IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

HELENA NASTASSYA PASCHOAL PITSICA

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Maria Creusa De Araújo Borges; Helena Nastassya Paschoal Pitsica – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-426-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

No presente livro, são tratados vários temas. O interessante é que perpassa por todos eles, direta ou indiretamente, a ideia de responsabilidade civil. O Direito Civil Contemporâneo pode ser visto sob dois prismas. Primeiramente, como sinônimo de Direito Civil Constitucional; em segundo lugar, como Direito Civil dogmático, visto sob a ótica do Direito Privado e da autonomia privada. Nos textos que compõem este livro, pode-se verificar ambas as vertentes. Espera-se que o leitor possa tirar bom proveito.

NEOCONSTITUCIONALISMO E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE OS CÔNJUGES

NEOCONTITUTIONALISM AND THE PRINCIPLE OF ISONOMY AMONG SPOONS.

Ellen do Socorro Barbosa Nogueira Bernabé [1]
Ericka do socorro de Lima barbosa do nascimento [2]

Resumo

O presente artigo apresenta fundamentos para a análise teórica do princípio da isonomia entre os cônjuges no direito civil da atualidade. Assim, o estudo tem como objetivo geral descobrir de que forma o direito à igualdade previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 influenciou no princípio da isonomia entre os cônjuges. Desse modo, aborda-se o neoconstitucionalismo, com conceituações e nuances, adentrando no direito à igualdade, e finalizando com o cerne da isonomia de casais. Utiliza-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, com objetivo descritivo, através de uma abordagem qualitativa e método dedutivo.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Isonomia, Cônjuge

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents foundations for the theoretical analysis of the principle of isonomy among spouses in current civil law. Thus, the study has the general objective of discovering whether the right to equality of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 influenced the principle of isonomy among spouses, thus, walking through neoconstitutionalism, with concepts and nuances, entering the right to equality of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, ending with the core of isonomy of couples, using the bibliographic research methodology, with descriptive objective, through a qualitative approach with deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neoconstitutionalism, Isonomy, Spouses

---

[1] Mestre em Direito

[2] Pós-graduada em direito civil e processo civil

1 INTRODUÇÃO

O tema do estudo acadêmico é baseado na temática do neoconstitucionalismo e sua correlação com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobre o direito à igualdade e o reflexo no direito civil brasileiro e o princípio da isonomia entre os cônjuges.

Deseja-se, então, aprofundar o conhecimento acerca do neoconstitucionalismo, adentrando em vários posicionamentos díspares, mas, na premissa, de que o mesmo existe no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como uma de suas consequências a menor aplicabilidade da subsunção, priorizando as interpretações jurídicas principiológicas, refletindo para todas as esferas do direito brasileiro.

Desse modo, mudando diretrizes do direito historicamente patrimonialista e paternalista, que é o direito civil, trazendo novos princípios aos contratos, dentre eles, o contrato de casamento civil. Assim, analisar-se-á o princípio da isonomia entre os cônjuges e a influência do direito à igualdade nessa aplicabilidade no direito civil de tal princípio, através das características do neoconstitucionalismo no direito brasileiro.

O problema deste trabalho é: "Como direito à igualdade previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 influenciou a aplicação do princípio da isonomia entre os cônjuges no direito civil brasileiro?" Logo, o objetivo geral do presente é descobrir de que forma o direito à igualdade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 influenciou no princípio da isonomia entre os cônjuges.

Para percorrer tal objetivo geral, iremos caracterizar o neoconstitucionalismo, descrever o direito à igualdade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e identificar a relação entre este direito e o princípio da isonomia entre os cônjuges no direito civil brasileiro.

A metodologia aplicada será a pesquisa bibliográfica, visto o caráter teórico desta pesquisa, com objetivo descritivo. Ademais, traz uma abordagem qualitativa, utilizando o método dedutivo.

Na literatura pesquisada, há várias pesquisas que tratam da busca pela garantia de direitos como uma constante do povo brasileiro, com o ponto em comum nessas pesquisas um movimento que preconiza a eficácia dos direitos fundamentais e o crescimento da participação do judiciário em assuntos que atinjam a sociedade em geral.

Desta forma, inicia-se este trabalho acadêmico pelo neoconstitucionalismo, pois é a partir da percepção de existencialidade e características do mesmo que se passa a compreender as

nuances do direito constitucional e suas consequências para todas as searas do direito brasileiro; afinal, a divisão do direito em ramos é meramente para efeitos organizacionais acadêmicos, pois o direito é uma ciência única.

O neoconstitucionalismo é um tema recorrente na seara jurídica, germinador de diversas divergências doutrinárias. O prefixo "neo" significa algo que é novo, que vem depois e se mostra uma nova visão acerca do assunto que acompanha o prefixo; logo o neoconstitucionalismo tem sua gênese no constitucionalismo. Portanto, inicialmente, falar-se-á da constitucionalização do direito, seu marco histórico e suas características, para, então, chegar ao novo constitucionalismo, o neoconstitucionalismo.

O termo constitucionalização do direito tem diversos sentidos e várias conceituações no ordenamento jurídico, tendo sua força na importância da contenção dos Poderes. (SARMENTO, 2008). Sua contribuição atinha-se ao direcionamento aos poderes constituídos, mas sem feições de efetividade de garantias e direitos aos indivíduos.

Porém, com os padrões de interpretação do direito no período da Segunda Guerra Mundial, que embasaram os horrores acontecidos, passou-se a necessitar de uma novel visão acerca do constitucionalismo. Assim, após este momento histórico, que fora abarcado por aplicações legislativas extremamente positivistas (usa-se esse termo, aqui, no sentido, de associar, a palavra ao sentido de aplicação das normas, na maioria das vezes, pela subsunção) houve uma necessidade da sociedade como um todo de proteger os direitos dos indivíduos. E, mais especificamente, aqui no Brasil, após um grande período de Ditadura Militar, com o advento da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Portanto, passa-se a ter uma nova forma de interpretar a Constituição e o direito como um todo, tornando os princípios constitucionais basilares para toda e qualquer interpretação do ordenamento jurídico, como, por exemplo, o direito civil.

Desta forma, faz-se necessário e salutar o estudo acerca da influência dos direitos e garantias fundamentais na interpretação do direito civil brasileiro, pois é uma nova visão bastante peculiar, pois imbrica direito privado com direito público, de forma indissociável. Mas, até que ponto há essa influência? E quais as suas consequências práticas?

Estas são algumas das inquietações acadêmicas que este trabalho pretende investigar, pois o princípio da isonomia entre os cônjuges é algo recente no Brasil e é necessário verificar se há ou não a influência do direito à igualdade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O trabalho conterá 3 (três) seções, sendo que a primeira seção falará acerca do neoconstitucionalismo, com sua definição e características; já a segunda seção adentrará na temática do direito à igualdade contido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, a terceira seção do trabalho acadêmico tratará do princípio da isonomia entre os cônjuges no direito civil brasileiro, suas nuances, influências e aplicabilidade no atual ordenamento jurídico brasileiro.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO.

O neoconstitucionalismo é um tema recorrente na seara jurídico, germinador de diversas divergências doutrinárias. O prefixo "neo" significa algo que é novo, que vem depois e se mostra uma nova visão acerca do assunto que acompanha o prefixo; logo o neoconstitucionalismo tem sua gênese no constitucionalismo. Portanto, inicialmente, falar-se-á da constitucionalização do direito, seu marco histórico e suas características, para, então, chegar ao novo constitucionalismo, o neoconstitucionalismo.

O termo constitucionalização do direito tem diversos sentidos e várias conceituações no ordenamento jurídico, tendo sua força na importância da contenção dos Poderes. (SARMENTO, 2018). Sua contribuição atinha-se ao direcionamento aos poderes constituídos, mas sem feições de efetividade de garantias e direitos aos indivíduos.

Há um consenso de que o surgimento do neoconstitucionalismo se dá no caso Luth, do Tribunal Constitucional Alemão, de 15 de janeiro de 1958, verificando-se as feições objetiva e subjetiva das normas constitucionais, na persecução dos valores constitucionais resguardarem todo ordenamento jurídico para o atingimento de toda a sociedade. Inicia-se uma modificação dos padrões vigentes de utilização dos mandamentos constitucionais.

Porém, com as mudanças paradigmáticas do direito no período da Segunda Guerra Mundial, que embasaram os horrores acontecidos, passou-se a necessitar de uma novel visão acerca do constitucionalismo. Assim, após este momento histórico, que fora abarcado por aplicações legislativas extremamente positivistas (usa-se esse termo, aqui, no sentido, de associar, a palavra ao sentido de aplicação das normas, na maioria das vezes, pela subsunção) houve uma necessidade da sociedade como um todo de proteger os direitos dos indivíduos. E, mais especificamente, aqui no Brasil, após um grande período de Ditadura Militar.

Neste período prevalecia a lei editada pelo parlamento como base do direito aplicado a toda legislação, não havendo grande força normativa nas constituições. As constituições não tinham tanta importância, tidas como diretrizes programáticas. Logo, após a Segunda Guerra Mundial, viu-se a necessidade de criar novas leis que fortalecessem as constituições visando garantir a proteção dos direitos fundamentais.

A ressaca moral da Segunda Grande Guerra, da Guerra Fria e das ditaduras impostas em alguns países causou um forte sentimento de emergência nas causas relacionadas aos direitos humanos e à proteção e garantia dos direitos individuais, preocupando-se em tratar os indivíduos como seres individuais e não apenas como massa populacional.

Logo, a população, recentemente consternada pelo Holocausto ocorrido, necessitava de uma percepção jurídica sobre os direitos dos homens e cidadãos para melhoria da convivência humana e proteção das fundamentalidades das agruras das relações sociais. Portanto, as violações aos direitos humanos ocorridas favoreceram diversas mudanças paradigmáticas no direito constitucional que se remetem até os dias atuais.

Desta feita, resta amadurecido o primado contexto temporal fecundador dessa temática neoconstitucionalista da atualidade, que tem diversas teorias. Neste viés, o Neoconstitucionalismo surge dentro da urgência da necessidade de garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos e limitação dos Poderes para que os males da Segunda Guerra Mundial não se repetissem.

Corroborando com tal afirmativa, Daniel Sarmento (2011) entende que o nascimento do neoconstitucionalismo se fez após o segundo pós-guerra na Europa Ocidental; como também Miguel Carbonell (2009), o qual afirma que o conceito de Neoconstitucionalismo surgiu na Espanha e na Itália no pós-segunda guerra. Nesse sentido, Azevedo indica que:

> Sob a influência do novo paradigma e na busca de uma plena efetivação deste novo direito, surge, no continente europeu, o movimento neoconstitucionalista (descrito por alguns autores como superação do positivismo), prevendo, como principais características, a reaproximação entre direito e moral, a distinção entre regras e princípios e apontando a ponderação como modelo privilegiado de aplicação do direito para hipóteses de colisão entre princípios, enquanto que a subsunção resolveria a aplicação das regras. (AZEVEDO, 2014, p. 6).

Há um novo parâmetro para a percepção das constituições, primando por diversas características não evidenciadas antes, na preocupação de proteção ao indivíduo, num sentimento de extrema necessidade de um movimento que mude as lógicas interpretativas, como se fosse para dar uma resposta ao que havia sido feito e na esperança de não repetição. Vanice Regina Lírio Valle (2013, p.102) afirma que:

> [...] Neoconstitucionalismo, constitucionalismo avançado ou constitucionalismo de direitos são expressões que traduzem uma mesma realidade, consistente num modelo que limita o poder, porque suas ideias fundantes assim o exigem como mecanismo de sua própria afirmação.

Os ideais que ensejaram o movimento do neoconstitucionalismo foram fundados na limitação do poder, eivados de experiências catastróficas de excesso de poderio aos governantes, prejudicial aos direitos e garantias dos indivíduos. Com isso, a autora reforça a ideia de que o neoconstitucionalismo vem arraigado num suporte de limites de poder, sendo seu principal viés, mas não único.

O Neoconstitucionalismo é um movimento de imprescindível força no contexto social, fincado no ideal recente do Estado de Direito:

> El Estado de derecho indica um valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra em sí consecuencias precisas. El valor es laeliminación de la arbitrariedade em el ámbito de la atividade estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machstaat* y del *Polizeistaat*: no máx *rex facit legem*, sino *lex facit regem*. (ZAGREBELSKY, 2009, p. 21).[1]

O Estado de Direito é o estado da razão, orientado na busca do bem geral, suprimindo a ideia de estado de acordo com interesses privados, limitando os poderes para eliminar os arbítrios dos dirigentes estatais.

No século XVIII, surge a ideia de Estado liberal de Direito, que se caracterizava pela concepção da lei como ato deliberado do Parlamento representativo e se concretizava na supremacia da lei sobre a administração, na subordinação somente a lei dos diretos dos cidadãos, com exclusão dos poderes autônomos que a administração pode incidir sobre eles, na presença de juízes independentes com competência exclusiva para aplicar a lei às controvérsias entre cidadãos e administração. (ZAGREBELSKY, 2009, p. 22).

O condão fundamental consiste na proteção da sociedade dos excessos dos Poderes, que necessitam serem limitados, para atender virtuosamente o intento primordial de harmonia entre Estado e cidadãos:

---

[1] O Estado de Direito indica um valor e alude apenas a uma das direções de desenvolvimento da organização do Estado, mas não contém conseqüências precisas. O valor é a eliminação da arbitragem no campo do bem-estar do estado que afeta os cidadãos. A direção é a inversão da relação entre poder e direito que constituiu a quinta essência de Machstaat e Polizeistaat: não max rex facit legem, mas lex facit regem. (tradução livre).

> El sentido general del Estado *liberal* de derecho consiste en el condicionamento de la autoridade del Estado a la libertad de la sociedade, en el marco del equilíbrio recíproco establecido por la ley (ZAGREBELSKY, 2009, p. 23).[2]

Nesta afirmativa, Zagrebelsky demonstra o sentido do Estado Liberal de Direito com a simbiose da autoridade do Estado e a liberdade da sociedade, numa tentativa de equilíbrio. A persecução acadêmica deste trabalho norteia-se, inicialmente, em como o neoconstitucionalismo revolucionou o Estado de Direito.

Ousa-se dizer que o Neoconstitucionalismo passa a dar novo entendimento ao Estado de Direito, com a proposta de uma reformulação da teoria jurídica. Logo, afirma-se que o novo direito constitucional encontrou seu espaço com o fim da segunda guerra e, no Brasil, a hegemonia da Constituição Federal de 1988. Todo esse cenário trouxe uma série de mudanças profundas tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais.

Com o passar do tempo foi-se mudando para o Estado Democrático de Direito com todas as nuances que essas modificações de nomenclaturas foram aparecendo na evolução social.

Nesse prisma, nota-se a importância dos direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988, tanto dando suporte jurídico-axiológico para a afirmação de uma Constituição materialmente exigível, quanto estabelecendo limitação formal que não apenas permite restringir a atuação dos poderes estatais, mas também possibilita que o cidadão possa exigir do Estado a concretização dos direitos. Ou seja, os direitos fundamentais constituem o núcleo da força normativa da Constituição.

É impossível conceituar de uma única forma o movimento do neoconstitucionalismo, pois há muitas teorias a respeito do mesmo, todavia, há características cruciais que são capazes de descrever as partes distintivas de identificação de tal.

Nas palavras de Humberto Ávila (2009, p. 1): *"É certo que não há apenas um conceito de "neoconstitucionalismo". A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única".*

Não se pode empobrecer o Neoconstitucionalismo a ponto de querer padronizar uma conceituação genérica do mesmo, fechando portas para novas diretrizes a serem pensadas e formuladas a respeito do mesmo. De acordo com Miguel Carbonell (2009, p. 197), o Neoconstitucionalismo:

---

[2] O significado geral do Estado liberal de direito consiste na condição da autoridade do Estado para a liberdade da sociedade, no âmbito do equilíbrio recíproco estabelecido pela lei. (tradução livre).

> [...] é caracterizado por um entendimento claro e coerente, formado por várias visões sobre o fato jurídico na contemporaneidade, mas, que possui elementos comuns reunidos em um mesmo titulo o que resulta em uma conceituação mais concisa.

Nesse sentido, vê-se notadamente a compreensão da acepção de que o Neoconstitucionalismo é fato jurídico, ou seja, acontecimento existente no nosso ordenamento jurídico atual. No entanto, de dificultosa definição unívoca. E indo mais além, como Streck (2005, p. 241) afirma: "*La discusión sobre el constitucionalismo contemporáneo es una tarea que todavía se impone.*" [3].

É um tema que ainda deve ser discutido, amadurecido, estudado, pois traz consigo as amarras de uma base conceitual do próprio Estado de Direito ou até a mitigação do mesmo como afirmam alguns:

> Ocorre que, levadas ao extremo, essas teses aniquilam a ideia de Estado de Direito. Se a constitucionalidade das normas for constantemente questionada pelos intérpretes – utilizando-se princípios como parâmetro e ponderação como técnica- elas perderão sua capacidade de guiar as condutas dos indivíduos, além de dar ensejo a uma atuação mais subjetiva por parte dos agentes públicos. Explica-se: ao se constatar que os princípios constitucionais irradiam por todo o ordenamento jurídico, torna-se possível argumentar, em qualquer caso, por mais ordinário que seja, a favor do resultado que se considera o mais correto, uma vez que o texto fundamental alberga uma infinidade de valores contraditórios em sua essência. (GALVÃO, 2012, p. 25).

O autor Jorge Galvão aborda na sua tese de doutoramento exatamente a questão do Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito, fim tanto no sentido de finalidade quanto no sentido de extermínio. Logo, este autor trabalha um ponderamento em relação a este movimento, em virtude da proteção do Estado de Direito.

Outro autor que questiona veemente o Neoconstitucionalismo, mais especificamente o brasileiro, é Humberto Ávila (2009, p. 7), dispondo que: "O "neoconstitucionalismo", nessa acepção, está menos para uma teoria jurídica ou método, e mais para uma ideologia ou movimento, defendido com retórica, vagueza e subserviência à doutrina estrangeira.".

Ferrajoli (2009) não concorda com a expressão "neoconstitucionalismo", acreditando apenas em transformações históricas. Todavia, acredita-se que sendo teoria ou método ou movimento ou ideologia, o grande cerne da questão é que ele existe sim como uma nova concepção de Direito Constitucional. Feio (2018, p. 32) também concorda com a falta de uma única concepção acerca do tema, porém pontua a marcante e indiscutível mudança de paradigma empírico:

> O termo neoconstitucionalismo é utilizado por diversos autores para identificar uma mudança paradigmática no direito. Não há consenso em sua definição e alguns autores até mesmo questionam se houve realmente alguma transformação efetiva, ou se simplesmente uma nova roupagem para antigos conceitos. Fato é que o

[3] A discussão sobre o constitucionalismo contemporâneo é uma tarefa que ainda se impõe. (tradução livre)

> neoconstitucionalismo ganhou ampla divulgação principalmente na América e na Itália, predominantemente nos países em que foi a adotado as bases romano-germânica (*civil law*) e as tradições positivistas.

É um novo padrão de visão da interpretação constitucional no ordenamento jurídico da sociedade atual, que torna as normas constitucionais mais fortes e eficazes. Este estudo preconiza que, de fato, existe o movimento neoconstitucionalismo no judiciário brasileiro, como uma nova acepção de compreensão acerca da matéria constitucional.

É um movimento bastante perceptível na seara sócio jurídica da contemporaneidade, com várias teorizações, sem nenhuma específica capaz de explicar tal fenômeno em sua completude, pois há vários autores e dinâmicas sociais que o diferenciam. Todavia, encampada de alguns traços marcantes e comuns.

A partir disso, abordar-se-á as características mais marcantes do Neoconstitucionalismo, que fazem com que se possa identifica-lo como fato jurídico da nossa realidade jurídica indiscutivelmente.

Humberto Ávila (2009, p.1-2) aponta os componentes basilares distintivos de reconhecimento do Neoconstitucionalismo:

> [...] Mesmo assim, podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais – ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou menor intensidade – desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de "neoconstitucionalismo": princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça geral em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou maais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).

O próprio autor acima descreve suas contribuições de persecução de características como imbricação de teorias de Miguel Carbonell, Luís Pietro Sanchís, Luigi Ferrajoli e Eduardo Ribeiro Moreira. (ÁVILA, 2009, p. 3).

Nortear-se-á este estudo escolhendo como principais características desse Neoconstitucionalismo os fundamentos apontados por Ávila, pois, explicam, de forma simples e clara, as bases do Neoconstitucionalismo. Corroborando, Luís Prieto Sanchís (2003, p.117) afirma que:

> [Más] principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotência de la Constitución em todas las áreas jurídicas y em todos conflitos minimamente relevantes, em lugar de espacios exentos em favor de la opción legislativa o

> regulamentaria; omnipotência judicial em lugar de autonomia del legislador ordinário;(...).[4]

Nesse momento, o autor passeia pelas principais características norteadoras do Neoconstitucionalismo, descrevendo os principais pontos de identificação do mesmo em nossa contemporaneidade.

Pode-se dizer que Neoconstitucionalismo se baseia numa ótica bastante heterogênea com diversos posicionamentos de autores que tratam do tema. Portanto, não há um comprometimento na uniformização de um conceito, haja vista que o mesmo possui várias vertentes, porém, deve-se dizer que existe um ponto em comum, que é o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e uma nova hermenêutica.

Insta afirmar que por meio do Neoconstitucionalismo viu-se a necessidade de utilização dos valores e dos princípios constitucionais, com o objetivo de garantir uma vida harmônica, digna e plena para a coletividade. Entre as correntes do Neoconstitucionalismo, tem-se a que se deve buscar sempre a verdadeira definição da norma, buscar o verdadeiro sentido incluído ela ao âmbito social das leis, através dos princípios constitucionais e por meio da ponderação, até mesmo para a aplicação da lei deve-se utilizar os princípios que possuam valores subjetivos.

Desse modo, entende-se que o Neoconstitucionalismo busca o fornecimento social e eficiente de direitos por parte do Estado para os indivíduos, pois, os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma completa e imediata.

Portanto, afirma-se que a teoria do Neoconstitucionalismo delimita a transformação de um Estado de Direito Tradicional fundamentado no positivismo normativo em um Estado que se preocupa com os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos se baseando na moral e na política. Ela defende o princípio da supremacia da Constituição, onde a análise e interpretação das leis devem estar de acordo com a Constituição visando a promoção social, política e moral da sociedade.

Dito isto, o presente estudo afirma que as principais características do neoconstitucionalismo são: valorização dos princípios; mais ponderação do que subsunção; individualismo e concretude; aplicabilidade constitucional e ativismo judicial.

---

[4] [Mais] princípios que regras; mais ponderação do que subsunção; onipotência da Constituição em todas as áreas legais e em todos os conflitos minimamente relevantes, em vez de espaços isentos a favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial em vez de autonomia do legislador ordinário (...). (tradução livre).

Assim, a aplicabilidade constitucional permeia nosso estudo em relação à igualdade, que verificaremos na próxima seção.

3 DIREITO À IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Visto as influências do neoconstitucionalismo no pós Segunda Guerra Mundial em todo o mundo, no Brasil não seria diferente e, após um período de regime militar, surge a nova Constituição da República Federativa do Brasil, com proteção aos direitos humanos, com vários princípios, dentre outras características dessa nova constitucionalização que estava ocorrendo nas normatizações mundiais, principalmente na América Latina.

O Art. 5º, caput e inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 afirmam que:

> Art. 5. 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:
> I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações , nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

O direito a igualdade na Constituição da República (BRASIL, 1988) surge com a finalidade de afincar na sociedade um viés voltado para os direitos humanos, fazendo com que a isonomia entre os indivíduos repercuta em uma mais ampla e de fato justiça social. Nesse sentido, este direito surge com o propósito de diminuir disparidades, assegurando oportunidades iguais a indivíduos com condições diferentes:

> [...] o princípio da isonomia ou igualdade *lato sensu*, traduzido no art. 5.º, *caput*, da Lei Maior, eis que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". Quanto a essa igualdade, princípio maior, pode ser a mesma concebida pela seguinte expressão, atribuída a Aristóteles e também a Ruy Barbosa: *A lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais*. Do texto, nota-se na sua primeira parte a consolidação do princípio da igualdade *stricto sensu* (*a lei deve tratar de maneira igual os iguais*), enquanto a segunda traz o princípio da especialidade (... *e de maneira desigual os desiguais*). Essa é a essência da *igualdade substancial*. (TARTUCE, 2021, p. 112)

Diante da igualdade formal advinda da lei, onde todos são iguais independente de cor, raça, sexo, religião, orientação sexual, o princípio da isonomia transcende a formalidade da lei trazendo reconhecimento da igualdade substancial, numa lógica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, legitimando tratamento diferenciado de grupos socialmente vulneráveis, onde o grupo a que pertence às classes chamadas de minorias possa de maneira genuína exercer seus direitos em busca de uma sociedade mais justa e igualitária, dentre tais grupos, o da mulher. Assim, como observa Da Rosa e Silva:

> O princípio da igualdade é tema extremamente complexo, e sua compreensão só é possível quando analisada a sua origem histórica e evolução ao longo dos tempos. Como forma de regulação da sociedade, a isonomia alcançou uma feição substancial às custas de lutas sociais e movimentos revolucionários, tornando-se instrumento de grande valia em prol das minorias.
> Não restam dúvidas de que a ideia aristotélica de "*tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, dando a cada um o que é seu*" alcançou seu ápice com a promulgação da Lei Maior, não obstante estarmos muito longe da concretização plena do princípio da isonomia. Nesse sentido, andou bem o constituinte de 1988 ao determinar, sem medir esforços, a busca incessante pela igualdade em seu aspecto mais democrático e pluralista. (DA ROSA E SILVA, 2017, online).

Quando o inciso I do Art. 5º da Constituição Federal de 1988 versa sobre a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulher há um encetamento do reconhecimento dos direitos individuais e sociais das mulheres, representando um marco-político-jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país, subsidiando o movimento feminista.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) formalmente garante o direito à igualdade, porém a luta na busca pela materialidade deste direito é constante, está em plena expansão, através da criação de políticas públicas efetivas que possam atender indivíduos pertencentes aos grupos socialmente vulneráveis, as minorias, fazendo com que todos os brasileiros possam usufruir dos direitos a eles inerentes, e assim alcançar a tão almejada justiça social.

Logo, tal direito à igualdade constitucional perpassa por todos os ramos do ordenamento jurídico, chegando à isonomia entre os cônjuges no contrato de casamento do direito civil, de viés privatista, com será visto na próxima seção.

4 DIREITO À IGUALDADE E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE OS CÔNJUGES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Tendo em vista o direito à igualdade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e que o neoconstitucionalismo faz nascer uma nova ótica de visão sobre o direito civil, ou seja, a constitucionalização do direito civil, como todos os outros ramos da seara jurídica, deve-se interpretar todo o ordenamento jurídico a partir daquela, fazendo emergir de forma mais contundente o princípio da isonomia entre os cônjuges na atualidade. Fala-se, atualmente, de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

> Essa *horizontalização dos direitos fundamentais* nada mais é do que o reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares. Nesse sentido, pode-se dizer que as normas constitucionais que protegem tais direitos têm aplicação imediata (*eficácia horizontal imediata*). Essa aplicação imediata está justificada pelo teor do art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal de 1988, pelo qual: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". (TARTUCE, 2021, p. 113-114).

Afinal, hodiernamente, toda aplicação de normas no direito vigente deve coadunar com a novel visão da Constituição da República Federativa do Brasil de proteção aos direitos e garantias fundamentais do ser humano.

Obviamente que os direitos das mulheres são recentes no ordenamento jurídico brasileiro, afinal na década de 1950 ainda existia o Estatuto da Mulher Casada, o divórcio só veio no ano de 1977, sendo bastante preponderante o extinto pátrio poder e não o atual poder familiar.

Quando se fala no princípio da isonomia entre os cônjuges, estuda-se o direito da igualdade especificamente no contrato de casamento, imbricando o direito constitucional e o direito civil. Afinal, não faz mais sentido um contrato de casamento com direitos díspares entre os cônjuges num Estado Democrático de Direito que vislumbra a igualdade entre homens e mulheres em todas as suas formas, não apenas de maneira formal, mas, principalmente, de maneira material:

> A partir da nova Carta Maior, as relações entre as pessoas, principalmente entre os cônjuges, passam a ter uma nova abordagem. Legalmente a submissão é extinta, a sociedade não mais congrega da ideologia de uma família patriarcal, machista e sexista. Nesse momento histórico, a mulher já desenvolve importante papel na sociedade. Além de mãe, esposa e filha, ela trabalha, possui renda, luta pelos seus direitos, tem opinião e inteligência respeitada.
>
> Passamos a ter um novo modelo social, o casamento não é mais baseado nas escolhas do pai, ou nas convenções econômicas das famílias. A relação conjugal passa a ser de

> amor, afeto e companheirismo; a mulher escolhe o homem que deseja compartilhar seus momentos de vida.
>
> O casamento passa a ser regido pelos princípios constitucionais: da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. (LOPES, 2009, online).

A visão da mulher dentro do contrato de casamento mudou, pois, nos dias atuais, ela passa a ter protagonismo, sem ter o dever de obediência ao marido, pois ela é legalmente igual a ele e merece ter seus direitos e vontades atendidos.

O art. 226, §5°, CRFB/1988 preconiza que: "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher." (BRASIL, 1988). Desse modo, verifica-se uma preocupação da mudança da sociedade patriarcal para uma sociedade igualitária:

> Tanto a Constituição Federal, quanto o Código Civil, passam a conceituar a família, como entidade, na qual se estabelece a "comunhão plena". Vale-se ressaltar que sob uma perspectiva sociológica, os textos legais não se referem apenas as comunhões materiais, bem como de deveres e direitos jurídicos, mas também a comunhão afetiva, emocional, de compartilhamento de vivencias e experiências que é adotado no novo modelo das famílias atuais. Família essa baseada no amor, no companheirismo, na tolerância e no respeito mútuo. (LOPES, 2009, online).

Além do Código Civil (BRASIL, 2002) e da novel Constituição (BRASIL, 1988), temos outras legislações que reafirmam essa intenção de igualdade no casamento, na família, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) em seu art. 21:

> O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Tem-se construído no direito civil brasileiro uma obediência à isonomia entre os cônjuges, dando mais protagonismo às mulheres, que eram esquecidas no sistema patriarcal anterior. Dessa forma, o princípio da isonomia é visto claramente no Código Civil Brasileiro no que diz respeito à relação patrimonial quando se verifica o princípio da igualdade dos filhos, no art. 1.596, o princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros, no art. 1.511, princípio do maior interesse da criança e do adolescente, nos arts. 1.583 e 1.584,CC, dentre outros. Assim: "Esses comandos legais regulamentam especificamente na ordem familiar a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, constante do art. 5.º, *caput*, da CF/1988, um dos princípios do Direito Civil Constitucional." (TARTUCE, 2021, p. 2020).

Desta maneira, é inegável a influência da isonomia ligada à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, contidos na Constituição da República Federativa do Brasil, no direito civil no que diz respeito à isonomia entre os cônjuges.

5 CONCLUSÃO

Assim, chega-se à derradeira seção deste artigo, que se debruçou sobre o neoconstitucionalismo e sua correlação com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobre o direito à igualdade e o reflexo no direito civil brasileiro e o princípio da isonomia entre os cônjuges.

O problema deste trabalho foi: "Como direito à igualdade previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 influenciou a aplicação do princípio da isonomia entre os cônjuges no direito civil brasileiro?".

Para responder tal questionamento, objetivamos caracterizar o neoconstitucionalismo, descrever o direito à igualdade na Constituição da República (BRASIL, 1988) e identificar a relação entre este direito e o princípio da isonomia entre os cônjuges no direito civil brasileiro, tendo como metodologia aplicada a pesquisa bibliográfica, com uma abordagem qualitativa, utilizando o método dedutivo.

Desta forma, iniciou-se este trabalho acadêmico pelo neoconstitucionalismo, pois é a partir da percepção de existência e características do mesmo que se passa a compreender as nuances do direito constitucional e suas consequências para todas as searas do direito brasileiro; afinal, a divisão do direito em ramos é meramente para efeitos organizacionais acadêmicos, pois o direito é uma ciência única.

Após, o estudo adentrou na temática da igualdade, conforme a Constituição (BRASIL, 1988), trazendo suas nuances no ordenamento jurídico brasileiro e, assim, na última seção, adentrou-se no princípio da isonomia entre os cônjuges no direito civil brasileiro, suas influências e aplicabilidade na atualidade.

Desse modo, este estudo concluiu que o direito à igualdade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 influenciou no princípio da isonomia entre os cônjuges, pois se entende que a Carta Magna e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais fez com que todo o direito brasileiro se adequasse à respeitabilidade e à igualdade entre os seres humanos, independentemente de sexo, raça, cor, religião ou quaisquer outras possíveis formas de diferenciação.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **“Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <http://www. direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 22 mar. 2021.

AZEVEDO, Douglas Matheus De. **O Neoconstitucionalismo e a fragilização do direito**. 2015. 74. Fls. (Monografia de graduação em Direito) – Centro Universitário Univates, Lajeado, 2014

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 09 jun. 2021

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 09 jun. 2021.

CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2009.

DA ROSA E SILVA, Carolina Dias Martins. **Igualdade formal x igualdade material: a busca pela efetivação da isonomia**. Conteúdo jurídico, 2017. Disponível em< http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48550/igualdade-formal-x-igualdade-material-a-busca-pela-efetivacao-da-isonomia>. Acesso em 29 mai. 2021.

FEIO, Thiago Alves. **Precedentes judiciais vinculantes no código de processo civil de 2015, ativismo judicial e (in)segurança jurídica.** 2018. 165 fls. (dissertação de mestrado) – Centro Universitário do Pará - CESUPA, Belém, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito.** 2012. 217 fls. (tese de doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

LOPES, Wanessa Kelly Pinheiro. **Abordagem constitucional sobre o Princípio da Igualdade dos cônjuges no casamento civil**. Âmbito jurídico, 2009. Disponível em< https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-68/abordagem-constitucional-sobre-o-principio-da-igualdade-dos-conjuges-no-casamento-civil/>. Acesso em 29 mai. 2021.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Sobre o neoconstitucionalismo y sus implicaciones.** In: Justicis Constitucional y Derechos Fundamentalis. Madrid: Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). As novas faces do Ativismo Judicial. Salvador: JusPODIVM, 2011.

_____, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Teoria y Realidad Constitucional**. Revista UNED Espanha, número 16, p. 241-270, 2005

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** 11. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal.** Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicis.** Rad. de Marina Gascón. Madri: Trotta, 2009.