

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS
DIREITOS E CIDADANIA**

DANIELA CARVALHO ALMEIDA DA COSTA

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo de constitucionalização dos direitos da cidadania [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Daniela Carvalho Almeida Da Costa, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-063-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucionalização.
3. Cidadania. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS
PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E
CIDADANIA

Apresentação

Caríssimos(as),

É com imensa honra e satisfação que apresentamos a obra Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania, fruto das apresentações do Grupo de Trabalho (GT) que conduzimos no dia 05 de junho do corrente ano, na Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Este GT foi pensado e proposto pela afinidade temática com uma das linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, cuja área de concentração é justamente Constitucionalização do Direito, o que nos acrescenta uma satisfação pessoal. O Programa, ainda muito jovem, cujo início se deu em 2010, vivenciou um grande amadurecimento ao sediar o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, o que se refletiu na adesão maciça de seu corpo docente e discente, não só unindo esforços para ciceronearmos esse Encontro do CONPEDI, mas também na submissão de inúmeros artigos científicos.

A obra que apresentamos tem uma importância peculiar para o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, contando com uma das professoras do Programa dentre seus coordenadores, bem como com 6 artigos de alunos do Programa que, em conjunto com os demais 18 artigos, todos selecionados com o devido rigor científico, compõem os 24 artigos da presente obra sobre Constitucionalização e Cidadania. Os textos se destacam pela relevante discussão temática em torno das dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais, especialmente pelo debate sobre os mecanismos de efetividade desses direitos, não só no âmbito jurídico, mas também no âmbito social, político e econômico.

Os Direitos Humanos, na célebre concepção de Hannah Arendt, são um dado e não um construído, o que nos remete ao dinamismo necessário a sua internacionalização/universalização e, sobremaneira, num país com uma democracia inconclusa como o nosso, a necessidade da construção e aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos para sua internalização. A Constitucionalização dos Direitos é força motriz para a efetivação desse processo paulatino de internalização dos Direitos Humanos.

É inegável o avanço que a Constituição de 88 representou nesse processo e o quanto nossas instituições públicas vêm se fortalecendo no jogo de forças da vivência democrática.

Entretanto, uma efetiva constitucionalização promove cidadania e dignidade, enraizadas nos valores sociais do trabalho, a começar pela democratização do acesso à justiça e à livre informação, não por outra razão fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Para tanto, é essencial uma efetiva hermenêutica constitucional, em que toda a interpretação e aplicação do direito se dê conforme o paradigma constitucional.

Os coordenadores do GT Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração da presente obra, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da graduação e pós-graduação e os próprios cidadãos interessados na tutela de seus direitos.

Desta feita, acreditamos que a presente obra muito acrescentará às reflexões tão necessárias dentro dos estudos do direito, acerca do Processo de Constitucionalização e Cidadania, com vistas à construção de um mundo mais igualitário.

Desejamos uma leitura construtiva a todos!

Aracaju, inverno de 2015.

Prof.^a Dr.^a Daniela Carvalho Almeida da Costa¹

Prof.^a Dr.^a Maria dos Remédios Fontes Silva²

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez³

¹Advogada; Mestre e Doutora em Direito Penal e Criminologia pela USP; Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca; Ex-Coordenadora Regional em Sergipe do IBCCRIM; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estudos sobre violência e criminalidade na contemporaneidade da UFS; Professora Adjunta do Dept.^o de Direito da UFS; Professora do Programa de Pós-graduação Mestrado em Direito da UFS; Professora do Curso de Direito da Fanese; Professora da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

²Mestre e Doutora pela Université Catholique de Lyon - França, Pós-doutorado pela Université Lumière Lyon II - França. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Direito Estado e

Sociedade". Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professora Titular do Departamento de Direito Público da UFRN, Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN.

³Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996.

**A EVOLUÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA
BRASILEIRO E A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL**
**THE EVOLUTION OF FAMILY LAW CONSTITUTIONALISATION BRAZILIAN
AND MEDIATION AS CONSTITUTIONAL INSTRUMENT**

**Vivian Gerstler Zalcmán
Maisa de Souza Lopes**

Resumo

As reflexões do presente visam à abordagem teórica da constitucionalização do direito das famílias, sendo certa a mudança de paradigma norteada pelos princípios fundamentais. Para tanto, é necessário o estudo da pós-modernidade que permitiu a ideia de premissa fundamental que influenciou a constituinte de 1988. Sendo certa a predominância de preceitos constitucionais à lei ordinária, cabe o estudo das mudanças históricas que o Direito de Família sofreu e o movimento de constitucionalização que esse ramo vem passando atualmente. Esse movimento se dá com o objetivo de atender a todas as mudanças necessárias para os indivíduos a fim de garantir suas liberdades individuais e sua dignidade.

Palavras-chave: Pós-modernismo, Princípios do direito de família, Evolução histórica do direito de família, Constitucionalização do direito de família.

Abstract/Resumen/Résumé

The reflections of this theoretical approach aimed at the family law's constitutionalization and it has a certain change of paradigm guided by the fundamental principles. Thus, the post-modernity's study allowed the fundamental premise's idea that it was required to the 1988 constituent's influence. The constitutional common law precepts it is certainly predominant and this paper aims the family law historical changes's and the constitutionalization's movement which is currently undergoing on this branch. This movement is aiming to meet all the necessary changes for individuals to ensure their freedoms and dignity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Postmodernism, Principles of family law, Historical evolution of family law, Constitutionalisation of family law.

1. Pós-Modernidade e seus Reflexos

Impensável tratar da constitucionalização do direito sem antes fazer remissão ao advento da pós-modernidade e sua influência no pensamento atual, vez que deu ensejo à criação dos princípios fundamentais que se sobrepõem aos dispositivos ordinários.

O início do pensamento pós-moderno se deu em 1789 com a declaração dos direitos do homem, que funcionou como um marco histórico de ruptura libertária e contorno dos ideais da revolução francesa.

Parte dos fatores determinantes para a aceitação de uma nova forma de pensamento foram os acontecimentos desastrosos do século XX, no tocante às incontáveis chacinas ocorridas por todo o mundo e às grandes guerras mundiais ocorridas e pautadas num positivismo exacerbado e na preocupação com a sociedade como um todo em detrimento das necessidades individuais de seus integrantes.

Através da filosofia da exclusão das verdades absolutas, em que o consenso e a segurança passam a ser valorizados e a subjetividade passa a ser aceita pela comunidade científica da época, abriu-se espaço para um pensamento mais humanizado.

O resultado dessa linha de pensamento é a valorização do ser humano como indivíduo em sobreposição à massa social. É necessária a criação de princípios norteadores e a valorização das escolhas individuais do ser humano, ainda que essas sejam distintas das convencionais.

2. Os Princípios do Direito de Família

O vocábulo “princípio” deriva do latim *principium*, podendo ser definido, atualmente, como causa primária ou valor maior. O princípio possui força norteadora para fins de aplicação de qualquer norma.

Desta maneira, pautada nos ideais pós-modernistas de respeito à dignidade e às liberdades individuais, a Constituição da República funciona como parâmetro que filtra as leis a fim de que elas atendam os anseios sociais.

Nessa seara, Rolf Madaleno leciona:

“[...] a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um de seus cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focados sob a luz do Direito Constitucional”¹.

Tendo os preceitos fundamentais constitucionais esta função, eles passam a figurar como princípios basilares norteadores do direito brasileiro. De acordo com parte da doutrina brasileira, alguns desses princípios se desdobraram em outros intimamente ligados ao direito de família.

2.1 *Princípio do Respeito à Dignidade da Pessoa Humana*: deriva do artigo 1º, III da Constituição Federal e funciona não apenas como norteador das relações humanas, mas como base do direito de família que é “*o mais humano de todos os ramos do direito*”². Toda a proteção a entidades familiares não fundadas no casamento se dá com base nesse princípio, sendo ele intimamente relacionado ao artigo 226 §§3º ao 8º da Constituição Federal.

Esse princípio vem sendo recebido pelos juristas de maneiras distintas, vez que alguns o invocam sempre que possível como fundamental à vida humana e outros o criticam duramente o chamando de “princípio guarda-chuva” que acabaria por abranger qualquer situação de acordo com a necessidade de cada caso.

¹ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família – 5ª ed. Pg.46. 2013: Forense.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro – direito de família. Pg. 22. 2012: Saraiva.

2.2 Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e dos Companheiros: fundado no artigo 226§5º da Constituição Federal que iguala os cônjuges e conviventes em matéria de sexo, extinguindo juridicamente o patriarcalismo e conferindo o poder familiar a todos os envolvidos na criação dos filhos e manutenção do lar. Trata-se de regra decorrente da igualdade entre sexos que foi consequência da emancipação feminina.

2.3 Princípio da Igualdade de Todos os Filhos: consoante o artigo 227§6º da Constituição Federal que remete aos artigos 1596 ao 1692 do Código Civil e garante igualdade dos filhos, independentemente de sexo, de idade e, principalmente, de ser havido ou não na constância do casamento. Outra questão interessante é a igualdade entre os filhos adotados ou não. Tal preocupação também foi trazida pela Lei 8069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Maria Helena Diniz acerta ao lecionar:

De modo que a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento; logo só se poderia falar em filho, didaticamente, matrimonial ou não matrimonial reconhecido ou não reconhecido³.

2.4 Princípio da Paternidade Responsável e Planejamento Familiar: consubstanciado no artigo 226§7º do texto constitucional que sustenta a responsabilidade de ambos os genitores, companheiros ou cônjuges na educação e sustento dos filhos. A questão do planejamento familiar, antes tão atacado por instituições de ordem religiosa, passou a ser decisão livre do casal, sendo disciplinado pelo artigo 1565 do Código Civil e pela Lei 9253 de 1996.

³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – direito de família. Pg. 36-37. 2014: Saraiva

2.5 Princípio da Comunhão Plena de Vida: decorre do Princípio da Afetividade que se baseia no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e garante o que vem se nomeando “família sócioafetiva”. Fundamentam-se essas ideias não apenas no artigo 1º, III do texto constitucional, mas também no artigo 1511 e 1513 do Código Civil.

2.6 Princípio da Liberdade de Constituir uma Comunhão de Vida Familiar: Esse princípio abrange uma liberdade mais ampla, no sentido de garantir as diversas modalidades de formação de família sem intervenção de qualquer pessoa de direito público ou privado (artigo 1513 do Código Civil). Da mesma maneira, protege essas várias espécies de família no tocante ao planejamento familiar (artigo 1565 do Código Civil), liberdade de aquisição e administração do patrimônio familiar (artigo 1642 e 1643 do Código Civil) e a livre escolha do regime de bens (artigo 1639 do Código Civil).

3. A Evolução Histórica do Conceito de Família

As mudanças atuais em pauta e discussão por parte dos pensadores contemporâneos do direito civil devem ser muito valorizadas, vez que a abertura para o presente cenário é realmente muito recente e somente pode se dar com o advento de preponderância valorativa dos princípios garantidores das liberdades individuais.

3.1 Os Direitos da Mulher

Antes da Constituição da República de 1988, o cenário vigente para a figura feminina era lastimável do ponto de vista das liberdades individuais que deveriam ser regra em qualquer sociedade para qualquer ser humano.

Nessa era pré-constitucional, não tão distante, apenas o homem representava a família, bem como lhe era facultado autorizar ou não diversos atos da vida civil de sua esposa. Chegava-se ao extremo de a lei garantir a administração de bens pessoais unicamente pertencentes à mulher ao seu marido.

A inferiorização e subjugação da mulher eram regra social e foi positivada pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4121/1962) que determinava que a mulher casada era juridicamente incapaz. Nesse sentido, Gustavo Tepedino contribui:

A atribuição ao marido do poder de sujeição sobre a mulher, e conseqüentemente inferiorização feminina, a ponto de tornar juridicamente incapaz a esposa que até o minuto anterior às núpcias era plenamente capaz e perfeitamente inserida no mercado de trabalho, explica-se no contexto acima delineado; a unidade formal da família, em sendo um valor em si, justificava o sacrifício individual da mulher, em favor da paz doméstica e da coesão formal da entidade familiar⁴.

Noutra banda, vem o Estatuto da Mulher casada e determina:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interêsse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

Compete-lhe:

I - A representação legal da família;
II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311);
III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique;
IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.

Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta⁵.

Ainda, nesse sentido, lecionou Ana Silvia Scott:

Os projetos individuais e as manifestações de desejos e sentimentos particulares tinham pouco ou nenhum espaço

⁴ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares.

⁵ Lei nº 4121/1962

quando o que importava era o grupo familiar e, dentro dele, a vontade de seu chefe, o patriarca, era soberana⁶.

3.2 O Direito dos Filhos

No tocante aos filhos a situação era condenável, vez que o pátrio poder justificava a absoluta sujeição da prole à figura paterna. Eram bastante comuns pesados castigos corporais e punições das mais severas estirpes.

Isso somente veio a ser freado com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei 8069 de 13 de julho de 1990. O filho deixava de ser subjugado ao quase absoluto poder paterno para ser protegido pela lei como sujeito de direitos.

Maior absurdo ocorria com o filho oriundo de relação extraconjugal, o chamado “filho bastardo” que carregava essa mácula pelo resto de sua existência. A sociedade punia essa criança, a marginalizando desde o nascimento por um crime que ela jamais cometeu.

Em que pese o absurdo dos usos e costumes da sociedade da época, maior atrocidade era feita pelo legislativo que impedia o reconhecimento dessas crianças. Em 1949 foi promulgada a Lei de nº 883 que finalmente permitiu o reconhecimento dessas crianças, mas apenas se houvesse dissolução do casamento.

Já em 1984 (Lei nº 7250) a possibilidade do reconhecimento foi estendida para casos em que houvesse separação de fato por período igual ou superior a cinco anos.

O filho oriundo e adoção também era marginalizado pela Lei que lhe conferia tratamento diferenciado, como se pertencesse a uma classe mais baixa de filiação.

Daí a importância do reconhecimento desses filhos, conforme leciona Clóvis Beviláqua, *"Da legitimidade da família, que implica a da filiação, procedem relações*

⁶ SCOTT, Ana Silvia. “O caleidoscópio dos arranjos familiares” in “Nova história das mulheres no Brasil”. São Paulo: Editora Contexto, 2012. Pg. 15

originando regalias, direitos e deveres para os filhos, como sejam o direito à educação, aos alimentos, à herança [...]”⁷.

3.3 A Presunção de Paternidade

Noutra banda, a presunção de paternidade do marido era absoluta, devendo haver a prova do adultério e confissão da mulher adúltera para que tal presunção fosse questionada. A ação de contestação de paternidade era condicionada, vez que a legitimidade ativa exclusiva era do suposto pai, o prazo para ingresso com a ação era de dois meses para pai presente e três meses para pai ausente a contar do nascimento da criança e, como se não bastasse, a motivação era restrita, sendo admitida a ação apenas em caso de o pai ser impotente ou em caso de ausência de coabitação com a esposa.

Todas essas regras visavam a proteção da vista como sagrada instituição da família, apesar da paternidade ser absolutamente discutível em alguns casos.

Atualmente ainda há a possibilidade de presunção de paternidade, porém em situações mais factíveis e abre-se possibilidade de discussão desta através de diversos meios legais.

3.4 O Divórcio

O positivismo brasileiro veio permitir o divórcio apenas em 1977, ou seja, apenas trinta e seis anos atrás o divórcio foi regulamentado e as pessoas poderiam contrair novas núpcias livremente. E essa prática, tão difundida atualmente, sofreu ferrenhas oposições através das mais diversas manifestações por todo o território brasileiro.

E, até recentemente, por pressão religiosa e forças dessas instituições no sistema brasileiro, era necessária a figura da separação antes do divórcio. O divórcio direto só veio a ser admitido em 2010 através da Emenda Constitucional de nº 66.

⁷ BEVILÁQUA, CLÓVIS. Direito de Família – Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

4. A Mediação como Instrumento Constitucional

A técnica surgiu nos Estados Unidos da América como forma de solução de conflitos alternativa ao judiciário, que se encontrava com carga de trabalho exacerbada. Desta feita, o instituto era utilizado mais como um instrumento conciliatório, em virtude dos costumes oriundos do povo e mentalidade dos integrantes do sistema jurisdicional.

Já na França e no Canadá o instituto veio a ser inserido no ordenamento como um princípio que visava o preenchimento de lacunas e causar mudanças significativas não apenas nos litígios, mas na vida dos litigantes e suas relações interpessoais.

A mediação, enquanto princípio, torna prática a aplicação de dois princípios constitucionais de grande importância, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana combinado com o princípio da proteção estatal ao indivíduo.

Nas técnicas da mediação, uma terceira pessoa, estranha ao conflito e imparcial quanto aos envolvidos, visa auxiliar e regular a situação instaurada que gera o embate social. Não se deve confundir o trabalho do mediador com o do psicólogo, pior ainda visualizar-se a mediação como método alternativo que visa a esquivar-se a um judiciário sobrecarregado.

A proposta consiste na mudança de comportamento através da comunicação que, espera-se, será levada à intercompreensão e isso resultará não no “desafogamento do judiciário”, mas da ausência de necessidade de utilizá-lo como agente julgador dos conflitos.

Em que pese o termo “mediação” vim sendo mal empregado por todos os envolvidos em seu processo e até mesmo pelos operadores do direito ou pelos órgãos que as instituíram como ferramenta em âmbito brasileiro, há diversos doutrinadores engajados na implementação correta e alerta da mediação como princípio.

Nessa era de constitucionalização do direito familiar, reflexo das ricas contribuições pós-modernas, temos Águida Arruda Barbosa que leciona:

“[...] o conceito de mediação interdisciplinar compreendido como princípio repousa sobre a vasta fundamentação teórica, de evidente complexidade, em virtude da necessidade de justapor conhecimentos de outras áreas, para produzir um conhecimento que não se limita à soma destes, mas, se trata de uma linguagem altamente sofisticada. É preciso que a comunidade jurídica desperte para a importância desse conhecimento para que haja o aprimoramento da prestação jurisdicional do Estado, outorgando a dignidade das profissões jurídicas”⁸.

5. A Constitucionalização da Entidade Familiar

Tradicionalistas tentam a contramão do momento de constitucionalização do direito civil alegando ser esse movimento antigo e fundado no Código Civil de 1916, não se devendo, portanto, aplicar-se ao Código Civil elaborado após a Constituição de 1988.

Esqueceram-se, porém, que o projeto do Código Civil é muito anterior à Constituição Federal, apesar de ter sofrido mudanças desde então. Porém, esse não é o argumento central a ser levantado. Frise-se que fato notório no estudo das disciplinas introdutórias ao estudo do direito é a máxima que dispõe: ao ser promulgada a norma constitucional, toda a lei ordinária infraconstitucional que a afronte não é recepcionada, não encontrando qualquer validade posterior.

Da mesma maneira, norma posterior que não esteja em consonância com o texto constitucional será inconstitucional e, conseqüentemente, não terá qualquer validade. Dessa maneira, a promulgação da Constituição da República de 1988 trouxe modificações em âmbito do direito de família e essas persistem até o presente momento e poderão gerar reflexos em qualquer norma futura.

A primeira grande mudança se deu com o princípio da igualdade, não apenas trazido pela Constituição da República, mas positivado como cláusula pétrea. Foi

⁸ BARBOSA, Ágüida Arruma. Mediação: um PRINCÍPIO in Novos direitos após seis anos de vigência do código civil de 2002. Porto Alegre: Juruá, 2009.

grande o clamor social até a aceitação desse dispositivo que banuiu tantas discriminações e uma nova atividade em que inexistia a hierarquia entre ambos os sexos e a inexistência de diferenciação entre filhos advindos ou não de vínculo matrimonial.

A Constituição da República e seus princípios trouxeram uma reformulação de conceitos em que a solenidade do matrimônio visando a procriação não é mais requisito indispensável para a formação de um núcleo familiar.

Assim, discussões axiológicas vêm se utilizando da Constituição da República para consagrar suas posições.

O constituinte de 1988 trouxe os princípios basilares da República Federativa do Brasil, servindo estes como norteadores de qualquer operador do direito.

O artigo 1º parágrafo 3º da Constituição consagra o princípio da dignidade da pessoa humana que garante que nenhuma estrutura institucional poderá se sobrepor às necessidades individuais dos cidadãos. Ou seja, o indivíduo passa a ser mais importante do que as células institucionais que ele integra.

E é com base nesse princípio que toda a fundamentação de mudanças ocorridas em âmbito do direito de família. Nesse sentido, leciona Maria Berenice Dias:

E, diante desse aparente conflito entre regra e princípio, tem valor superior o princípio da não discriminação, por meio do objetivo fundamental de construção de uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária. Se a dignidade da pessoa humana é o centro axiológico de toda a ordem constitucional e condiciona a aplicação do direito positivo vigente, público ou privado, a pessoa humana é considerada ‘valor-fonte fundamental do direito’, adquirindo primazia sobre o Estado e, conseqüentemente, sobre as instituições⁹.

⁹ DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva – o preconceito e justiça. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pg. 99.

A família deixa de figurar como instituição quase sagrada e inquestionável fundada apenas e tão somente no instituto do casamento entre homem e mulher para abranger novas formas.

A unidade familiar, anteriormente definida como o grupo formado atendendo formalidades legais do casamento de progenitores e filhos advindos dessa união de maneira legítima para encontrar uma flexibilidade conceitual mais contemporânea.

Assim, é possível verificar a existência de diversas entidades familiares não fundadas no casamento, como a união estável, a união estável homoafetiva, as famílias monoparentais e as relações poliamorosas.

Da mesma maneira, posições impensadas para os legisladores pré-constitucionais foram positivadas pelo legislativo ou admitidas jurisprudencialmente, com a possibilidade de dissolução conjugal independentemente de culpa de qualquer dos envolvidos, direitos igualitários entre os sexos, planejamento familiar e até a intervenção estatal no núcleo familiar a fim de coibir a violência doméstica.

Ou seja, houve um grande salto em direção ao progresso e às liberdades individuais, não se aceitando mais o poder patriarcal.

A instituição familiar passa a ser valorizada não pela formalidade pela qual é imbuída sua estrutura, mas pela importância dos sujeitos que a integram.

Com o advento da Constituição da República de 1988, modificou-se o foco da proteção. A família deixou de ser tutelada visando-se a paz doméstica como principal fator e a instituição do casamento era usada como instrumento de forma incontestável.

Os princípios constitucionais, a proteção deixou de ser institucional e passou a tutelar os indivíduos e garantir sua dignidade e sua liberdade. A paz doméstica da família deixou de se sobrepor aos interesses de seus integrantes.

O casamento deixou de ser o único modo de constituição de família, pela mudança do ponto de vista axiológico.

O fato de haver atualmente incentivo ao casamento em detrimento à união estável, por exemplo, não significa uma hierarquização entre os institutos. Os

indivíduos são livres para fazerem o que bem entenderem, porém, cediço é que o casamento é mais seguro com relação aos bens patrimoniais do que a união estável não firmada em cartório. Nesse diapasão, afirma Gustavo Tepedino:

Não há dúvida quanto à admissão pelo constituinte, ao lado da entidade familiar constituída pelo casamento, das entidades familiares formadas pela união estável (artigo 226 §3º) e pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (artigo 226 §4º). Tais entidades demonstram a mudança da ótica valorativa constitucional e impedem que se pretenda dar tratamento desigual a qualquer das entidades ali previstas. Vale dizer: toda e qualquer norma que se dirija à tutela das relações familiares deve ter como suporte fático (*fattispecie*) os tipos de comunidades familiares identificados pela comunidade familiar, por sua vez, não é protegida como instituição valorada em si mesma, senão como instrumento de realização da pessoa humana¹⁰.

CONCLUSÃO

Assim, resta indiscutível o processo já instaurado em todas as disciplinas jurídicas de constitucionalização, movimento impensado há algumas décadas em virtude da baixa estima que os juristas concediam ao texto constitucional.

O processo de constitucionalizar o direito civil, em especial, o direito de família, não apenas como forma de preencher lacunas, mas dotando o operador do direito de recursos para uma interpretação da norma infraconstitucional à luz dos dispositivos constitucionais que pregam valores fundamentais à uma vida digna.

Dessa maneira, a fim de se evitar excesso de formalidades e uma interpretação demasiadamente literal e restritiva, o operador do direito pode buscar a real vontade do

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares.

legislador e se esquivar de subterfúgios utilizados para a negativa de direitos como omissões do texto legal, por exemplo.

A interpretação pautada nos princípios fundamentais constitucionais, quando necessária por lacunas, omissões ou obscuridades acaba por privilegiar o indivíduo do núcleo familiar. Importante o fato de que utilizar os princípios como meios norteadores interpretativos se difere de aceitar a função ativa do Judiciário que não deve ser livre para legislar, vez que há o princípio da separação dos poderes.

Da mesma maneira, deve-se colocar a mediação como um instrumento constitucional e de uso comum, não apenas de modo a desafogar o judiciário, mas de modo a fazer com que as partes utilizem esse instrumento a fim de dirimir suas questões à luz dos princípios constitucionais. Assim, não permanecerão pelo resto de suas vidas em demandas jurisdicionais desgastantes não apenas para a máquina estatal, mas para os próprios litigantes.

A constitucionalização do direito de família aliada aos meios alternativos de solução de conflitos, em especial, a mediação, é um avanço aos moldes tradicionais e ultrapassados de solução de conflitos familiares em que pela morosidade e litigiosidade estimulasse a agressividade e adoção de meios protelatórios ou revisionais das decisões.

Apesar das discussões acerca do tema, é inegável que o direito caminha para abraçar a todos os indivíduos, lhes conferindo as liberdades individuais, a igualdade e a tão sonhada dignidade que será ainda inerente à existência humana.

Referências Bibliográficas

BARBOSA, Águida Arruma. Mediação: um PRINCÍPIO in *Novos direitos após seis anos de vigência do código civil de 2002*. Porto Alegre: Juruá, 2009.

CUNHA, Antonio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. São Paulo: Lexikon, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva – o preconceito e justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9ª ed. rev. at. am. 2013: Revista dos Tribunais

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – direito de família. Pg. 39. 2014: Saraiva.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família – 5ª ed. Pg.46. 2013: Forense.

SCOTT, Ana Silvia. “O caleidoscópio dos arranjos familiares” in “Nova história das mulheres no Brasil”. São Paulo: Editora Contexto, 2012. Pg. 15

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: Temas de direito civil. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 349-368.