

DIREITO DE FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO

STÊNIO DE FREITAS BARRETTO¹

RESUMO: Tem o Direito de Família sua fundamentação maior nos direitos fundamentais auferidos pela “Constituição Cidadã” de 1988 e desta forma, construiu-se uma reforma no ordenamento jurídico brasileiro visando à correção das distorções existentes em relação a esta Carta Magna. Porém, encontra-se nosso ordenamento plenamente construído segundo aos princípios fundamentais descritos na Constituição? São suficientes as mudanças apresentadas nas leis atuais?

Conheceremos um pouco mais da aplicabilidade dos Princípios Constitucionais do Direito de Família e o surgimento de novas “figuras” de direitos fundamentais para o contexto de família trazida pela Constituição de 1988, do Novo Código Civil de 2002, nas demais Leis concernentes ao direito de família e sua aplicação diante destes princípios.

Palavras-chave: Direito, Família, Constituição, Princípios, Constitucionalidade.

O art. 1º da Constituição da República do Brasil bem traduz alguns exemplos de princípios expressos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Estes princípios fundamentais expressos na Carta Magna são os princípios gerais a partir dos quais todo ordenamento jurídico deve irradiar, e nenhuma lei ou texto normativo podem ter nota dissonante da deles. Eles são os orientadores da nossa ordem jurídica e traduzem o mais cristalino e alto espírito do Direito.²

O Direito de Família abarca um conjunto de princípios constitucionais que não são possíveis serem visualizados reunidos em outros ramos jurídicos.

Toda interpretação do nosso direito vigente deve emanar da nossa “Carta Magna” e, sendo assim, podemos determinar uma eficácia ampla e com menos incidência de erros interpretativos.³

¹ Aluno do 6º período da Faculdade de Direito Promove em Belo Horizonte e Presidente da ONG Sempre Avante. E-mail: contato@steniobarretto.com.br

² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 2006, p. 25.

³ DIAS, Maria Berenice. 2008, p.57.

É no direito das famílias em que mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes. Os princípios que regem o direito das famílias não podem distanciar-se da atual concepção da família dentro de sua feição desdobrada em múltiplas facetas. A Constituição consagra alguns princípios, transformando-os em direito positivo, primeiro passo para a sua aplicação.⁴

Encontramos nos princípios constitucionais elementos que oferecem base para princípios do direito de família. A principal origem principiológica do Direito de Família, podemos dizer, está enquadrada no Princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III. CF/88). Desta forma devemos recorrer a tal fonte insubstituível de nosso ordenamento para fundamentarmos nossa análise do referido ramo jurídico sempre que necessário for.

A generalidade subordinante dos princípios fundamentais proporciona aos ramos jurídicos as aplicações nas mais diversas situações desses elementos, criando um campo vasto de fundamentação para as mais diversas teses. Sendo assim, discutiremos o suporte que estes fundamentos oferecem ao Direito de Família.

PRINCÍPIOS PONTUADOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

2.1. Princípios Gerais do Direito no Direito de Família

Cabe a aplicação destes princípios no direito das famílias por serem estes aplicáveis a todos os ramos do direito originada esta subordinação na sua fundamentalidade jurídica. A **dignidade** é o núcleo dos valores descritos na Constituição e o fator que pauta a defesa da família como instituição formadora da sociedade; a **igualdade** é tratada no que diz respeito ao tratamento de homem mulher e filhos e filhas e estes entre si, como norteador do respeito que deve haver entre estes; a **liberdade** é orientadora dos passos que estes membros da família devem trilhar na construção do conforto da família e para que assim seja construída uma ponte para a realização e respeito do que está descrito nos demais princípios; **proteção dos valores**

⁴ Idem.

sociais e proteção do menor também estão inseridas neste contexto generalista dos princípios gerais e fundamentais.

Com a crescente tendência de constitucionalização do Direito Civil, conseqüência dos movimentos sociais e políticos de cidadania e inclusão, os princípios gerais têm-se reafirmado cada vez mais como uma importante fonte do Direito e têm-se mostrado para muito além de uma supletividade. Eles se revestem de força normativa imprescindível para a aproximação do ideal de Justiça.⁵

2.2. Princípios Especiais do Direito de Família

São aqueles direcionados diretamente ao relacionamento familiar, com ou sem a interferência dos demais princípios. São estes princípios a “bússola” capaz de nortear nos momentos onde tais relações são levadas a apreciação da justiça e que contribuiriam ainda mais para diferir o ramo familiar como autônomo. Para Maria Berenice, são os princípios que “despontam” dessa especialidade a **solidariedade e a afetividade**.

DIGNIDADE

A dignidade é “*o mais universal dos princípios*”⁶, dando origem aos demais aqui já apresentados (liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade). É o princípio que faz da família um dos mais protegidos patrimônios capazes de serem construídos.

Carlos Roberto Gonçalves disserta:

O Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do Direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico de exclusões, como preleciona Rodrigo da Cunha, ‘é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cuja base e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania’. A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, acrescenta o mencionado autor, que ainda enfatiza: ‘Todas

⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 2006, p. 22.

⁶ Manual de Direito das Famílias. 2008, p.59.

essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um declínio do patriarcalismo e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as instituições democráticas.⁷

A família espera-se ser o meio pelo qual o ser humano alcança tal dignidade. Um “ninho” onde o indivíduo possa desfrutar dos direitos que lhes são resguardados e assim possa ser feliz. “A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer.” (Berenice, 2008).

LIBERDADE E IGUALDADE

A igualdade e o respeito às diferenças constituem um dos princípios-chave para as organizações jurídicas e especialmente para o Direito de Família, sem os quais não há dignidade do sujeito de direito, conseqüentemente não há justiça.

O discurso da igualdade está intrinsecamente vinculado à cidadania, uma outra categoria da contemporaneidade, que pressupõe o respeito às diferenças. Se todos são iguais perante a lei, todos estão incluídos no laço social.⁸

Resolvemos falar desses dois princípios de forma conjunta, pois entendemos que um precisa do outro para ser real. Não há liberdade sem igualdade e nem igualdade sem liberdade. A igualdade e a liberdade são sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

Já na França revolucionária, tais princípios estiveram lado-a-lado para proclamar uma nova era de direitos.

Nossa nova Constituição de 1988 trouxe consigo novos tempos. Acompanhando as mudanças e transformações na relação homem/mulher, a nova carta “transforma” em prático o anseio das até então oprimidas mulheres. Desde então, são iguais perante a lei os pares conjugais e sendo assim, conquistam a liberdade de aproximarem-se em direitos e deveres.

Em relação ao casamento, o art. 226, § 5º, traz a igualdade entre os sexos nas responsabilidades e nos direitos destes envolvidos. Apesar das discordâncias de muitos à época, tal realidade é sentida hoje.

⁷ GONÇALVES, Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁸ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. 2006, 140 e 141.

Uma nova redivisão sexual do trabalho, alterando a economia doméstica e de mercado, influenciando também as noções e os limites do público e privado, têm, aos poucos, dado à mulher um lugar de cidadã. A reivindicação da igualização de direitos é reivindicação de um lugar de sujeito, inclusive de um “lugar social.”⁹

Assim, a mulher assume seu papel na moderna sociedade de não apenas com uma função socialmente secundária, mas sim também, na condição de detentora de parcela de responsabilidade nesta união.

Ainda, “*a posteriori*”, o Código Civil de 2002, abandonou a formulação antiga do de 1916, assumindo sua constitucionalidade, segundo o que fora determinado a partir de 1988.

Tida como correções de distorções, a igualdade trouxe consigo outro princípio, a liberdade, assegurando a liberdade em sentido amplo, garante-se também as liberdades individuais, cai a sujeição e entra em cena a compreensão e o respeito entre os envolvidos na relação familiar, principalmente entre o marido e a mulher.

Aquele velho conceito de autoridade patriarcal cai por terra e surge um novo conceito de “administração” familiar, o conceito da solidariedade entre pais na educação dos filhos e manutenção da família.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º, com redação idêntica no Código Civil de 2002, artigos 1.596 a 1.629, vislumbrando a igualdade e dignidade humana, preceituam que são iguais os filhos entre si, tornando a diferenciação dos filhos ou preterimentos impossíveis no aspecto jurídico, inclusive daqueles que surjam fora do contexto do casamento para os que estão inseridos neste contexto. Desta forma, adotados e naturais, legítimos e “bastardos”, inclusive vedando qualquer distinção depreciativa, passam a ter iguais direitos perante a lei.

Neste contexto de dependência entre normas, Maria Berenice Dias declara haver ainda falhas na norma, mais precisamente no Código Civil ao falarmos em seu trato relacionado à Constituição. Assim ela leciona:

Algumas inconstitucionalidades no Código Civil decorrem da afronta ao princípio da liberdade, tais como a imposição do prazo de vigência de um ano de casamento para a separação consensual (CC 1.574), bem como a exigência de separação por dois anos para a busca do divórcio (CC 1.580, § 2º). Infringe o princípio da liberdade juntamente com o da privacidade e o da intimidade a necessidade de imputar a culpa ao cônjuge para a obtenção da separação antes do decurso de um ano de cessação da vida em comum. Também a imposição do regime de separação de bens aos maiores de 60 anos (CC 1.641) e a possibilidade de ver negada a separação pretendida pelos

⁹ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. 2006, 142.

cônjuges (CC 1.574 parágrafo único) são alguns exemplos de flagrantes de afronta o princípio da liberdade.¹⁰

Ainda que o Código Civil de 2002 traga à tona diversas mudanças necessárias, não foi capaz de alcançar de forma globalizada as diversas variações que a família e a sociedade produziram ao longo dos tempos modernos.¹¹

Antes que venhamos a querer tecer qualquer julgamento das normas contidas no Código Civil atual quanto à sua qualidade jurídica, o douto professor Dr. Rodrigo da Cunha Pereira sabiamente disserta:

Independente de se considerar o Código Civil brasileiro de 2002 bom ou ruim, avançado ou ultrapassado, é ele o estatuto jurídico que regerá as relações civis deste século. De qualquer forma, várias alterações estão sendo providenciadas para que ele se aproxime um pouco mais do desejável para uma legislação, especialmente na parte referente à família.¹²

NOVOS CONCEITOS DE FAMÍLIA

A partir de 1988, a legislação não protege apenas a família “tradicional”. Novas estruturas familiares encontram guarda no texto constitucional e nas codificações que o precedeu.

Com o novo espectro dado às uniões estáveis, uniões extraconjugais e uniões homoafetivas, a família passou a ter também um novo aspecto formador. Estas uniões são reconhecidas pelo elo de afetividade que as cercam, e a doutrina entende que merecem a proteção do Estado, mesmo havendo ainda muita discussão e discordâncias a jurisprudência já dispõe de diversos arestos.

A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e a execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexa família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família.¹³

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. 2008, p. 61-62.

¹¹ CUNHA PEREIRA. 2008, p. 8.

¹² Idem.

¹³ MUNIZ, Francisco José Ferreira. In: Teixeira, 1993: 77

A tutela jurisdicional traz seu escudo às famílias dotadas de peculiaridades em sua formação, como aquelas famílias formadas por irmãos, pais separados ou solteiros, avós, tios que adotam sobrinhos ou assumem sua guarda, casais homoafetivos e outros que possam vir a surgir na constante metamorfose social que vivemos em nossa contemporaneidade.

SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Este princípio nasce em nosso ordenamento junto com a noção pautada pela Constituição da igualdade dos cônjuges na educação dos filhos e na manutenção da família. É o dever de um e o direito do outro e sua reciprocidade. Tal coexistência é fundamental para a manutenção de um lar, digamos, “saudável” para a sociedade.

A assistência à família como um todo é dever de ambos, pai e mãe compartilham de direitos e deveres que farão deles iguais (CC 1.511 e 1.694).

Inserido neste contexto, não somente os filhos como podemos ser levados a pensar, estão os idosos (CF, art. 230), dispensando a estes, os cuidados que se fazem necessários, o que levou recentemente à criação do Estatuto do Idoso (Lei 10.641/2003).

PROTEÇÃO AO MENOR E AO IDOSO

A convivência familiar também é regulada através das normas consagradas por outros estatutos como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/1990) e do Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003), ofertando de maneira ampla a proteção integral a todos os membros das famílias.

Os vínculos de filiação alterados pela Constituição em seu art. 227, § 6º deram uma nova conceituação à palavra filho, abandonando-se termos preconceituosos que geraram outrora grades conflitos.

Os direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e social foram amplamente tratados, resguardando os menores das mazelas que o abandono possam lhes

proporcionar. Cabe à família, à sociedade e ao Estado em conjunto zelar por tais princípios, oferecendo guarda ao respeito desses direitos e garantias.

OUTROS PRINCÍPIOS IMPORTANTES PARA O DIREITO DE FAMÍLIA:

1. **Planejamento familiar e paternidade responsável:** a liberdade de decisão é do casal, pautados nos princípios da liberdade e dignidade da pessoa humana e paternidade responsável, que estão elencados na Constituição em seu art. 226, § 7º;
2. **Proibição de retrocesso social:** Considerada proteção especial ou princípio especial. É vinculada á oferta de proteção da igualdade na convivência familiar, pluralismo da proteção das unidades familiares diversas e igualdade entre os membros da família, servindo estes, como escudo protetor para que não aconteça o retrocesso social, ou que as leis sofram retrocessos a fim de que se prejudiquem tais entidades familiares; Avançar é preciso e retroceder é inaceitável.
3. **Princípio da afetividade:** O afeto é a mola que alavanca ou o cordão que une a família rumo ao sucesso do fim a que se propõe. Ligado a dignidade humana, o afeto é um direito que preserva o indivíduo e o protege através da união familiar. Um ser humano nutrido neste sentido é um ser realizado pessoalmente e socialmente. O afeto alcançou valor jurídico, tornando-o incompatível com apenas um modelo de família ou o tradicional modelo histórico, margeando a possibilidade, por exemplo, da adoção homoafetiva, preservando o “*Princípio do Melhor Interesse do Menor.*”¹⁴

CONCLUSÃO:

O Direito de Família alcança nova dimensão dada pela nova Constituição de 1988 e recebeu alguns avanços advindos do Novo Código Civil de 2002, porém, como toda normatização, não apresenta em seu conteúdo soluções a todos os anseios e

¹⁴ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. 2006, 126.

necessidades sociais, até mesmo pela constância das mudanças operadas a cada dia em nossa sociedade.

Afetividade, novos conceitos de família, dignidade, liberdade e igualdade andam em conjunto na preceituação dos fundamentos normativos do Direito de Família contemporâneo, trazendo uma nova leitura da célula primaz da sociedade.

A relação de família sofreu alterações consideráveis e tanto a constituição quanto a legislação ordinária subsequente procurou atender à necessidade e tornar sua aplicação prática de forma rápida e definitiva.

Foram fundamentais para essa efetiva aplicação normativa a existência dos preceitos fundamentais constantes em nossa Carta Maior e estes preceitos estão intimamente ligados com tais avanços, devendo ser respeitados e defendidos pelos operadores do direito, buscando sua execução e buscando sua melhoria na evolução dos textos normativos de acordo com o que for necessário a generalidade e globalização dos preceitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Direito das Famílias**. 4. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007/2008.

MELO, Edson Teixeira de. **Princípios constitucionais do Direito de Família . Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1213, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9093>>. Acesso em: 26 ago. 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil - 1988**. In Vade Mecum Saraiva. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro - 2002**. In Vade Mecum Saraiva. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – Lei 8.069/1990**. In Vade Mecum Saraiva. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Estatuto do Idoso. Lei n.º 10.741/2003**. 1. ed., 2 reimpressão. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.