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal podem ser chamados de guardas da constituição, mas o problema consiste no fato de não serem os únicos detentores desta tarefa, pois, no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, todo e qualquer juiz é apto a julgar a justiça e a legitimidade das leis em face da constituição.

A criação de um tribunal constitucional seria uma boa opção de reforma para o Brasil. Se os membros que compõem o tribunal constitucional fossem eleitos pelo povo, a democracia far-se-ia mais presente na vida da população. Desta forma, o povo participaria, mesmo que indiretamente, da interpretação constitucional, evitando-se, assim, a apologia, hoje corrente na magistratura nacional, do temido governo dos juízes.

Como no Brasil nem todas as decisões passam pelo Supremo, tem-se um colapso do sistema constitucional, pois é preciso ter-se uma autoridade para dizer-se o que é constitucional, para que não se caia no relativismo. Há mais probabilidade de um grupo de pessoas acertar, no caso do tribunal constitucional, do que de uma só pessoa, como é o caso de um juiz em seu gabinete. Além disto, há o problema da legitimidade da decisão.

1.12 Considerações parciais

Dizer que o código civil está constitucionalizando-se não significa que o mesmo deva ser abandonado e substituído pela constituição. Se apenas dispusermos da constituição, que critério utilizaríamos para estabelecer prazos, e como explicaríamos, por exemplo, o que é união civil? O direito civil não pode perder sua especificidade.

De outra parte, de fato, não há mais espaço para a hermenêutica meramente exegética, e nem que o juiz não deva ter autonomia alguma no exercício de sua ocupação. Impõe-se, assim, a necessidade de se criar uma maneira de se limitar a manifestação da vontade (e do livre arbítrio) do juiz, e uma das soluções necessárias, porém não suficientes foi a adoção das súmulas vinculantes.

Enquanto a idéia de ser criado no Brasil um tribunal constitucional não é desenvolvida e amadurecida, deve-se exercitar a consciência coletiva aplicando-se, não os princípios constitucionais, mas os princípios de direito privado. Deve-se continuar aplicando código civil, mas, ao ler seu texto, deve-se confrontá-lo com os princípios constitucionais. A regra de

ouro deve ser praticada, pois assim há o reconhecimento do outro como pessoa, que é o objetivo da constituição.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

2.1 Introdução

Preliminarmente, é oportuno salientar que o tema referente a família no Brasil passou despercebido pelas duas primeiras constituições brasileiras, pois a primeira de 1.824, nenhuma referência fazia à família em particular. A segunda constituição brasileira, a de 24 de fevereiro de 1.831, apenas passou a reconhecer o casamento civil como único ato jurídico capaz de constituir a família determinando, inclusive, a sua gravidade quanto a este aspecto, nesta época, tal era perfeitamente explicável, uma vez que as primeiras constituições que surgiram no mundo tido como civilizado são frutos do constitucionalismo liberal clássico que tinha como valor dominante a hegemonia do liberalismo, logo na visão doutrinária vigente, não há⁵¹ como se “condenar” os responsáveis pela elaboração de nossas duas primeiras constituições pela ausência de um título dedicado à família. Pois esse era o posicionamento predominante naquela época.

Aliás, a lição de Sergio Resende de Barros é esclarecedora: “A ordem política foi o conteúdo inicial das constituições escritas. Desde o final do século XVIII, foram elaboradas na Europa e na América constituições políticas cujo conteúdo era a organização fundamental

⁵¹ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.

do Estado, mediante a separação de poderes e a declaração dos direitos fundamentais do homem e do cidadão”⁵².

A preocupação do direito constitucional nesta época era com relação as questões políticas, pois do ponto de vista formal se entendia que somente aquelas questões relacionadas com o exercício do poder é que deveriam estar contidas no corpo das constituições.

Os ideais de liberdade advindos da Revolução Francesa ainda soavam nitidamente na classe então dominante, logo era primordial definir e limitar o poder para que o mesmo fosse ao encontro dos interesses da classe dominante. O exarcebado individualismo não dava lugar ao social, e por conseguinte a família como fim não era prioridade. A esse respeito é elucidativa a afirmação de Alvacir Alfredo Nicz⁵³ “As regras constantes do Código Supremo Monárquico eram meramente políticas, não estava dentre as atribuições desse Estado Liberal a promoção do bem estar dos cidadãos, porquanto cabia-lhe apenas a manutenção da ordem e da segurança como a melhor forma de garantir que cada um cuidasse de si e isto refletisse na melhoria de todos”.

⁵² BARROS, Sergio Resende de. O nucleamento do direito constitucional. *Revista de Ciências Sociais*, Piracicaba, 10/108, 1997.

⁵³ NICZ, Alvacir Alfredo. *A liberdade da iniciativa na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 60.

2.2 A constituição de 1891

José Sebastião de Oliveira⁵⁴, a respeito da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de Fevereiro de 1.891, nos traz as seguintes informações:

Nossa segunda Constituição e a primeira republicana tem sua origem embrionária em um projeto elaborado por uma comissão de notáveis republicanos nomeados pelo governo provisório e aqui já nominados, resultado da fusão de três outros projetos, cuja redação final foi de Francisco Rangel Pestana, que, após ter sido retocado pelo ministro da Fazenda da Época, Ruy Barbosa, foi aprovada ad Referendum da Assembléia, em 22 de junho de 1.830, pelo Referido Governo e fora remetido à apreciação da Assembléia Constituinte, cujos debates e discussões duraram até 23 de fevereiro de 1.891, sendo promulgada no dia seguinte, ela fora modelada em seus princípios fundamentais, pela constituição norte-americana.

Com a proclamação da República em 1889 as idéias de Rui Barbosa, membro do Governo Provisório com suas idéias sobre o casamento civil, veio a prevalecer na futura constituição.

Registre-se que essa constituição republicana também trouxe um capítulo específico referente a família. Apenas inserido no parágrafo quarto do art. 72 a afirmativa de que a república só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita. Tal dispositivo foi sem dúvida uma forma de marcar posição diante do direito canônico, retirando da Igreja Católica o direito ao controle do ato jurídico válido do casamento e continuando a dar clara conotação de ilegalidade à cerimônia religiosa do casamento celebrado perante o credo religioso, até então considerado como religião oficial pelo direito constitucional imperial. Por

⁵⁴ OLIVEIRA, *Fundamentos...*, p. 26.

ser pomposa a cerimônia do casamento, ela constituía um dos mais fortes instrumentos de influência do credo católico sobre a vida privada dos brasileiros.

Dessa forma a segunda Constituição brasileira também acentuadamente liberal, defensora do individualismo como forma de realização pessoal, iniciou e terminou sua vigência sem contemplar um capítulo destinado ao campo social e em especial sem ter dedicado uma proteção a família brasileira enquanto perdurou a sua vigência. Novamente a explicação para a não regulamentação da família em nível constitucional reside na Constituição, e, portanto, no seu caráter não intervencionista.

2.3 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil promulgada em 16 de julho de 1934

Nas primeiras décadas do início do século XX, o mundo vivia em verdadeira ebulição.

Em 1.919 eclodiu a revolução mexicana que veio originar, em 1.917 na Constituição Mexicana, considerada a primeira elaborada e voltada à ordem econômica e social.

A esse respeito afirma Alberto Trueba Urbina⁵⁵: “A princípios deste século, a primeira revolução no mundo que rompeu as fórmulas do passado foi a mexicana, cujos postulados de reformas sociais modelam-se na constituição de 1917 que impôs ao Estado a obrigação de

⁵⁵ TRUEBA URBINA, Alberto. *La primeira constitución político-social del mundo*. México, 1971. p. 20.

intervir na vida econômica do país e de tutelar e reivindicar aos grupos humanos de trabalhadores camponeses”.

A esse respeito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵⁶ afirma que a famosa Constituição de Weimar de 11 de agosto de 1919, modelo de constituição política, econômica e social, este texto acrescentou às normas de organização política (primeira parte) e às liberdades públicas (seção 1.º, segunda parte), preceitos relativos a vida social (seção 2.º, segunda parte), a religião e sociedades religiosas (seção 3.º), à instrução e estabelecimento de ensino (seção 4.º) e à vida econômica (seção 5.º).

Na primeira década deflagrou-se a primeira grande guerra mundial, entre os anos de 1.914 a 1.918. Na Rússia, em 1917, caiu o despótico e cruel governo Czarista, assumindo em seu lugar um Governo Comunista que implantou um Estado Social sob o Comando de Lênin.

Os Estados Unidos sofreram a depressão econômica, com início em 1.929, cujo marco fundamental foi o crash da Bolsa de Nova York, trazendo como reflexos imediatos o desemprego e a recessão que foram enfrentados com a política do New Deal. Na Itália se consolidava um novo regime, posteriormente denominado fascista, sob a liderança de Mussolini, e a República Weimer, na Alemanha, já demonstrava sinal de enfraquecimento, cuja posterior sucumbência acabou dando origem ao regime nazista liderado por Adolf Hitler⁵⁷.

Esse rol de acontecimentos conflituosos era a demonstração inequívoca de que o pacto político até então vigente e tido como adequado, o liberalismo clássico, não atendia seus fins,

⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 85

⁵⁷ CF. SILVA, Floriano Correa Vaz da. *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo: Ltr, [s.d.] p. 79.

clamando, assim, por uma nova ordem política e econômica-social, em especial que pudesse atender os mais frágeis, ou seja o regime atendia tão somente a diminuta classe dominante, aliás a esse respeito nos esclarece Alberto Trueba Urbina⁵⁸:

O individualismo político robusteceu as constituições políticas, afim de garantir a liberdade do homem frente ao Estado; porém, ignorou que o homem não pode viver de vínculos sociais e também tem direito de ser livre frente ao homem e frente aos instrumentos da produção. Esta é a causa do fracasso do individualismo, como doutrina política, além de que não teve em conta as relações entre a sociedade e o Estado. A quebra do individualismo implicou a ruptura das Constituições Políticas.

Neste contexto a situação do Brasil não era diferente: passava também por crises políticas e econômica-social, sendo vem verdade que os governos anteriores, tanto a monarquia, quanto a primeira república pouco ou quase nada se interessaram em resolver os problemas econômicos-sociais que atormentavam o Brasil, isto, logicamente, levaria ao pacto político de então.

Diante disto, eclodiu em 03 de outubro de 1930, o movimento revolucionário, liderado por Getúlio Dorneles Vargas, que depôs o Presidente da República Washington Luis Pereira de Souza, assumindo provisoriamente o Governo do país a junta governativa, constituída por oficiais do Exército e da Marinha, a qual transmitiu em 03 de novembro o Governo a Getúlio Vargas, considerado chefe da Revolução Vitoriosa. A consequência, entre outras, fora o fim do período da Primeira República, finalizando o falido modelo liberal puro.

Iniciada em 07 de maio de 1934 a votação da constituição e encerrada a votação das emendas de redação em 08 de julho, sendo o anteprojeto submetido à aprovação final pela

⁵⁸ TRUEBA URBINA, *La primeira...*

assembléia constituinte no dia seguinte, temos que a segunda constituição republicana foi promulgada em 16 de julho de 1.934.

O texto final dessa constituição acabou por representar a transição do liberalismo clássico capitalista para intervencionismo do Estado, onde pela primeira vez normas relativas a alguns direitos sociais como salário mínimo, jornada de trabalho de 8 horas diárias, proibição de trabalho a menores de 14 anos, direito a férias, assistência médica, entre outros, debutaram no corpo de uma Constituição Nacional, fatos que demonstravam que a revolução de 30 buscava uma nova ordem social e “que definitivamente deixava de considerar como ocorria na República Velha, a questão social como uma questão política”⁵⁹.

Pontes de Miranda⁶⁰ faz a seguinte análise sobre a Constituição de 1.934:

Ela possui elemento novo: é programática, em parte social-democrática, em parte católica mais social-democrática e, pois, mais acorde com o intervencionismo do Estado e com a doutrina política católica do que a de 1.831, o que a faz Católica nos pontos relativos à ordem moral, e social-democrática e católica nos pontos relativos à ordem econômica.

Portanto, se constata que os legisladores de 1.934 houveram por bem inserir em um de seus textos a temática da família, o item “da família, da educação e da cultura”. É o que se depreende, inclusive, do anteprojeto elaborado pela comissão, tratando da proteção à família, nos arts. 107 e 108:

A família está sob a proteção especial do Estado e repousa sobre o casamento e a igualdade jurídica dos sexos: a lei civil, porém, estabelecerá as condições de chefia da sociedade conjugal e do pátrio poder, e regulará os direitos e deveres dos cônjuges. O casamento legal será o civil, cujo

⁵⁹ CARONE, Edgard. *A primeira República*. São Paulo: Difel, 1973. passim.

⁶⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1936. p.13.

processo e celebração serão gratuitos. O casamento é indissolúvel. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento.

Paulino Jacques traz a lume que: “foi a Constituição de Weimar (1.919) que, reagindo às tendências socialistas de demolir a família, manifestadas nas constituições mexicanas (1.917) e Russa (1.919), introduziu a “proteção da família” no texto constitucional; até então, era matéria de lei ordinária, que muito deixava a desejar, inspirada nela, nossa Constituição de 1.934 introduziu no seu texto um capítulo especial, “da família” com quatro artigos.

A Constituição de 1.934 preocupou-se mais com o “casamento”, origem da família do que, como o devia, com a “família” mesma; ateve-se à formalística e esqueceu-se a substancialidade da instituição”.

“Assim, percebe-se que o poder constituinte não se interessou em apresentar um conceito substancial do que seria uma família, limitando-se somente especificar o ato pelo qual ela se constituía e que o ato jurídico do casamento era indissolúvel, o que, vale dizer, não admitia o divórcio a vínculo”.⁶¹

“Pela preocupação com aspectos nitidamente secundários (pagamento de emolumentos, selos, impostos e procedimentos de habilitação) pode se dizer que a constituição de 1934 é uma constituição cartorial”⁶².

Importante, neste aspecto a manifestação de Paulo Luiz Neto Lobo⁶³:

⁶¹ JAQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 259-260.

⁶² OLIVEIRA, *Fundamentos...*, p. 48.

⁶³ LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.) *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 60.

Como destinação típica do Estado Social, aparece pela primeira vez a referência expressa a proteção especial do Estado”, que será repetida em todas as Constituições subseqüentes. Apesar da restrição à família legítima, avança-se na ampliação do conceito: permite-se o reconhecimento de filhos naturais (não adulterinos).

Pontes de Miranda⁶⁴, ao comentar o capítulo que trata “da família”, aduz:

Não é, porém, no sentido de determinado sistema jurídico que se emprega, na Constituição de 1.934, a palavra família. Não é algo de concreto que se referem os textos constitucionais, e sim à instituição social da família, o qual vale por uma diretriz programática da Constituição de 1.934, além de pequenos preceitos mais precisos que valem como regras de direito cogente, como o que se refere à indissolubilidade do vínculo conjugal.

Afirma, ainda este doutrinador:

No garantir a família como instituição o art. 144 caracterizou o casamento como indissolúvel. A grosseira feitura do preceito aponta-o como algo de incoerente. A família é protegida como instituição; mas a alusão a casamento poderia levar a pensar-se que só existe família onde houve um casamento em que se fundasse e, mais ainda, que tal casamento há de ser indissolúvel. Seria absurdo, ir-se até aí. O Estado protege a família como instituição, e se a proteção que se lhe recomenda no art. 144, só pudesse recair na família constituída pelo casamento indissolúvel, teríamos que a constituição de 1934 não quis proteger a família como instituição mas apenas as famílias que tivessem por laço o casamento indissolúvel. Não só a expressão constituída pelo casamento indissolúvel está fora do lugar como também só se pode referir ao casamento de brasileiro. Porque sobre a extensão do casamento de estrangeiros o Brasil não tem competência legislativa.

2.4 A Constituição de 1937

Com o golpe de Estado perpetrado por Getúlio Vargas em 1º de novembro de 1.937, tínhamos, então a nossa quarta constituição e a terceira Constituição Republicana.

⁶⁴ MIRANDA, *Comentários...*, v. 2, p. 389.

A influência dessa Constituição no dizer de Paulo Bonavides⁶⁵ e Paes de Andrade: “atribuem-se a vários fatores e diversas fontes de inspiração a Constituição de 1.937. Seguramente, a influência maior foi a da Constituição da Polônia, o que permitiu aos críticos e analistas da época denomina-la maliciosamente de “a polaca”.

Também é importante aqui aditar a essa fonte inspiradora a influência do fascismo de Mussolini na Itália, em 1922, e do nazismo implantado por Hitler na Alemanha. Incluem, ainda esses mesmos juristas a provável influência da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, de 1.850, terra natal de Getúlio Vargas, e ainda do Corporativismo, português no tocante a denominação de “Estado Novo”, para definir o novo Regime Implantado.

Aduzem a esse respeito Célia Galvão e Lúcia Montes⁶⁶:

O mais provável é que seja a Constituição de 1.937 a que tenha sido verdadeiramente inspirada na Constituição fascista italiana, não só na organização dos sindicatos trabalhistas, calcadas sobre o modelo da carta del lavoro de 1.927, como também na invenção de instituições como o conselho federal e o conselho de economia, como parte da própria estrutura e organização do Estado. É sob o Estado novo que a característica nacionalista e autoritária típica do fascismo se manifesta plenamente, e não na Constituição de 1934.

A Constituição de 1937 tratou da família nos artigos 124/127.

O que merece destaque no presente trabalho é o art. 124, verbis:

Art.124 A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 339-340.

⁶⁶ QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. *Constituições brasileiras e cidadania*. São Paulo: Ática, 1987.

Tendo em vista que esta Constituição fora outorgada pela mesma autoridade de 1934, efetivamente pouca alteração se constatou no tema referente a família.

No título “da família”, as alterações que se constata em relação a constituição anterior foi referente a necessidade da educação da prole com a promessa da colaboração estatal de forma principal ou subsidiária; a questão da igualdade dos direitos dos filhos naturais em relação aos legítimos no que diz respeito à incumbência dos pais e ainda firmou posicionamento de que deveria ser objeto de cuidados e garantias especiais a infância e juventude com objetivo de que fosse assegurada às crianças e adolescentes uma vida digna proporcionando-lhes desenvolvimento harmônico das suas faculdades.

A constatação é que o Estado se posiciona na condição de tutor da infância e juventude, em substituição aos pais na hipótese de caracterização do abandono.

Importante, também, neste item, a observação de José Sebastião de Oliveira⁶⁷:

Nessa constituição deixou de ser regulada por norma constitucional a questão de se estender os efeitos civis ao casamento religioso. Tal posicionamento veio a ocorrer em virtude da lei 379, de 16 de janeiro de 1937, que efetivamente regulou o casamento religioso para os efeitos civil, portanto, tornando-se um assunto inerente ao direito comum.

No entanto, verifica-se que este texto constitucional procurou permitir uma maior aproximação do povo com a religião, sem fazer menção a nenhuma delas, principalmente no que diz respeito aos jovens, quando, no seu art. 133, passou a permitir o ensino religioso, como matéria do curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias, sem obrigatoriedade de frequência compulsória por parte dos alunos.

⁶⁷ OLIVEIRA, *Fundamentos...*, p. 54.

2.5 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946

Segundo nos informa Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶⁸:

A Constituição promulgada a 18 de setembro de 1946 é fruto da 2.º Guerra Mundial. Formada nesta o Brasil, depois de algumas tergiversações de Vargas, entre as democracias em luta contra as ditaduras. Vitoriosas as primeiras, vitoriosa a causa da democracia que os aliados tomaram por bandeira contra o totalitarismo nazi-facista, não pode mais Vargas sustentar sua ditadura paternalista contra a maré montante que os acontecimentos internacionais ensejavam.

No que tange a família, tal instituto não obteve nenhuma modificação em relação a Constituição de 1934.

O importante, para esta pesquisa, é destacar que foi nesta época, em decorrência da segunda guerra mundial que ocorreram grandes transformações sociais em todo o mundo e a família não ficou fora dessa nova realidade, em especial no que diz respeito à adoção do divórcio pleno e à evolução do conceito de família, que não mais se restringia exclusivamente à constituída pelo casamento civil, fatos estes que acabaram sendo incorporados por outras constituições alienígenas.

Tal é a constatação que se depreende dos arts. 29 e 30 da Constituição Italiana:

Art. 29. Riconosce i Diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

Art. 30. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giurídica e sociale compatibile com i diritti dei membri della famiglia legittima.

⁶⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários a constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1972, v. 1, p. 5.

2.6 A constituição brasileira de 24 de janeiro de 1967

Também, nesta constituição não se constata nenhuma alteração no âmbito da família, que disciplinou tal matéria no artigo 167 e seus quatro parágrafos, limitando-se a manter os direitos já conferidos pela constituição anterior.

2.7 A Constituição da República Federativa do Brasil de 17 de outubro de 1969

Com pequenas alterações de forma e não de conteúdo, o texto dessa constituição limitou-se a repetir o que constava da Constituição anterior, em seu artigo 175 e seus quatro parágrafos. O destaque neste período da vida constitucional brasileira, sem dúvida foi a aprovação do divórcio. E tal só foi possível graças a dois fatores: A obstinação do senador Nelson Carneiro do MDB do Rio de Janeiro e do “Pacote de Abril” que propiciou a reforma da constituição por maioria absoluta e não mais por maioria qualificada de dois terços, a esse respeito são oportunas as palavras do Prof. Washington de Barros Monteiro⁶⁹:

Foi, sem dúvida, uma das mais inesperadas e imprevistas conseqüências do pacote de abril. Com efeito, a Emenda Constitucional n.8 de 14 de abril de 1977, dando nova redação ao art. 48 da Constituição Federal facultou a Reforma desta, pela maioria absoluta dos votos do total dos membros do Congresso Nacional, ao contrário do texto modificado, que fazia depender a reforma de quorum qualificado (dois terços dos votos dos membros das duas casas do Congresso Nacional). Em tais condições a iniciativa de natureza divorcista, propugnada pelo Senador Nelson Carneiro, rejeitada pelo congresso no ano precedente, por não haver alcançado o quorum então

⁶⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 220.

exigido, pôde facilmente passar no ano seguinte, por ter obtido maioria absoluta.

A essa importante constatação deve ser aditada outra: o fato de o Presidente da República da época, General Ernesto Geisel não professar a religião católica, era protestante, isto deve ter feito com que não se mobilizasse junto a bancada que lhe dava apoio, a ARENA, contra o divórcio, logo o grande divorcista, ao lado do incansável senador carioca do MDB, Nelson Carneiro, deve ser registrado este referente a decisiva participação, casual ou causal, do presidente da república general Ernesto Geisel.

José Sebastião de Oliveira⁷⁰, traz consigo a seguinte observação: “Sem sombra de dúvidas que a possibilidade da incorporação do instituto do divórcio ao nosso direito positivo, permitida pela emenda constitucional n.º 9/77, foi um marco de fundamental importância para o início da modernização do direito de família, que se encontrava um tanto desatualizado e arcaico. Esse tornou-se o único fato digno de registro, sob o aspecto do direito constitucional direcionado tão somente para a família legítima, na vigência do texto constitucional de 1969.

2.8 A atual Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988

É, efetivamente, com a chegada da Constituição Cidadã, no dizer do Deputado Ulisses Guimarães, que o direito de família sofre profundas modificações de estrutura e de conteúdo, pois não mais era possível fazer vistas grossas à realidade social interna e externa.

⁷⁰ OLIVEIRA, *Fundamentos...*, p. 71.

O art. 226 da Constituição Federal de 1988 retrata uma realidade compatível com os novos valores consignados neste texto constitucional. Sobre a constitucionalização do direito de família aduz José Sebastião de Oliveira⁷¹: “Pela análise dos vários dispositivos constitucionais destinados à família contemporânea, verifica-se quão importante ela é para a sociedade e para o Estado, bem como as diversas e complexas relações que lhe são inerentes”.

A família é, ao mesmo tempo, fator e reflexo de mudanças sociais. Sua análise em determinado período da exatamente a noção política econômica e social de uma nação.

É por este motivo que a constituição federal de 1988 é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores conquistas no direito de família, porque demonstra, além da importância do contexto familiar para o constituinte a evolução porque passou.

Este fenômeno – Elevação das relações familiares ao texto constitucional qualifica-se como “Constitucionalização do direito de Família” e representa prova da modernidade dos contornos da família Brasileira Contemporânea em sintonia com idêntico fenômeno em âmbito mundial. A constitucionalização do direito de família trouxe como consequência a intervenção na família. Todavia, ela ocorreu na medida do essencialmente necessário. Essa “intervenção” em vez de a “escravizar” foi sua fonte de libertação. A importância da família para o Estado, não se seguiu um ingerência indevida em seu interior. De maneira contrária, o Estado desempenha papel de auxílio paralelo às várias espécies de família.

Este fenômeno insere-se no contexto do Estado Moderno, onde a base do ordenamento jurídico passa a ser, rigorosamente, a Constituição, em substituição aos Códigos. Pela

⁷¹ OLIVEIRA, *Fundamentos...*

supremacia de suas disposições, a organicidade e unidade do ordenamento jurídico (afastando antinomias) é obtida através da constituição. Todas as normas infraconstitucionais devem estar em sintonia com o texto maior, sob pena de serem consideradas como ineficazes perante a nova ordem constitucional.

Assim, institutos de fundamental importância para a sociedade (como a família) são guindados à categoria constitucional. É do texto maior que irradiam os contornos da família contemporânea.

Princípios Constitucionais do Direito de Família, Previstos na atual Constituição Federal:

- Proteção de todas as espécies de família (art. 226, caput);
- Reconhecimento expresso de outras formas de Constituição de família ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, §§ 3.º e 4.º da CF);
- Igualdade entre os cônjuges (art. 5.º, caput, I, e art. 226, 5.º, CF);
- Dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio; (art. 226, § 6.º, CF);
- Dignidade da Pessoa Humana e Paternidade Responsável; (art. 226, § 5.º CF);
- Assistência do Estado a todas as espécies de família; (art. 226, § 8.º);
- Dever de a família, a sociedade e o Estado, garantirem à Criança e ao Adolescente direitos inerentes à sua personalidade; (art. 227, §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 7.º, CF);
- Igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção; (art.227, § 6.º, CF);
- Respeito recíproco entre pais e filhos: enquanto menores é dever daqueles assisti-los, cria-los e educa-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade; (art. 229, CF);
- Dever da Família, sociedade e estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada a comunidade; (art. 230, CF);
- A ocasião, é oportuno salientar que os princípios constitucionais referentes a família não se esgotam nos acima transcritos, até porque muitos deles podem ser inferidos como princípios implícitos (art. 5.º, § 2.º, CF), como é o caso do respeito, afetividade, igualdade entre os membros de todas as espécies de família;
- As constituições modernas, no dizer de Celso Ribeiro Bastos, deixaram de ser essencialmente organizacionais em termos de estruturação e

divisão de competências do Estado e passaram a se preocupar em estabelecer normas que encerrem princípios e diretrizes a serem seguidas no futuro: É que as constituições já não se contentam em espelhar as realidades atuais. Não são um mero retrato das relações existentes atualmente na sociedade. Não se satisfazem em ditar ao legislador o âmbito de sua competência. Não se resignam à sua dimensão estática. Querem ser - e efetivamente o são - objetos úteis na antecipação do futuro. Almejam um papel conformador do porvir. Procuram fornecer parâmetros para a atuação do Estado, de molde a que os fins fundamentais da organização política já estejam definidos na Lei Maior. É sem dúvida, uma tentativa de subjugar a política numa intensidade que não ousaram as primeiras Constituições.⁷²

2.9 Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família por determinação da constituição de 1988

Maurício Pessoa⁷³, a propósito da constitucionalização do direito civil afirma:

“Por isso, antes de mais nada, há necessidade de se descobrir o novo perfil do direito civil, adequando à realidade constitucional vigente para, após e sob o mesmo enfoque constitucional que, **esclareça-se, não tem a finalidade de alterar a natureza dos institutos, qual seja a matéria embora guindada ao seio da Constituição, continua sendo de direito civil** (o grifo é nosso).

No dizer da doutrina, “Profundas foram as transformações, em especial no direito de família, promovidas com o advento da Constituição Federal de 05.10.1988”.

⁷² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 91.

⁷³ PESSOA, Maurício. O casamento no direito constitucional. In: CAMARGO, Rui Geraldo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.) *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2000. p. 196.

“Tem-se, então o surgimento do chamado Direito Civil Constitucional, matéria que, buscando compatibilizar - sobretudo do ponto de vista hermenêutico – os institutos de direito privado com a nova ordem constitucional, tem despertado, como há muito despertara, o interesse de inúmeros doutrinadores nacionais e estrangeiros.”

“A as alterações verificadas na Constituição Federal de 1988, em decorrência da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana e o pleno exercício da cidadania como fundamentos da nova ordem jurídica e social, e ao consagrar a justiça distributiva, promoveu uma profunda alteração nos valores jurídicos, obrigando, assim, a revisão dos conceitos e das finalidades dos vários institutos jurídicos.”

De há muito que a família vem sofrendo profundas alterações, é visível a constatação , mas o destaque maior é o abandono do individualismo liberal que caracterizou o próprio código civil de 1916 com seus ventos oriundos dos ideais de liberdade preconizados pela revolução francesa, em que a igualdade era meramente formal, foram, portanto, colocados em segundo plano as funções política, econômica e religiosa para se situar na consecução do princípio da dignidade de todos os integrantes da família como atributos de sua personalidade, esta constatação se verifica através dos seguintes dispositivos constitucionais:

a) o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, § 3.º, da Constituição Federal) representa o desapego a fatores religiosos e a valorização da afetividade;

b) o reconhecimento como entidade familiar da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4.º, da Constituição Federal) reproduz a ruptura com a sociedade patriarcal, a denominada família monoparental;

c) o reconhecimento dos mesmos direitos e deveres para homens e mulheres no que se refere à sociedade conjugal (art. 226, § 5.º, da Constituição Federal) demonstra a modificação da figura do homem como chefe da família e a falência da família hierarquizada de modelo patriarcal;

d) A igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais (art. 227, § 6.º da Constituição Federal) evidencia a supremacia da afetividade e do respeito à dignidade da pessoa humana sobre os interesse eminentemente patrimoniais;

e) A garantia constitucional do divórcio (art. 226, § 6.º, da Constituição Federal) confirma o desprendimento de valores patrimoniais e assegura a possibilidade da busca da felicidade nas relações familiares;

f) A possibilidade de livre planejamento familiar por parte do casal fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7.º, da Constituição Federal) privilegia o desenvolvimento da personalidade dos filhos;

g) A criação de mecanismos de intervenção no núcleo familiar para coibir a violência doméstica (art. 226, § 8.º, da Constituição Federal) reforça a proteção à pessoa e a seus direitos fundamentais;

Diante destas constatações é imperioso concluir, no dizer de Adriano Donadel⁷⁴:

A constitucionalização do **direito civil é de elevação** ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”. (o grifo não consta do original).

A necessidade de o Código Civil ser estudado à luz da Constituição Federal é resultado de longa evolução histórica que resultou na consagração do princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento de valores meramente patrimoniais.

O fenômeno da constitucionalização do direito civil é decorrente da imprescindível interpretação sistemática do direito a ser realizada por todo o interprete comprometido em hierarquizar as normas, princípio e valores que compõem uma ordem axiológica dentro do sistema. Ou seja, o jurista deve buscar nas normas contidas na Constituição Federal as direções hermenêuticas fundamentais.

A Constitucionalização do direito civil é mais do que um critério hermeneutico da legislação infraconstitucional. Decorre de lenta evolução histórica e de mudanças de paradigmas, desde o estado liberal até o estado democrático.

A Constituição procedeu à clara opção pelos valores de dignidade da pessoa humana em superação do individualismo marcante em nosso ordenamento anterior. Os interesses patrimoniais devem adequar à nova realidade, pois a pessoa prevalece sobre qualquer valor patrimonial.

⁷⁴ Op, cit. P. 19.

De todos estes aspectos se depreende a necessária releitura do código civil e das leis especiais à luz da constituição.

3 DAS ENTIDADE FAMILIARES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

3.1 Algumas observações

O pluralismo das entidades familiares foi sem dúvida uma das mais importantes inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, todavia a doutrina ainda encontra alguns obstáculos a transpor, que se circunscrevem em constatar se: a) há hierarquização axiológica entre elas? e b) constituem *numerus clausus*?

Citam-se no campo das estatísticas e pesquisas do IBGE, dados reveladores de perfis familiares distantes dos modelos legais, o direito também atribui a certos grupos sociais a qualidade de entidades familiares para determinados fins legais, como o da Lei n.º 8.009 de 29.03.1990, sobre a impenhorabilidade do bem de família; da lei n.º 8.245, de 18.10.1991, sobre locação de imóveis urbanos, relativamente à proteção da família, que inclui todos os residentes que vivam na dependência econômica do locatário; dos arts. 183 e 191 da Constituição sobre a usucapião especial, em benefício do grupo familiar que possua o imóvel urbano ou rural com moradia.

Adiante-se que a interpretação dominante do art. 226 da constituição entre os civilistas, é no sentido de tutelar apenas os três tipo de entidades familiares, explicitamente previstos, configurando *numerus clausus*, todavia tem-se encontrado algumas vezes no sentido de divergir de tal entendimento, como Maria Berenice Dias e Ivone M. C. Coelho de

Souza, as quais entendem⁷⁵: “Por absoluto preconceito de caráter ético, deixou de regular certas espécies de relacionamento”.

Paulo Luiz Netto Lobo⁷⁶ afirma:

No caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu, o fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas não significa que re-instituiu a cláusula de exclusão, como ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos: a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.

O objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoa humanas que integram.

O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”.

E finaliza:

Os tipos de entidade familiares explicitas nos parágrafos do art. 226 da constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone M.C. Coelho de. Famílias modernas (inter) seções do afeto e da Lei. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 8, jan./mar. 2001, p.68.

⁷⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.1, n.1, p. 42-45, abr./jun. 1999.

conceito indeterminado depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade.

Afirma, ainda, o Prof. Paulo Luiz Netto Lobo⁷⁷ que:

Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.

Portanto, a discriminação é apenas admitida quando expressamente prevista na Constituição. Se a Constituição não discrimina, o interprete ou o legislador ordinário não tem a faculdade de fazer.

Não se deve e nem se pode alegar que as uniões homoafetivas ferem a moral, isto atenta contra a “Dignidade da pessoa humana”, aliás a concepção de um conceito plural de moral apresenta-se como um imperativo categórico a luz do princípio constitucional supra mencionado.

⁷⁷ LOBO, Entidades..., p. 42-45.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

4.1 Alguns princípios fundamentais

A característica fundamental da família no presente é a afetividade.

Paulo Luiz Netto Lobo salienta que os princípios constitucionais que disciplinam as relações familiares são o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade:

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser concebido como estruturante e conformador dos demais, nas relações familiares. A Constituição, no artigo 1.º, o tem como um dos fundamentos da organização social e política do país, e da própria família (art 226, § 7.º). Na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-as na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, a mulher e os filhos, cuja dignidade humana não podia ser a mesma. O espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico *Bill of rights*, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.

Conforme Érika Harumi Fugie⁷⁸: “consiste a liberdade na prerrogativa da pessoa de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo das relações. O direito à liberdade permite ao indivíduo reclamar acima de tudo os bens de viver e de viver incólume, imprimindo às suas energias o caminho que prefere, dentro dos limites prescritos”.

Prevê o art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988 que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se daquilo que se denomina *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macroprincípio*, ou *princípio dos princípios*. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente entre nós, falar em *personalização*, *repersonalização* e *despatrimonialização* do Direito Privado.⁷⁹ Ao mesmo tempo que o patrimônio perde importância, a pessoa é supervalorizada.

Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família. De qualquer modo, por certo é difícil a denominação do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana. Reconhecendo a submissão de outros preceitos constitucionais à dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o princípio em questão como “o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana”.⁸⁰

⁷⁸ FUGIE, Érika Harumi. A união homossexual e a constituição federal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.1, n.1, abr/maio [s.d.], p. 143.

⁷⁹ Cf. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁸⁰ SARLET, A *eficácia...*, p. 124.

Primeiro, podemos citar o comum entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o imóvel em que reside pessoa solteira é bem de família, estando protegido pela impenhorabilidade constante da Lei n. 8.009/90.⁸¹ Como reconhece a própria ementa do julgado (aqui transcrita), o que almeja a lei referenciada é a proteção da pessoa, e não de um grupo específico de pessoas, a família em si. Com isso, protege-se a própria dignidade (art. 1º, inc. III, da CF/88) e o direito constitucional à moradia (art. 6º da CF/88).

Como segundo exemplo de aplicação da dignidade humana em sede de Direito de Família, podemos citar a tendência doutrinária e jurisprudencial de relativização ou mitigação da culpa nas ações de separação judicial.⁸² A título de exemplo, podemos transcrever:

SEPARAÇÃO JUDICIAL – PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER – DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO EM FACE DA INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES – ADMISSIBILIDADE. A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal. Hipótese em que da decretação da

⁸¹ “PROCESSUAL – EXECUÇÃO – IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL – RESIDÊNCIA – DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO – LEI 8.009/90. A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário”. (STJ, ACÓRDÃO: ERESP 182223/SP (199901103606), 479073 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DATA DA DECISÃO: 06/02/2002. ÓRGÃO JULGADOR: CORTE ESPECIAL. RELATOR: MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. RELATOR ACÓRDÃO: MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS. FONTE: DJ. DATA: 07/04/2003. PG: 00209 REVJUR VOL.: 00306 PG: 00083. VEJA: STJ - RESP 276004-SP (RSTJ 153/273, JBCC 191/215), RESP 57606-MG (RSTJ 81/306), RESP 159851-SP (LEXJTACSP 174/615), RESP 218377-ES (LEXSTJ 136/111, RDR 18/355, RSTJ 143/385)).

⁸² Essa relação foi muito bem feita pelo promotor de justiça e jurista baiano Cristiano Chaves de Farias, no *IV Congresso Brasileiro de Direito de Família* do IBDFAM. Foram as suas palavras: “Ora, como a cláusula geral de proteção da personalidade humana promove a dignidade humana, não há dúvida de que se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna” (Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. (ANAIS do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2004, p. 115).

separação judicial não surtem conseqüências jurídicas relevantes. Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados.⁸³

Como terceiro e último exemplo, trazemos a tão comentada *tese do abandono paterno-filial* ou *teoria do desamor*. Em mais de um julgado, a jurisprudência pátria condenou pais a pagar indenização aos filhos pelo *abandono afetivo*, por clara lesão à dignidade humana. O julgado mais notório é o do extinto Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais, cuja ementa é transcrita a seguir, com referência expressa à dignidade humana:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.⁸⁴

Naquela ocasião, reformando a decisão de primeira instância, o pai foi condenado a pagar indenização de 200 salários mínimos ao filho por tê-lo abandonado afetivamente. Isso porque, após a separação em relação à mãe do autor da ação, o seu novo casamento e o nascimento da filha advinda da nova união, o pai passou a privar o filho de sua convivência. Entretanto, o pai continuou arcando com os alimentos para o sustento do filho, abandonando-o somente no plano do afeto, do amor.⁸⁵ Entretanto, mais recentemente, a decisão foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, que afastou a condenação por danos morais.⁸⁶

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 466.329/RS. Relator :Ministro Barros Monteiro. Segunda Seção. Julgado em: 14 set. 2005. DJ 01 fev. 2006, p. 427.

⁸⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. 7ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 408.555-5. Decisão de 01 abr. 2004. Relator Unias Silva, v.u

⁸⁵ Consta do corpo da decisão que: “No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado. Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue. No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade. O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o

Como se pode perceber, o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana é o ponto central da discussão atual do Direito de Família, entrando em cena para resolver várias questões práticas envolvendo as relações familiares. Concluindo, podemos afirmar, que *o princípio da dignidade humana é o ponto de partida do novo Direito de Família brasileiro.*⁸⁷

4.1.1 Princípio da solidariedade familiar (art. 3º, inc. i, da constituição federal de 1988)

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses

macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional”. (A íntegra da decisão encontra-se disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Jurisprudência. Acesso em: 27 mar. 2006.)

⁸⁶ “RESPONSABILIDADE CIVIL – ABANDONO MORAL – REPARAÇÃO – DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 757.411-MG (2005?0085464-3), Relator Ministro Fernando Gonçalves, Votou vencido o Ministro Barros Monteiro, que dele não conhecia. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro Relator. Brasília, 29 nov. 2005 - data de julgamento).

⁸⁷ É interessante transcrever e destacar as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira ao anunciar o *V Congresso Brasileiro de Família*, realizado em outubro de 2005: “Dignidade humana é o direito do ser humano. Kant, o ‘filósofo da dignidade’, certamente não imaginava que as suas idéias originais de dignidade ocupariam o centro e seriam o veio condutor das constituições democráticas do final do século XX e as do século XXI. Essas noções de dignidade incorporam-se de tal forma ao discurso jurídico que se tornou impensável qualquer julgamento ou hermenêutica sem a consideração dos elementos que compõem e dão dignidade ao humano. Seguindo a tendência personalista do Direito Civil, o Direito de Família assumiu como seu núcleo axiológico a pessoa humana como seu cerne a dignidade humana. Isso significa que todos os institutos jurídicos deverão ser interpretados à luz desse princípio, funcionalizando a família à plenitude da realização da dignidade e da personalidade de cada um de seus membros. A família perdeu, assim, o seu papel primordial de instituição, ou seja, o objeto perdeu sua primazia para o sujeito. Seu verdadeiro sentido apenas se perfaz se vinculada, de forma indelével, à concretização da dignidade das pessoas que a compõe, independentemente do modelo que assumiu, dada sua realidade plural na contemporaneidade. Se não por outras razões, essa soa suficientemente forte para justificar o tema central do V Congresso: Família e Dignidade Humana” (*Boletim do IBDFAM*, Belo Horizonte, IBDFAM, jul./ago. 2005, p. 10).

relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil.

Mas vale lembrar que a solidariedade não é só patrimonial, é afetiva e psicológica. Assim, “ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (CF 227) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação”.⁸⁸

Entretanto, mesmo assim, “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8º, da CF/88) – o que consagra também a solidariedade social na ótica familiar.

Por fim, vale frisar que o princípio da solidariedade familiar também implica respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família.

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 62.

4.1.2 Princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º, da constituição de 1988, e art. 1.596 do código civil)

Prevê o art. 227, § 6º, da Constituição Federal que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Complementando o texto constitucional, o art. 1.596 do Código Civil em vigor tem exatamente a mesma redação, consagrando, ambos os dispositivos, o *princípio da igualdade entre filhos*.

Esses comandos legais regulamentam especificamente a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, constante do art. 5º, *caput*, do Texto Maior, um dos princípios do Direito Civil Constitucional.⁸⁹ Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as expressões *filho adulterino* ou *filho incestuoso*, as quais são discriminatórias. Também não podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões *filho espúrio* ou *filho bastardo*. Apenas para fins didáticos utiliza-se a expressão *filho havido fora do casamento*, já que, juridicamente, todos os filhos são iguais.

Isso repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei. Trata-se, portanto, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional.

⁸⁹ CF, Art. 5º, *caput*: “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, nos termos seguintes[...]”.

4.1.3 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 5º, da constituição, e art. 1.511 do código civil)

Assim como há igualdade entre filhos, o Texto Maior reconhece a igualdade entre homens e mulheres no que se refere à sociedade conjugal formada pelo casamento ou pela união estável (art. 226, §§ 3º e 5º, da CF/88). Lembramos que o art. 1º do atual Código Civil utiliza o termo *pessoa*, não mais *homem*, como fazia o art. 2º do Código Civil de 1916, deixando claro que não será admitida qualquer forma de distinção decorrente do sexo.

Especificamente, prevê o art. 1.511 do Código Civil de 2002 que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Por óbvio, essa igualdade deve estar presente na união estável, também reconhecida como entidade familiar pelo art. 226, § 3º, da Constituição Federal, e pelos arts. 1.723 a 1.727 do atual Código Civil.⁹⁰

Diante do reconhecimento dessa igualdade, como exemplo prático, o marido/companheiro pode pleitear alimentos da mulher/companheira ou vice-versa. Além disso, um pode utilizar o nome do outro livremente, conforme convenção das partes (art. 1.565, § 1º, do CC). Vale lembrar que o nome é reconhecido, pelo atual Código Civil, como um direito da personalidade (arts. 16 a 19).

⁹⁰ Nesse sentido, prevê o Enunciado n. 99 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, que “O art. 1.565, § 2º, do Código Civil não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do art. 226, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988, e não revogou o disposto na Lei 9.236/96”. O art. 1.565, § 2º, do Código Civil é o dispositivo que prevê que o planejamento familiar é de livre decisão do casal.

4.1.4 Princípio da igualdade na chefia familiar (arts. 226, § 5º, e 227, § 7º, da constituição de 1988, e arts. 1.566, incs. iii e iv, 1.631 e 1.634 do código civil)

Como decorrência lógica do princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, temos o princípio da igualdade na chefia familiar, que deve ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher em um regime democrático de colaboração, podendo, inclusive, os filhos opinarem (conceito de *família democrática*).

Assim sendo, pode-se utilizar a expressão *despatriarcalização do Direito de Família*, já que a figura paterna não exerce o poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo ou colaboração, não de hierarquia, desaparecendo a figura do *pai de família* (*pater familias*), não podendo ser utilizada a expressão *pátrio poder*, substituída, na prática, por *poder familiar*.

No Código Civil de 2002, o princípio em questão pode ser percebido pelo que consta dos incs. III e IV do art. 1.556. Isso porque são deveres do casamento a assistência mútua e o respeito e consideração mútuos, ou seja, prestados por ambos os cônjuges, de acordo com as possibilidades patrimoniais e pessoais de cada um.

Complementando, prevê o art. 1.631 do atual Código Civil que durante o casamento ou união estável o poder familiar compete aos pais. Na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá esse poder com exclusividade. Em casos de eventual divergência dos pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer um deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo.

Esse exercício de forma igualitária também consta do art. 1.634 do Código Civil, que traz as suas atribuições, a saber: a) dirigir a criação e a educação dos filhos; b) ter os filhos em sua companhia e guarda; c) conceder aos filhos ou negar-lhes consentimento para casarem; d) nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou se o sobrevivente não puder exceder o poder familiar; e) representar os filhos, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; f) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; g) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.]

Quanto à última atribuição, ela deve ser exigida com moderação, sem que a relação entre pais e filhos seja uma relação ditatorial, violenta ou explosiva. Qualquer abuso cometido, como se sabe, pode gerar a suspensão ou a destituição do poder familiar.

4.1.5 Princípio da afetividade

O *afeto* talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra *afeto* no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.⁹¹

⁹¹ É por isso que, para fins didáticos, destacamos o princípio em questão, como faz DIAS, *Manual...*, p. 66.

CONCLUSÃO

A constitucionalização do direito civil no direito de família brasileiro, efetivamente teve uma guinada, um avanço, nunca antes alcançado, se outrora tal não mereceu a atenção do Estado, agora é o momento de reconhecer, ante a constatação de que a pessoa é o fim, o centro de suas atenções, que na consecução de sua felicidade reside o objetivo maior do Estado, que a afetividade é o fator de propulsão, que o patrimônio voltou a exercer o seu verdadeiro papel, de coadjuvante, qual seja de meio e não de fim. O mais importante de tudo: o Estado Democrático de Direito veio para ficar, isto significa dizer, que não comporta retrocesso, mormente nos avanços pertinente a família.

Fica a constatação de que o tema merece rediscussão, reflexão, para que a Constituição seja o repositório das aspirações maiores do povo brasileiro, falta a rediscussão a respeito do papel que deve exercer a Lei Fundamental em conjugação com a Lei Ordinária, a delimitação de seus papéis é uma tarefa que urge, sob pena de o Direito Constitucional não exercer a sua verdadeira função, enfim, a mudança de paradigma a que muito fala a doutrina deve também nortear por este aspecto, sob pena de a Constituição não exercer o seu verdadeiro papel, ela não pode fazer o papel da simples Lei Ordinária, uma vez que sua função se coloca em patamares bem diferentes.

A mudança de paradigmas, enfim, não terá sido unicamente no seu aspecto formal, uma vez que a maioria dos direitos sociais lá elencados, são verdadeiramente matéria de direito privado.

A dúvida persiste, o trabalho continua e a verdadeira conclusão se transfere para o futuro. A árdua e espinhosa tarefa de cada instituto fazer a sua parte e cumprir com o seu desiderato, tudo para a consecução da felicidade do povo, sob a inspiração do princípio dos princípios: a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ANAIS do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2004.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ARONNE, Ricardo (Org.). *Estudos de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v. 2.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Sergio Resende de. O nucleamento do direito constitucional. *Revista de Ciências Sociais*, Piracicaba, 10/108, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Elísio. Interpretação constitucional: a quem cabe a tarefa de concretizá-la? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, p. 241-255, out./dez. 2002.

BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In: ESTADO, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARONE, Edgard. *A primeira República*. São Paulo: Difel, 1973.

CONGRESSO: Família e Dignidade Humana, 5 *Boletim do IBDFAM*, Belo Horizonte, IBDFAM, jul./ago. 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone M.C. Coelho de. Famílias modernas (inter) seções do afeto e da Lei. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 8, jan./mar. 2001.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. *Revista de Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v.2 , n. 1, p. 99-107, ago. 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários a constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1.

_____. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FUGIE, Érika Harumi. A união homossexual e a constituição federal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.1, n.1, abr./maio [s.d.]

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977.

HESSE, Konrad. *a força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.

JAQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.1, n.1, p. 42-45, abr./jun. 1999.

_____. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.) *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, [s. d.]

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *A reconstrução do direito privado: reflexo dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MASSINI, Carlos Inácio. *La prudencia jurídica*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982.

MAYÓN, Carlos A. *Bases constitucionales del derecho civil*. La Plata: Lex, 2001.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1936.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Maria Celina Bolzan. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, 1999.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NICZ, Alvacir Alfredo. *A liberdade da iniciativa na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

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

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

PESSOA, Maurício. O casamento no direito constitucional. In: CAMARGO, Rui Geraldo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.) *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2000.

QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. *Constituições brasileiras e cidadania*. São Paulo: Ática, 1987.

REALE, Miguel. *A Constituição e Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 18 ago. 2004.

SARLET, Ingo W. (Org.). *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Barcelona: Ariel, [s. d.]

SIÉYÈS, Emmanuel. *Quem é o terceiro estado?* [s.n.t.]

SILVA, Floriano Correa Vaz da. *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo: Ltr, [s.d.]

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito constitucional, direito ordinário e direito judiciário. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, Porto Alegre, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios de direito de família* Disponível em :http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc. Acesso em: 27 set. 2006.

TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Perfis de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Temas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TRUEBA URBINA, Alberto. *La primeira constitución político-social del mundo*. México, 1971.