

As transformações do direito de família brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988

Fabiola Albuquerque LOBO*

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar as transformações ocorridas no direito de família brasileiro, nestes 30 anos da Constituição e os respectivos efeitos às relações jurídicas existenciais. Sem dúvida, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio estruturante do ordenamento jurídico ladeado pelos outros princípios constitucionais e a utilização da metodologia do direito civil constitucional foram os grandes balizadores, na consolidação deste paradigma que renovou e continua renovando o direito de família.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios; família; constitucionalização.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. O princípio constitucional estruturante da dignidade da pessoa humana; – 3. A metodologia do direito civil constitucional; – 4. Subprincípios constitucionais aplicáveis ao direito de família; – 4.1. Subprincípio da liberdade; – 4.2. Do subprincípio da igualdade; – 4.3. Subprincípio da afetividade; – 4.4. Subprincípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da convivência familiar; – 5. Repercussão da Constituição de 1988 na legislação e jurisprudência familiarista; – 6. Conclusão; – 7. Referências bibliográficas.

TITLE: *The Transformations of Brazilian Family Law in the Light of the Federal Constitution of 1988*

ABSTRACT: *The present work has the objective of demonstrating the transformations occurred in the family law, in these 30 years of the Constitution and the respective effects to existential juridical relations. Undoubtedly, the principle of the dignity of the human person as a structuring principle of the legal system flanked by other constitutional principles and the use of the methodology of constitutional civil law were the great proponents, in the consolidation of this paradigm that renewed and continues to renew the right of family.*

KEYWORDS: *Principles; family; constitutionalisation.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The constitutional principle structuring the dignity of the human person; – 3. The methodology of the constitutionalization of civil law; – 4. Constitutional sub-principles applicable to family law; – 4.1. Subprinciple of freedom; – 4.2. The subprinciple of equality; – 4.3. Sub-principle of affectivity; – 4.4. Subprinciple of the best interest of the child and the adolescent and the familiar coexistence; – 5. Repercussion of the 1988 Constitution in family law and jurisprudence; – 6. Conclusion; – 7. Bibliographical references.*

1. Introdução

O presente trabalho pretende demonstrar os impactos no direito de família passados 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988. Parte-se da premissa que

* Doutora em Direito. Professora do Departamento de Direito Privado do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco.

daquele direito de família, proveniente da codificação civil de 1916, só restam às referências históricas. Sua contextualização atual é sob os influxos da constitucionalização do direito civil. Sem dúvida, a Constituição mediante a aplicação direta e imediata dos princípios constitucionais às relações existenciais de família, revolveu na essência os sustentáculos de outrora. E com base neste viés principiológico, fomentando uma nova hermenêutica axiológica, que se verifica a reconstrução de um direito de família paradigmático, democrático e humanizado.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio estruturante do ordenamento jurídico brasileiro lança luzes a todas às relações jurídicas, conseqüentemente, no âmbito das relações de família, tutela a individualidade de cada membro integrante da entidade familiar, independente, do modelo que tenha.

Da simples leitura, do capítulo destinado à família (art. 226 ao 230 da CF/88) resta evidente sua importância, para o alvorecer deste Direito de Família oxigenado, a exemplo do reconhecimento da família como base da sociedade, dotada de especial proteção do Estado, da pluralidade das entidades familiares e da igualdade de direitos na sociedade conjugal e na filiação.

Como se vê, a centralidade da codificação/16, quanto à exclusividade do casamento na constituição de família e, da sociedade conjugal pautada numa relação hierárquica, patriarcal e patrimonialista ruiu diante dos valores e da tábua axiológica constitucional. É essa perspectiva humanizadora e democrática da Constituição que fomentou e continua fomentando as grandes transformações do Direito de Família brasileiro.

2. O princípio constitucional estruturante da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal/88 não apenas instituiu o Estado Democrático e Social de Direito, como também elencou seus fundamentos, ou seja, os valores supremos consagrados pela ordem jurídica brasileira. E, com este status privilegiado, que o princípio da dignidade da pessoa humana, ocupa o pórtico do edifício normativo constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana privilegia e protege a pessoa em sua essência. É a manifestação concreta da repersonalização em detrimento da patrimonialização das relações jurídicas.

Inúmeras são as contribuições doutrinárias, no sentido de preencher o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, mas sem dúvida a mais recorrente é a de Kant, para quem deve ser compreendido nos seguintes termos:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.¹

Conforme a Constituição, todos os espaços de atuação do homem estão jungidos ao atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana, quer seja em relação aos direitos de personalidade, na condição de proprietário, no exercício da livre iniciativa econômica, na condição de consumidor ou como integrante de entidade familiar, o que mostra não ser por acaso fundamentar e irradiar luz a todos os direitos fundamentais.

É um princípio que deve ser preenchido a priori, pelo fato de ser pessoa. Trata-se de um princípio de inclusão, pois importa na proteção da pessoa concreta e individual em relação às demais pessoas inseridas dentro de uma realidade social, com necessidades reais e que luta para conquistá-las.

A Constituição Federal de 1988 erigiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Tal opção colocou a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, de modo que todo o sistema, que tem na Constituição sua orientação e seu fundamento, se direciona para a sua proteção.²

Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe uma revisitação do conceito de pessoa, pois àquele que foi empregado na codificação, não encontra correspondente na Constituição. Aqui a pessoa ganha fórum privilegiado, deixa de ser um sujeito abstrato do código e ganha concretude.

A localização do princípio, dentro do contexto compromissório da Constituição visou superar o déficit social e a promoção da realização da pessoa como fim do próprio Estado. Como princípio estruturante, assume a condição de fio condutor do sistema jurídico constitucional, de maneira que, todas as relações humanas devem ser por ele conformadas.

A propósito, as considerações de Juarez Freitas:

¹KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997, p.77.

²FACHIN, Luiz Edson. *Parecer do Projeto de Código Civil*, 2000, p. 03.

O princípio jurídico da dignidade da pessoa, sendo, como é, um dos pilares supremos do nosso ordenamento, apto a funcionar como vetor-mor da compreensão superior de todos os ramos do Direito. Mais do que *in dubio pro libertate*, princípio valioso nas relações do cidadão perante o Poder Público, faz-se irretorquível o mandamento humanizante segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida.³

Ao lado do princípio da dignidade, o da solidariedade também é outro princípio estruturante. Segundo Paulo Lobo, o princípio cresceu de importância a partir da Constituição de 1988, quando se inscreveu como princípio jurídico, de modo a conferir unidade de sentido e, na medida em que permitiu a tomada de consciência da interdependência social.⁴

Ainda a respeito do mencionado princípio, o autor faz as seguintes observações:

O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais [...].

No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos.⁵

Temos então, que a Constituição Federal alçou os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade à condição de fundamentais/ estruturantes. Segundo Canotilho, os princípios designados com tais são aqueles constitutivos e indicativos das “ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional” e, por sua vez estes mesmos princípios “ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que os densificam, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno”.⁶

É nesta perspectiva de sistema harmônico, mediante a necessária aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição é que os princípios constitucionais aplicáveis

³ FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. *Direito Constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 242

⁴ LOBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: *Magister*; Belo Horizonte: *IBDFAM*, a. IX, out-nov., 2007, p. 145.

⁵ LOBO, Paulo. *Direito Civil-Famílias*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p.40.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.1099.

ao direito de família, na condição de subprincípios concretizarão os princípios da dignidade e da solidariedade.

Por fim, uma breve reflexão de Jorge Miranda, demonstrando a diferença de significado entre princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da dignidade humana.

A expressão dignidade da pessoa humana dirige-se ao homem concreto e individual; enquanto dignidade humana dirige-se à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa.⁷

3. A metodologia do direito civil constitucional

A constitucionalização do direito civil atingiu seu ápice com a Constituição Federal/88 e, impôs uma hermenêutica interpretativa diferenciada às relações jurídicas, consolidando valores há muito postulados pela sociedade. É o que Peter Haberle defende, ao se reportar aos critérios de interpretação constitucional. Segundo o autor àqueles critérios interpretativos “hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. [...] Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática”.⁸ Neste sentido podemos compreender que tal fenômeno promoveu um completo redirecionamento no conteúdo do direito civil. No caso, significa que os três institutos fundamentais, daquele ramo do direito (contrato, família e propriedade) ganharam regulação constitucional.

Ao direito civil, diante da migração dos seus elementos fundamentais a órbita constitucional, somente resta redesenhar outro modelo jurídico, baseado na principiologia axiológica da Constituição. Tal inserção, não sugere que os institutos foram retirados da codificação civil, ao contrário, continuam presentes, mas a maneira de interpretá-los, necessariamente, há de ser feita em conformidade com a Constituição. É a chamada técnica de interpretação conforme.

Joaquim de Sousa Ribeiro, acerca do tema, assim se manifestou:

⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Coimbra: Ed. Coimbra, 1988, p. 170, T. IV.

⁸ HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p.13-14.

Esta projecção do direito constitucional no direito civil é um fenómeno contemporâneo que, tendo como pressuposto um certo modelo de sociedade e uma certa ideia de Estado, dá resposta normativa a exigências da nossa época. Pondo o nosso direito civil em sintonia com o espírito do tempo [...]. A Constituição prefigurou, o regime de relações jurídico-civis, funcionando como promotora de modificações substanciais ao seu conteúdo. Assim pode provocar ou programar modificações do direito civil, quer de forma imediata, derogando, por inconstitucionalidade, preceitos que a infringem, quer através de mandatos ao legislador para que dê realização plena aos valores que consagra. Por qualquer das duas formas, o direito civil assume, por influxo constitucional, uma nova configuração, diferente da que, sem ele, teria.⁹

Deste modo, a constitucionalização do direito civil deve ser compreendida, prioritariamente, em três níveis. Quais sejam: o formal, o substancial e o transformativo. Entenda-se por nível formal, a migração dos três institutos fundamentais das constituições privadas (contrato, família e propriedade) para seara constitucional. O nível substancial diz respeito à existência de uma principiologia axiológica na Constituição que aproxima ou, praticamente, elimina as fronteiras entre o direito público e privado. E por nível transformativo, o concernente à transformação do direito civil em razão da jurisprudência. Propugna-se por um direito civil construído rente à realidade,¹⁰ de modo a possibilitar o constante diálogo entre a realidade social e as normas jurídicas.

Como externado alhures, o foco é a análise dos impactos promovidos pela Constituição, no direito de família, portanto o desenvolvimento das ideias concentrar-se-á na identificação e na demonstração da aplicação direta e imediata dos princípios constitucionais às relações existenciais.

A metodologia da constitucionalização do direito civil impôs uma hermenêutica interpretativa diferenciada às relações jurídicas privadas, e quiçá o direito de família tenha sido o ramo do Direito mais instado a olhar diferentemente os desafios sociais.

Perante o texto constitucional família é a base da sociedade, sem qualquer predicativo do tipo de família destinatária da tutela legal. Sem dúvida protagonizamos o florescer de um modelo de família, genuinamente, fundado em novos pilares e sob os auspícios

⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXIV, 1998, p.732 a 735.

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. Palestra proferida no *II Congresso Nacional de Direito Civil e Processo*, Recife, ago. 2002.

do princípio da dignidade da pessoa humana. Transpondo este princípio às relações de família significa a estruturação e desenvolvimento da personalidade de cada sujeito, integrante do grupo familiar.

Enquanto o princípio da dignidade da pessoa humana privilegia o indivíduo, o princípio da solidariedade familiar, não perde de vista seu caráter de reciprocidade, onde cada pessoa vive em relação uma para com a outra.¹¹

A dignidade de cada um apenas se realiza quando os deveres recíprocos de solidariedade são observados ou aplicados. [...] A solidariedade familiar é fato e direito; realidade e norma. No plano fático, as pessoas convivem, no ambiente familiar, não por submissão a um poder incontrariável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos.¹²

Nas palavras de Paulo Lobo, a família na atualidade “é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida”.¹³

A repersonalização e a funcionalização são as características do direito de família constitucionalizado. A primeira deve ser compreendida como o processo de deslocamento da tutela jurídica do indivíduo proprietário, para a tutela do indivíduo enquanto pessoa, dotada de dignidade.

O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda a sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo medida da propriedade, que passa a ter função complementar.¹⁴

Enquanto a segunda exprime a ideia de que a família na atualidade tem uma função prestante de garantir a realização existencial e o desenvolvimento de cada um dos integrantes do grupo familiar.

¹¹ CF/88 art. 229

¹² LOBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM a. IX, out-nov., 2007., p. 145, 146 e 149.

¹³ LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM a VI, nº 24, jun-jul, 2004. p. 153.

¹⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM a VI, nº 24, jun-jul, 2004, p. 152.

A família passou a ter funcional de servir de instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana. Não é mais protegida como instituição, titular de interesse transpessoal, superior aos interesses de seus membros; passou a ser tutelada como instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram.¹⁵

A família não é mais protegida como instituição, titular de interesse transpessoal, superior aos interesses de seus membros; passou a ser tutelada como instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram.¹⁶ Esta funcionalização adquirida conduz a uma axiologia dotada de critérios flexíveis, a fim de capturar as singularidades de cada caso concreto, em frontal oposição a aplicação da lógica formal e neutra, tão cara à codificação civil/1916.

4. Subprincípios constitucionais aplicáveis ao direito de família

Após a brevíssima referência às características do direito de família constitucionalizado segue-se adiante, para analisar o que denominamos de subprincípios constitucionais do direito de família. Segundo Canotilho subprincípios significa àqueles concretizadores dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

No rol dos subprincípios constitucionais aplicáveis ao direito de família (explícitos e implícitos) destacamos os seguintes: o da liberdade, da igualdade, o da afetividade, o do melhor interesse da criança e do adolescente e o da convivência familiar.

4.1. Subprincípio da liberdade

Paulo Lobo afirma que, o princípio da liberdade familiar encontra-se presente “na Constituição brasileira e nas leis atuais em duas vertentes essenciais: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade, e liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar”.¹⁷

Derivados da primeira vertente, exemplificativamente, as seguintes hipóteses:

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil -Direito de Família*. Tânia da Silva Pereira (atualizadora). Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p.50.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil -Direito de Família*. Tânia da Silva Pereira (atualizadora). Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p.50.

¹⁷ LOBO, 2015, Paulo. *Direito civil: Famílias*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65.

a) a correlação do princípio da liberdade com a pluralidade das entidades familiares, ou seja, o art. 226 da CF/88 dispõe que a família recebe especial proteção do Estado. Embora explicitamente se refira apenas ao casamento, a união estável e família monoparental, não autoriza a interpretação que alberga somente àquelas, muito pelo contrário, a natureza principiológica e contemplativa da cláusula geral de inclusão, inserta na Constituição, tutela todo e qualquer tipo de arranjo familiar, ainda que implícito. A exemplo do julgamento que reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar.¹⁸ Deste modo, o entendimento doutrinário adequado assevera que qualquer entidade familiar pautada nas características da afetividade, estabilidade e ostensibilidade merecem tutela jurídica.¹⁹

b) No âmbito da união estável, o princípio da liberdade é a tônica. Ao contrário do casamento, que a lei impõe declaração expressa de vontade e o cumprimento de uma série de solenidades pelas partes. A constituição da união estável se dá, independente de manifestação de vontade, porém mediante a aferição, no caso concreto, dos elementos que a configuram: convivência pública, contínua e duradoura e o *animus* de constituição de família. Ainda, com base no fundamento do princípio da liberdade há a tese do reconhecimento jurídico de uniões estáveis simultâneas.²⁰

A segunda dimensão apontada, pelo autor acima referido, diz respeito à liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar. E derivados desta dimensão ressaltamos as seguintes possibilidades:

a) a liberdade quanto ao espaço de autorregulação do casal, mas sempre em interdependência com a responsabilidade. A opção de iniciar ou dissolver uma relação de convivência é um bom exemplo de autonomia, na medida em que as partes livremente fazem suas escolhas afetivas. A simplificação ganhou maior respaldo quando o casamento civil passou a ser dissolvido, unicamente, pelo divórcio (Emenda Constitucional nº 66, de 2010), sem mais a exigência do instituto da separação judicial, ou a imposição de prazos e motivações a serem observados pelas partes. Sendo

¹⁸ STF (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 ADI. Relator: Ministro Ayres Brito, DJ, 05 maio. 2011.

¹⁹ LOBO, Paulo. Entidades familiares contitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM a.III, nº 12, jan-fev-mar, 2003. p. 42.

²⁰ STJ (Jurisprudência em Teses - fev., 2016) consolidou a tese da não possibilidade do reconhecimento de uniões estáveis simultâneas (Jurisprudência em), mas a temática continua em aberto, pois o STF, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (Tema 529), mas ainda não houve julgamento pelo plenário.

suficiente alegar o término da *affectio maritalis* para fundamentar o pedido de divórcio.

b) No compasso da simplificação da dissolução da entidade familiar há também a possibilidade de se valer do divórcio extrajudicial (Lei 11.441/2007). Não obstante a liberdade do casal, mas esta mesma liberdade encontra-se limitada pela assunção de responsabilidade com os filhos (paternidade responsável quanto ao exercício do poder familiar).

c) o planejamento familiar é livre decisão do casal (art. 227 §7º da CF/1988). O Estado não interfere na decisão/liberdade do casal quanto ao projeto parental, inclusive quanto à origem da filiação, biológica ou socioafetiva, mas em contrapartida impõe aos pais a obrigação de exercer o múnus público decorrente do poder familiar em relação a cada um dos filhos, independentemente da origem, se biológica ou socioafetiva. Logo, a paternidade responsável é um balizamento ao livre planejamento familiar.

d) Em relação aos filhos, o artigo 227 da CF/1988, serviu de base para o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4º), cujo conteúdo perpassa pelo reconhecimento da liberdade de opinião e expressão e da liberdade de participar da vida familiar e comunitária, sem qualquer tipo de discriminação. Patente que a liberdade proclamada, oriunda das relações de afeto, entre pais e filhos, é em função da idade e maturidade da criança, em consonância com a evolução de sua capacidade, pois são pessoas em desenvolvimento. Neste sentido a liberdade do filho encontra limites nos direitos dos pais, bem como a liberdade dos pais encontra limites nos direitos dos filhos. É uma situação relacional, uma via de mão dupla.

e) Na seara patrimonial prevalece a liberdade de escolha do regime jurídico de bens que regulará o patrimônio do casal, bem como a possibilidade de alterá-lo, desde que não ocasione nenhum tipo de prejuízo aos demais membros da família. Ressalte-se, igualmente, a instituição do bem de família convencional.

4.2. Do subprincípio da igualdade

O princípio da igualdade, também pode se manifestar nas mesmas vertentes sugeridas acima, por Paulo Lobo ao tratar do princípio da liberdade. Quer dizer, a igualdade da

entidade familiar, diante do Estado e da sociedade, e a igualdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar.

a) quanto às entidades familiares (explícitas ou implícitas) temos que entre elas, independentemente, do arranjo inexistem quaisquer distinção e hierarquia, pois todas são albergadas e merecedoras de tutela constitucional.²¹ Características intrínsecas a cada qual, não importa concluir desigualdade quanto proteção estatal.

b) Em relação aos cônjuges, sem dúvida alguma, o princípio da igualdade constitucional²² representa uma verdadeira revolução, tendo em vista que a história do direito civil foi pontuada pelo estatuto da desigualdade entre cônjuges e filhos. O mesmo princípio também se aplica às uniões estáveis, inclusive com destaque para o recente julgamento, com repercussão geral, acerca da equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão, inclusive em uniões homoafetivas.²³

c) A igualdade entre os filhos representa o expurgo dos variados designativos discriminatórios impostos àqueles provenientes das relações extramatrimoniais e incestuosas. Segundo dispunha a codificação civil liberal (CC/16) o casamento legitimava a família e, por conseguinte os filhos. A CF/88 banuiu todos os resquícios do estatuto da desigualdade e consagrou o princípio da igualdade da filiação, independentemente, da origem.²⁴ Como se percebe, a Constituição desatreia a filiação da situação jurídica de conjugalidade dos pais e equipara os filhos não consanguíneos sociafetivos aos consanguíneos.

d) A igualdade assegurada aos cônjuges/companheiros reforça o sentido de cooperação em relação aos filhos. Neste sentido o poder familiar é exercido conjuntamente e, em igualdade de condições pelos pais. Esta máxima permanece em caso de dissolução da entidade familiar, ou seja, a relação de conjugalidade, alcançando também a união estável, não se confunde com a relação de parentalidade.

Como se depreende os princípios da liberdade e da igualdade emolduram as relações entre os cônjuges ou companheiros e entre estes e os filhos, de modo a refletir os laços de solidariedade e reciprocidade nas relações.

²¹ LOBO, Paulo. Entidades familiares contitucionalizadas: para além do numerus clausus. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM a.III, n° 12, jan-fev-mar, 2003. p. 42.

²² CF/88 art. 226 § 5º

²³ STF. Leading Case n° 646721 RE, Relator: Ministro Celso de Mello e Leading Case n° 878694 RE, Relator: Ministro Roberto Barroso, DJ, 10 maio. 2017.

²⁴ CF/88 art. 227 § 6º

4.3. Subprincípio da afetividade

O princípio da afetividade, embora implícito no texto constitucional, mas emana do princípio da solidariedade. Na condição de princípio, a afetividade encerra deveres jurídicos e, não por acaso, doutrina e jurisprudência se apropriaram do seu conteúdo e reconheceram efeitos jurídicos às relações de família socioafetivas. Sem dúvida é uma grande virada paradigmática estabelecer com clareza que afetividade não significa afeto. São dimensões distintas, enquanto este é um elemento anímico, estranho ao Direito, àquele é um princípio jurídico, ou seja, espécie normativa. Neste sentido, o princípio da afetividade se revela como o suporte fático das relações de família, na atualidade.

A razão de ser da formação dos vínculos familiares (conjugalidade e parentalidade) pauta-se na liberdade e no desejo das pessoas, em franco abandono às relações constituídas e mantidas sob o manto do interesse econômico-patrimonial de outrora.

A Constituição Federal, através da EC 66/10 facilitou a dissolubilidade do casamento, o que ratifica a tese da *affectio maritalis*, como a razão de ser da manutenção da relação familiar. E, no âmbito da filiação, o princípio se revela com o desatrelamento da filiação ao critério consanguíneo. A exemplo disto, as espécies de filiação, que se apresentam ao lado da adoção, como sociafetivas, quais sejam: a decorrente da posse de estado de filho (situação fática que se consolida no tempo e enseja eficácia jurídica) e a proveniente das técnicas de reprodução assistida heteróloga. É de se observar que, a codificação civil/02 ao dispor sobre a proteção da pessoa dos filhos (guarda)²⁵, das relações de parentesco²⁶ e da filiação²⁷ reconhece os efeitos jurídicos do princípio da afetividade.

Bem se vê que as espécies de filiação referidas, não guardam nenhuma relação com a consanguinidade, mas todas são tuteladas igualmente pela Constituição. Logo, filhos são filhos, em igualdade de direitos, independente da origem, se biológica ou socioafetiva e, também independente de serem provenientes ou não, de entidade familiar legalmente chancelada pelo Estado.

A sofisticação que alcançou os debates doutrinários e jurisprudenciais em torno da socioafetividade instou o STF a decidir acerca da prevalência da paternidade

²⁵ CC/2002 Art. 1584§5º

²⁶ CC/2002 Art. 1593

²⁷ CC/2002 Art. 1597, V e Art. 1605, II

socioafetiva em detrimento da paternidade biológica, o que culminou com o julgamento admitindo a coexistência de parentalidades simultâneas, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.²⁸ Segundo a tese acolhida pelo STF, o direito brasileiro adotou o instituto da multiparentalidade, nas relações de filiação com todos os consectários jurídicos correspondentes, seja no plano existencial, como patrimonial.

Tema como abandono afetivo dos filhos, resvalando em responsabilidade civil dos pais, por ilicitude era inimaginável no direito de família, até pouco tempo atrás. Entretanto, tal apreensão esprou-se na doutrina e jurisprudência brasileiras, com o reconhecimento que o abandono afetivo constitui uma lesão ao direito de personalidade, por conseguinte ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A primeira, ação que chegou ao STJ, sobre a temática do abandono afetivo foi julgada improcedente. Segundo o relator, não restou configurada a ilicitude no comportamento do genitor e, ainda que houvesse, não seria matéria afeita à responsabilidade civil, e, sim às sanções próprias do direito de família, a exemplo da perda do poder familiar, se fosse o caso.²⁹

Em passado recente, o mesmo STJ, enfrentando, igualmente, a temática julgou no sentido de condenar um pai em favor do filho. Embora, não tenha havido remissão expressa ao princípio da afetividade, mas subliminarmente presente, sendo o fundamento do julgado o descumprimento objetivo do dever jurídico de cuidado.

A respeito, alguns fragmentos do voto da Ministra Nancy Andrighi:

[...]

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: *o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente*; ganha o debate

²⁸ STF Leading Case nº 898060 RE, Relator: Ministro Luiz Fux, DJ, 22 set. 2016.

²⁹ STJ. Recurso Especial nº 757411 / MG, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, DJ, 29 nov. 2005.

contornos mais técnicos, *pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.*

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) *além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)*”.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tismado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

*Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.*³⁰

Percebe-se que as duas categorias (abandono afetivo e multiparentalidade) emanam, diretamente, do princípio da afetividade e foram internalizadas no direito de família brasileiro após a Constituição Federal/88, com larga aplicação na doutrina e na jurisprudência dos tribunais.

4.4. Subprincípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da convivência familiar

Os conteúdos dos dois subprincípios encontram-se, intrinsecamente, interligados e derivam da Doutrina da Proteção Integral. Esta, por sua vez, encontra-se na essência da Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959).

Fato é que se estabeleceu, no direito brasileiro, o paradigma de proteção à infância e à adolescência, determinando que todas as crianças e adolescentes fossem sujeitos de direitos, dotadas de absoluta prioridade e titulares da chamada proteção integral. Tal

³⁰ STJ. Recurso Especial nº 1159242 / SP, Relator: Ministra Nancy Andrigli, DJ, 24 abril. 2012.

vertente foi acolhida na CF/88³¹, no Estatuto da Criança e do Adolescente³² e na Convenção sobre os Direitos da Criança.³³

Da Doutrina da Proteção Integral, advém o princípio do interesse superior da criança, que entre nós revela-se no princípio do melhor interesse da criança. Sendo este compreendido como um dever jurídico imposto à família, à sociedade e ao Estado, que deve ser observado “tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade”.³⁴

No plano infraconstitucional, o referido princípio, se revela na codificação civil, especificamente no capítulo destinado à Proteção da Pessoa dos Filhos, no ECA e na Lei de Adoção.³⁵

Da doutrina da proteção integral extrai-se também o princípio à convivência familiar e comunitária.³⁶ Este princípio, embora lastreado na Declaração Universal dos Direitos das Crianças, mas é possível inferi-lo, ainda que implicitamente, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos - art. XVI, 3 (1948), mediante o reconhecimento, dado por esta, à família enquanto núcleo natural e fundamental da sociedade.

Neste mesmo sentido, a Convenção sobre os Direitos da Criança reafirma a família como elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças; que para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade a criança, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão; reconhece também que devido à vulnerabilidade das crianças, estas necessitam de uma proteção e de uma atenção especiais, e sublinha de forma particular a responsabilidade fundamental da família no que diz respeito aos cuidados e proteção. A linha condutora da Convenção tem como regra, assegurar o princípio da convivência familiar e comunitária e, deste modo à manutenção dos vínculos afetivos.

³¹CF/88- Art. 227

³² Lei nº 8069/90.

³³ Ratificada, por meio do Decreto nº 99.710/90.

³⁴ LOBO, Paulo. *Direito Civil-Famílias*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 53.

³⁵ Lei nº 12.010/2009, modificada pela Lei nº13.509/2017.

³⁶ ISQUIERDO, Renato Scalco. A tutela da criança e do adolescente como projeção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral. *A reconstrução do direito privado*. Judith Martins-Costa (Org.) São Paulo: Ed. RT, 2002, p.518.

Assim torna-se preclaro que o direito à convivência familiar e comunitária é essencial para promover a realização e o desenvolvimento de cada um dos membros integrantes daquele núcleo familiar e desta maneira manter acesso, em especial, o vínculo da afetividade permanecendo ou não, o vínculo jurídico que os une. No sentir de Paulo Lôbo a convivência familiar é:

a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. [...]. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.³⁷

Indiscutível que os pais representam a ancoragem indispensável para o sadio e pleno desenvolvimento da pessoa do filho, em particular durante seu processo de formação, de identificação e de sujeito situado em uma sociedade propiciando assim a materialização do princípio do melhor interesse do filho, cuja expressão ladeada pelo direito à convivência familiar.

O princípio ao convívio familiar entre outras finalidades persegue a manutenção dos laços afetivos e a preservação da identificação do menor com seu grupo familiar. Destarte não faz mais sentido compreender o direito de visita de modo reducionista, pelo contrário o convívio pressupõe o à criança de manter contato com seus familiares e com todos aqueles com quem mantém relação de afetividade.

Em similitude com o princípio do melhor interesse, o da convivência família também está expresso no ECA e na Lei de Adoção.

5. Repercussão da Constituição de 1988 na legislação e jurisprudência familiarista

As repercussões, nestes 30 anos da Constituição para o direito de família são intensas e qualitativas. Sem exagero o direito de família foi revolvido em suas bases clássicas e reconstruído sob os paradigmas da repersonalização, da humanização e da funcionalização das relações existenciais. Na atualidade, o direito de família brasileiro alcançou uma sofisticada maturidade, devido ao incansável e relevante papel da doutrina e da jurisprudência, na consolidação de posicionamentos vanguardistas e desta maneira conduzindo à reformulação da legislação civil.

³⁷ LOBO, Paulo. *Direito Civil-Famílias*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 52.

Consolidar as bases fincadas naqueles paradigmas representa ofertar um direito de família inclusivo democrático e em harmonia com a realidade dos fatos concretos. *Mutatis mutandis* um direito acolhedor da complexidade das demandas sociais. Tal apreensão torna-se possível, mediante a aplicação direta e imediata dos subprincípios constitucionais, acima referidos, nas fundamentações doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas.

Na jurisprudência, são inúmeras as decisões fundamentadas, predominantemente, nos princípios constitucionais, mas por fidelidade ao tema, ou seja, a repercussão da Constituição no direito de família, a opção restringir-se-á ao STF, na condição de guardião da Constituição (art.102), com os temas e respectivas teses de repercussão geral, incidentes, imediata ou mediata, no direito de família.

Tema de Repercussão Geral	Teses de Repercussão Geral
392- Superação da coisa julgada para possibilitar nova ação de investigação de paternidade em face de viabilidade de realização de exame de DNA	RE 363889 - I - É possível a repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova; II - Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. ³⁸

³⁸ STF. Tese de Repercussão Geral nº 363889 RE, Relator Ministro Dias Toffoli DJ, 02 jun. 2011.

622 - Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica.	Leading Case: RE 898060 - A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. ³⁹
782 - Possibilidade de lei instituir prazos diferenciados de licença-maternidade às servidoras gestantes e às adotantes.	RE 778889 - Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada. ⁴⁰
498 - Alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva. 809 - Validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro.	Leading Case: RE 646721 e Leading Case: RE 878694 - “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”. ⁴¹

Na seara da legislação infraconstitucional também são inúmeros os exemplos de alterações, acréscimos, e, até mesmo leis, cuja essência provém da incidência dos princípios constitucionais e reverberam no direito de família. São elas: art. Lei nº 6515/73 (registro publico) acrescentado pela Lei nº 11924/2009, Lei nº 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei nº 8560/92 (Investigação da Paternidade), Leis nº 8.971/94 e 9278/ 96 (união estável), Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), Lei nº 11.698/08 alterada por 13.058/14 (guarda compartilhada), Lei nº12.010/ 09 (Adoção), Lei nº 11.804/ 08 (Alimentos gravídicos), Lei nº12.318/ 10 (Alienação

³⁹ STF. Leading Case nº 898060 RE, Relator: Ministro Luiz Fux, DJ, 22 set. 2016.

⁴⁰ STF. Leading Case nº 778889 RE, Relator: Ministro Roberto Barroso, DJ, 10 mar. 2016.

⁴¹ STF. Leading Case nº 646721 RE, Relator: Ministro Celso de Mello e Leading Case nº 878694 RE, Relator: Ministro Roberto Barroso, DJ, 10 maio. 2017.

parental), Lei nº 12.852/13 (Estatuto da Juventude), Lei nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e a Lei nº 13.185/15 (Bullying).

A própria Constituição também foi objeto de alteração, em razão de duas Emendas Constitucionais: a 65/2010 que modificou o art. 227 CF/88, para incluir os interesses da juventude e a 66/2010 que deu nova redação ao § 6º do art. 226 CF/88, referente à dissolubidade do casamento. Sem dúvida, esta última impactou com maior intensidade o direito de família, ao extinguir o instituto de separação judicial e abolir a necessidade de perquirição de culpa para fundamentar o pedido, segundo entendimento da doutrina majoritária familiarista, a qual a jurisprudência, igualmente, se filia.

6. Conclusão

Conforme demonstrado durante o desenvolvimento do trabalho foram inúmeras as repercussões constitucionais que atingiram o conteúdo do direito de família, de modo a transformá-lo em sua essência. Não se trata de um movimento localizado, num determinado marco temporal, ao contrário é um movimento de renovação em plena efervescência, nem tampouco constitui exagero afirmar que havia um direito de família antes e um direito de família depois da Constituição.

A passagem dos 30 anos da Constituição para o direito de família, não representa apenas a ruptura com a vertente da codificação civil/1916, mas o ressurgimento do direito de família ancorado na tutela constitucional e fincado sob os paradigmas da democratização, da repersonalização, do eudemonismo, da funcionalização, da liberdade e da responsabilidade.

O papel dos princípios constitucionais é imprescindível neste processo de oxigenação do direito de família, exatamente, em razão da tessitura de conteúdo aberto, própria dos princípios, de tal sorte que o direito ofertado apresente-se em conformidade com a realidade social e em atenção ao condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social.

O direito de família contemporâneo pauta-se no reconhecimento da interdependência entre os princípios da responsabilidade, da dignidade e da solidariedade. E, por extensão que “a liberdade das famílias contemporâneas, assegurada pelo direito, encontra sentido e legitimidade na ética da responsabilidade, ou seja, não há liberdade sem responsabilidade, nem esta sem aquela”.

O modelo de família do século XXI é de uma família real, concreta que enfrenta os dramas da realidade, os nós e as tensões diuturnas, mas sem perder de vista a ternura, o cuidado, a afetividade, a dignidade, a ética e a responsabilidade solidária de todos que compõem o grupo familiar.

É um direito comprometido com o justo, ou seja, aquele que captura a realidade e empresta-lhe efeitos jurídicos às situações de fato e não o envolto em abstrações.

7. Referências bibliográficas

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.1099.

FACHIN, Luiz Edson. Palestra proferida no *II Congresso Nacional de Direito Civil e Processo*, Recife-PE, ago. 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Parecer do Projeto de Código Civil*, 2000, p. 03.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. *Direito Constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 226- 248.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

ISQUIERDO, Renato Scalco. A tutela da criança e do adolescente como projeção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral. *A reconstrução do direito privado*. Judith Martins-Costa (Org.) São Paulo: Ed. RT, 2002.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

LOBO, Paulo. *Direito civil: Famílias*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOBO, Paulo. *Direito Civil-Famílias*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

LOBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM a. IX, out-nov., 2007.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM a VI, nº 24, jun-jul, 2004.

LOBO, Paulo. Entidades familiares contitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM a.III, nº 12, jan-fev-mar, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Coimbra: Ed. Coimbra 1988, T. IV.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil -Direito de Família*. Tânia da Silva Pereira (atualizadora). Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXIV, 1988.

civilistica.com

Recebido em: 3.8.2018

Aprovado em:

18.11.2019 (1º parecer)

25.11.2019 (2º parecer)

Como citar: LOBO, Fabíola Albuquerque. As transformações do direito de família brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-transformacoes-do-direito-de-familia/>>. Data de acesso.