

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: FONTES CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

*** JOÃO CARLOS DUARTE**

Mestre em História pela Universidade Severino Sombra
Especialista em História Contemporânea pelo Centro Universitário de Caratinga
Bacharel em Direito pela Faculdade de Educação e Ciências de Contagem
Bacharel em Estudos Sociais pelo Centro Universitário de Caratinga
Professor da Faculdade de Direito de Ipatinga

**** GUSTAVO LANA**

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (2003)
Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2007).
Atualmente é professor da Unileste (Centro Universitário do Leste de Minas Gerais) e da Faculdade de Direito de Ipatinga.
Exerceu entre 2007/2010 o cargo de Coordenador do Curso de Direito da da Faculdade Pitágoras de Administração Superior, campus Ipatinga.
É também sócio-proprietário do escritório de advocacia Lana e Valladares Sociedade de Advogados

***** LORENA SILVEIRA REZENDE ARMOND**

Especialista em Metodologia do Ensino pela Faculdade de Educação, Ciências e Letras da Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE
Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga
Graduação em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Atualmente é professora da Faculdade de Direito de Ipatinga

****** CRISTIANE ASSIS DE FREITAS ROCHA**

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo expor sobre a influência do Direito Constitucional sobre o Direito Civil, propondo com essa corrente metodológica, uma releitura do Direito Civil à luz das normas constitucionais. Para tanto, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, qualitativa e outros documentos pretende-se abordar como se deu a introdução dos valores e princípios constitucionais no âmbito privado, acolhido pelo próprio Código Civil de 2002, num processo histórico-evolutivo, e a importância da Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro, proporcionando a aplicação imediata e efetiva dos direitos humanos nas relações entre particulares. A pesquisa desenvolvida é do tipo descritiva e qualitativa, empregando-se a metodologia de levantamento jurídico doutrinário, consulta à legislação nacional pertinente, a periódicos especializados ou na internet e enunciados interpretativos relevantes sobre o tema-objeto de estudo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Constitucionalização. Direito de Família.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei Fundamental de 1988 deu-se início a um processo de constitucionalização do Direito Civil que veio como consequência dessa tendência de acabar com a dicotomia entre direito público e direito privado que prevaleceu estante durante muito tempo, trazendo um novo paradigma, um novo arcabouço para o conceito de família e consolidando a elaboração dos direitos da personalidade no âmbito do Direito de Família.

Diante de tais esclarecimentos, pode-se extrair que a Constituição, como norma maior, balizadora do restante do ordenamento jurídico, deve ser o ponto de onde devem partir as demais. Não basta dizer que deverá ser o ponto de confluência; tudo deve partir e continuar trilhando o caminho permeado por ela e essa é a validade jurídica para a constitucionalização do Direito Civil que tem como consequência chave a elevação dos princípios fundamentais deste último ao plano constitucional.

Tal explicação se mostra de suma importância para uma melhor compreensão do tema porque à medida que modificamos os princípios norteadores da essência de determinado ramo do Direito, todas as suas ramificações também sentem essa diferença. Isso é o que vem ocorrendo com a família.

Essa noção geral da constitucionalização do Direito Civil se faz necessária à medida que foi a partir dela que princípios do Direito de Família foram elevados ao patamar constitucional. Além disto, é inadmissível que ainda hoje se enxergue o Direito Civil, bem como qualquer outro ramo da seara jurídica, sem antes atentar para os ditames constitucionais.

Cumprido, nesse momento, fazer uma análise desses princípios incutidos na Constituição e que guardam relação com o direito de família, que vem sofrendo diversas mudanças e, inobstante sua evolução, não raras vezes é possível se deparar com situações inusitadas e ainda carentes de uma solução.

Foram adotados princípios, tais como o princípio da afetividade que propunha uma condição de diálogo e convivência harmônica entre os membros da entidade familiar; não prevalecendo os interesses patrimoniais frente à realidade da família brasileira.

Apresentam-se as entidades familiares legalizadas na Constituição Federal de 1988, e ainda, as novas acepções familiares resultantes dos laços de afetividade. Objetivou-se constatar a realização pessoal da afetividade como superação dos problemas apresentados por filhos de uniões desfeitas, no âmbito de convivência e solidariedade, como função básica da família atual.

Desta feita, o presente estudo pretende, a partir da análise dos princípios gerais de direito e dos princípios específicos de direito de família, estabelecer sua imbricação com os direitos da personalidade. É notória a falta de consenso na doutrina acerca dos princípios gerais de direito, porém defende-se que os mesmos são normas, bem como categoria mais ampla de princípios, dos quais fazem parte os princípios jurídicos, os princípios constitucionais e os princípios de direito de família.

Destarte, busca-se fazer uma pesquisa do tipo descritiva e qualitativa, empregando-se a metodologia de levantamento jurídico doutrinário, consulta à legislação nacional pertinente, a periódicos especializados ou na internet e enunciados interpretativos relevantes sobre o tema-objeto de estudo, e, sem a pretensão de esgotar o assunto, visa a expor quais as correntes doutrinárias que defendem a aplicabilidade de princípios ao Direito de Família.

2 BREVE HISTÓRICO: O DIREITO ROMANO E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO ATUAL

2.1 Gama de direito das civis que ascenderam as constituições

O direito romano, considerado como um termo histórico-jurídico se refere ao conjunto de regras jurídicas aplicáveis sobre os Direitos nacionais europeus, perdurando até a contemporaneidade. São inúmeras as contribuições do direito romano para o nosso

ordenamento jurídico, dentre elas a divisão do Direito em Público (*jus publicu* – que regula as relações entre o Estado e a parte interessada) e Privado (*jus privatum*– que atua nas relações jurídicas entre particulares).

Conforme expressa Castro (2011, p. 83), “o Direito Romano é uma criação típica deste povo, o que eles criaram nos deu a possibilidade de hoje estarmos habilitando países que se intitulam “Estado de Direito”.

Falar em direito implica em abordar as transformações sócio-políticas que ocorreram e ocorrem na história da humanidade ao decorrer do tempo. Igualmente, não é possível falar em direito dissociado do processo de evolução social, e embora o Direito esteja subordinado às leis, outras fontes formais também devem ser consideradas, tais como a analogia (quando utiliza de norma que regula uma situação semelhante para ser aplicada a uma situação que a lei não regula), os costumes (dizem de reiterados hábitos sociais adotados por um povo e tidos como corretos) e os princípios (tidos como bases que norteiam os doutrinadores e juristas).

Há de se pontuar que toda a evolução do direito privado ocorreu com o Direito Romano mas com a queda de tal direito, vários institutos foram obstacularizados. Obstacularização esta referente ao desenvolvimento do direito privado, pertinente ao desenvolvimento do direito individual, o direito *da civis*.

A partir de 1789 surge o renascimento do direito privado, com o advento da Revolução Francesa, havendo o movimento burguês, que eram pessoas pertencentes ao terceiro estado, que tinham poder econômico, mas não detinham o poder político.

É aprovada neste período a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tida como necessária para aqueles que a confeccionaram, pois residia no fato de que a ignorância ou a não aplicação de direitos seria a causa dos males sociais (Castro, 2011), eclodindo a tríade axionômica.

Essa tríade axionômica, com o ideário da Revolução Francesa dispunha acerca da liberdade, no que tange a ampla e irrestrita liberdade de contratação, da igualdade,

referente à isonomia formal, ou seja, tratar a todos de forma isonômica, bem como da fraternidade, que dispõe sobre a relação de boa fé nos atos de comércio. Porém, esses princípios não são o suficiente para sustentar o ideal almejado, pois há limitação na liberdade de contratação, no que tange garantia a ordem pública instalada.

Com a chegada de Napoleão ao poder, os ideais burgueses manifestam, e com os problemas decorrentes do comércio, indústria, foram gerados problemas imensuráveis. Na era napoleônica, foram criados inúmeros códigos que lhe conferiam poderes absolutos. Na segunda metade do século XVIII, os códigos assumem caráter específico ao Direito, pois passam a ser de competência do poder legislativo (CASTRO, 2011).

No Brasil, o Código Civil foi feito com base no Código Napoleônico, e tratava de “direitos e deveres de cidadãos, igualando-os todos, logo Código Civil são leis para os cidadãos no tocante a direitos e obrigações de indivíduos com status- e tudo o que advém deste” (CASTRO, 2011, p. 432).

O Código Civil de 1916, compilado por Teixeira de Freitas, e posteriormente tendo como relator Clovis Beviláquia, embebedou suas idéias na tríade proposta pela Revolução Francesa, e não havia efetiva proteção às pessoas, mas sim a alguns, tais como contratante, proprietário, chefe de família, e o testador.

O Código Civil Brasileiro de 1916 estava calcado no pensamento europeu vigente refletindo acerca dos ideais do século XIX, imbuindo de conceitos pertinentes ao individualismo e liberalismo jurídicos.

Tal código, inspirado sob a ótica do racionalismo dos séculos XVIII e XIX, pretendia ser a nova roupagem jurídica das relações patrimoniais. Assim, é salutar pontuar que o Código Civil de 1916, cuidava das relações patrimoniais, desconsiderando as particularidades dos sujeitos. Havia preocupação com o bem estar social burguês, o que proporcionava um monopólio estatal da produção legislativa, tornando intensa a dicotomia entre o direito público e o privado.

Como versa Tepedino (2003, p. 117), “essa dicotomia entre o direito público, responsável pelas garantias do cidadão perante o Estado, e o direito privado,

expressão da razão e da natureza das coisas, conferia liberdade absoluta de contratação e de apropriação”.

Sob esse viés, as relações patrimoniais civis estavam submetidas a um dirigismo contratual, havendo uma intervenção expressiva do Estado, que estabelecia o modo de operar e as metas econômicas e, por conseguinte as metas sociais a serem alcançadas pelas políticas públicas predeterminadas.

Essa intervenção estatal, conforme explana Tepedino (2003), promove o deslocamento no direito civil, do código para as leis especiais, o que proporciona a introdução de valores não patrimoniais de natureza social, para a nova ordem constitucional. O constituinte propõe com a constitucionalização do direito, resguardar a dignidade da pessoa humana, bem como à justiça social, havendo dessa forma, uma despreocupação com as relações patrimoniais que inicialmente eram o cerne da preocupação do código civil.

Observa-se o movimento de deslocamento da preocupação inicial com as relações patrimoniais, atribuindo, portanto, valores outros às questões patrimoniais, o que desencadeia a regulamentação de leis especiais, tais como a Lei de Locações Prediais Urbanas, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O grande marco de uma nova visão do direito civil se deu em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em que a humanidade não assistiria mais cenas de guerra, atrocidades contra a personalidade humana. Porém nem todos os direitos que emanam da personalidade humana foram resguardados por esse documento, devido impossibilidade em abrangê-los como um todo.

Da dignidade humana que surge a força matriz e motriz de todo o ordenamento jurídico. Força matriz, pois de toda é da necessidade de uma existência digna que surge os preceitos legais, e força motriz, pois o desenvolvimento do sistema se dá, com o desenvolvimento digno. A dignidade é, portanto o foco de luz de todo o ordenamento e sistema.

Assim, observa-se que os três princípios do direito privado, a pontuar, liberdade, igualdade e fraternidade, que inicia em 1789, depois com o Código Napoleônico de 1804, foram disseminados por todo o mundo e no Brasil chega em 1916. Essa tríade axionômica precisou de uma releitura com texto constitucional de 1988.

Em 1988, tínhamos uma constituição que proclamava uma existência digna do ser humano e código civil preocupado com a questão patrimonial. Houve um descompasso entre o direito civil e o direito constitucional, o que forçou ao estudo do direito civil constitucional.

A liberdade então deixou de ser ampla e irrestrita, mas sim a noção de autonomia privada de contratação, que é autonomia da vontade nos limites da lei, da moral e da ordem pública instalada. Lei, no sentido do que está disposto no texto constitucional e no código civil; moral, apontando questões valorativas, cunho subjetivo, e a ordem pública instalada, trata-se dos anseios populacionais de uma dada nação. Assim, no Código Civil de 2002, o que efetivamente se alterou foi a ordem pública instalada.

Com relação à isonomia formal, as pessoas passam a ser tratadas com as devidas diferenças, havendo, portanto, tratamento desigual dos desiguais na medida e proporção de sua desigualdade. Daí o aparecimento das legislações protetivas.

No que tange a fraternidade, é mister observar o art. 3, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988- CRFB/88, pois o solidarismo constitucional está para além de valores morais, sendo pois um dever que está no mundo jurídico. Sendo dessa forma tido como um objetivo fundamental da Constituição Brasileira.

Destarte, o direito civil constitucional é uma realidade que se instala no país a partir de 1988, e o direito civil vem nessa tônica privada constitucional.

Esses princípios de liberdade, igualdade e fraternidade evoluíram para autonomia privada de contratação, isonomia consubstancial e solidarismo constitucional, sendo essa a nova tríade axionômica que se inaugura CRFB/88 e com maior vigor no ano de 2002 e se desenvolvendo até então.

A constitucionalização do Direito Civil, também chamada por alguns doutrinadores de repersonalização ou despatrimonialização do Direito Civil, aponta para uma significativa mudança de eixo, do patrimônio à pessoa, a valorizar a principal beneficiária do direito civil, a saber, a pessoa humana, e não qualquer outro valor que possa substituí-la ou superá-la.

A pessoa humana assume lugar diferenciado deixando, pois, o patrimônio e a propriedade de ser o eixo central de análise do Direito Civil. O ser humano começa a ser compreendido levando-se em consideração os seus desejos, expectativas e vontades, se tornando o real titular de deveres e direitos agora resguardados pela ordem jurídica.

É notória a transformação advinda com a Constituição Federal de 1988, no que tange as garantias resguardadas proporcionando uma maior abrangência jurídica, pois foi assegurada a aplicabilidade de princípios enquanto força normativa. Dessa forma, a constitucionalização proporcionou a consagração de normas de outros ramos de direito na Constituição Federal e também o dever de interpretar as normas infraconstitucionais de acordo com a Constituição Federal, por ser ela a norma estruturante e inaugural do Estado.

Reverbera Barroso (2003), que a interpretação jurídica deve ser feita a luz da interpretação constitucional, e dessa forma toda vez que se aplica uma norma infraconstitucional, aplica-se em maior ou menor grau de abstração e concretude uma norma constitucional, vez que esta deve estar compatível com a Constituição Federal, sob pena de ser declarada inconstitucional e banida do ordenamento jurídico.

2.2 Avanços do Direito de Família

No direito romano, a palavra família podia ser aplicada tanto às coisas, no sentido de indicar o conjunto de um patrimônio, quanto às pessoas, que indicava o grau de parentesco. Houve um momento também, em que o indivíduo na família era visto conforme o seu *status familiae*, para exercer a sua capacidade de gozo de direito.

Castro (2011, p. 98) dispõe que o “poder do pater família era absoluto, de vida e de morte sobre todos sob sua chefia. Seus filhos recém-nascidos podiam, por sua vontade, ser deixados para morrer, ou, em qualquer idade, ser vendidos”

A Revolução Industrial, os movimentos sociais, as ideologias em confronto, a massificação social, a revolução tecnológica constituíram-se em arenas de exigências de liberdade e igualdades materiais e de emergência de novos direitos, para o que a codificação se apresentou inadequada.

Em sua origem, a família assumia um papel econômico, de conotação patrimonial. Com a evolução e mutação social, a família mudou de significado e atualmente adota concepção múltipla, que implicam efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais (FARIAS E ROSENVALD, 2010).

O direito de família, como parte da codificação civil, sofreu essas vicissitudes em grau mais agudo. A mulher foi a grande ausente na codificação. As liberdades e igualdades formais a ela não chegaram, permanecendo a codificação, no direito de família, em fase pré-iluminista.

No Brasil, com o Código Civil de 1916, a família era consagrada pelo matrimônio, e as formas de vínculos feitas de maneira extramatrimonial, bem como os filhos ilegítimos, eram punitivas e serviam para excluir alguns direitos.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, estabeleceu a igualdade entre homem e mulher proporcionando uma proteção abrangente a todos os membros. Ampliou também a proteção à família constituída tanto pelo casamento quanto pela união estável, além das famílias monoparentais. Propôs também igualdade entre os filhos, fruto ou não do casamento, ou mesmo por adoção, garantindo a eles os mesmos direitos (DIAS, 2007).

Lentamente, o sistema jurídico brasileiro sofreria mudanças objetivando humanizar, democratizar e pluralizar as famílias existentes, mas não reconhecidas, levando a

família a ocupar o lugar onde o homem cria suas raízes sociais que formarão sua personalidade e fixarão seus valores.

Certo é que a família é o primeiro ambiente onde o homem se relaciona com os demais. Segundo Farias e Rosenthal (2010, p. 3), “é inegável que a multiplicidade e variedade de fatores não permite fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo”.

A codificação civil liberal tinha como valor necessário da realização da pessoa a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tutelados. O patrimônio, o domínio incontrastável sobre os bens, inclusive em face do arbítrio dos mandatários do poder político, realizava a pessoa humana. (Lobo, 1999).

Já o atual Código Civil, introduzido por diversos valores que primam pela garantia da dignidade da pessoa humana, apenas incorporou leis esparsas que foram surgindo após a Constituição de 1988.

A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário

O fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, deslocou o foco dos interesses patrimoniais e da primazia da origem biológica para os laços de afetividade e convivência familiar, com a promoção de princípios tutelados constitucionalmente, dando ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, eleito verdadeiro norteador de todo o ordenamento jurídico.

3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família, estudado a luz do Direito Privado, é o ramo do direito referente às relações pessoais unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco e aos

institutos complementares de direito protetivo ou assistencial, ou seja, a direito de família está relacionado às múltiplas relações familiares.

A moderna concepção do Direito de Família, aliada com a própria evolução da família, afirma-se como

um conjunto de normas-princípios e normas-regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à promoção da personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais (FARIAS e ROSENVALD, p. 13, 2011).

Devido à grandiosidade/complexidade da temática, a própria definição é por ora abrangente, admitindo várias acepções ao conceito de família. E o próprio Código Civil utiliza-se de vocábulos diversos para compreender sua definição, sendo admitido sentido amplíssimo, amplo ou restrito.

Em sentido amplíssimo, a família pode ser vista a partir das relações, interligando diferentes pessoas que compõem um mesmo núcleo afetivo, incluindo terceiros agregados [...]. Já em acepção ampla, o Direito utiliza-se da expressão família para dizer respeito às pessoas que se uniram afetivamente e aos parentes de cada uma delas entre si. Tem-se aqui, uma conceituação menos abrangente, mais preocupada em limitar o alcance normativo [...]. O sentido restrito de família, por seu turno, dirá respeito, tão somente, ao conjunto de pessoas unidas afetivamente (pelo casamento ou união estável, exemplificativamente) e sua eventual prole. Não se leva em conta, aqui, outras pessoas que podem se agregar [...] (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.25-26).

Hoje, as famílias são constituídas alicerçadas no afeto. As pessoas se unem às outras quando se assemelham afetivamente, com o casamento ou não. Daí planejam os seus filhos como fruto do seu amor. A partir de então, cuidam, brincam, educam e conversam com seus filhos, o que dificilmente ocorria com as famílias do início do século passado.

Ocorreu a superação do paradigma da família patriarcal, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana de casa um de seus membros, ocorrendo a maximização do afeto, permitindo que as uniões fossem feitas por desejos e laços de afetividade.

A Constituição Federal de 1988 alargou o conceito de entidade familiar, emprestando especial proteção não só à família constituída pelo casamento, mas também à união

estável formada por um homem e uma mulher e à família monoparental, assim chamada a convivência de um dos genitores com sua prole.

Segundo o art. 226, § 5º da CF/88 verifica-se que se estabeleceu a cogestão na chefia da sociedade conjugal, o marido não a exerce mais isoladamente. O que ocorre atualmente é uma igualdade de direitos e deveres.

A família, ao converte-se em espaço de realização da afetividade humana e da dignidade cada um de seus membros, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendência enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. O anacronismo da legislação sobre família revelou-se em plenitude com o despontar dos novos paradigmas das entidades *familiare*.

A família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3º, I, da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo.

Observa-se com exposto que a concepção de família é compreendida levando-se em consideração o vínculo de afinidade ou consangüinidade, os membros cônjuge ou companheiro, os filhos e os parentes em linha reta e colateral, além da concepção que admite unicamente os cônjuges (ou os que vivem em união estável) e seus filhos.

A Carta Magna de 1988 e a Lei 9278/1996, art. 1, e o Código Civil/02, artigos. 1511, 1513 e 1723, vieram a reconhecer a família como a decorrente do matrimônio (artigo. 226, §§1º e 2º, da CRFB/88) e como entidade familiar não só a decorrente da união estável como também a comunidade monoparental.

O direito de família, desta feita, é o direito das pessoas que se encontram em função dos interesses pessoais e familiares, primando pelo interesse do Estado, ou seja, o

direito de família sofre interseções e limitações de ordem pública, propiciadas pela natureza indisponível e personalíssima de suas normas jurídicas.

Tendo a Constituição Federal de 1988 erigido como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, ou seja, colocou a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, todo o sistema, que retira da Constituição sua orientação e seu fundamento, se direciona para a sua proteção, ou seja, as normas constitucionais (composta de princípios e regras), centradas nessa perspectiva, conferem unidade sistemática a todo o ordenamento jurídico.

Ensina Fachin que:

Eis o que sustentamos: opera-se, pois, em relação ao Direito dogmático tradicional, uma inversão do alvo de preocupações do ordenamento jurídico, fazendo com que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana, como instrumento para seu pleno desenvolvimento.

Nossa tese, pois, é a de que a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial do Código Napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegiam a subjetividade, o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais. É por isso que cabe enfatizar a concepção plural de família presente na Constituição, apta a orientar a melhor exegese do novo Código Civil brasileiro (FACHIN, 2003, p.27-28).

São notórias então, as variadas formatações que o Direito de Família permite para compreender os vários institutos adotados, pois diversas são as relações estabelecidas entre os pais e filhos, e demais pessoas que estão ligadas por algum vínculo, seja ele consanguíneo, afetivo ou de afinidade.

Dispõe Dias (2007), que a sociedade reconhece atualmente uma nova configuração para os vínculos familiares, estando para além da constituição familiar decorrente do matrimônio, o que reverberou no mundo jurídico o reconhecimento social dos vínculos afetivos.

Diante disso, nota-se que as transformações sociais reconfiguraram a noção de família, havendo assim, conforme explana DIAS (2007, p.34),

a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. Ao Estado, inclusive nas suas funções legislativas e jurisdicionais, foi imposto o dever jurídico constitucional de implementar medidas necessárias e indispensáveis para a constituição e desenvolvimento das famílias.

Corrobora Lôbo (2011, p.17), “que a família atual passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade”

Mesmo estando a Constituição e demais leis, tal como o Código civil, abarcando acerca das relações familiares, permanece o direito de família pertencente ao direito privado.

Em face do comprometimento do Estado de proteger a família e ordenar as relações de seus membros, o direito de família dispõe de acentuado domínio de normas imperativas, isto é, normas inderrogáveis, que impõem limitações às pessoas. São normas cogentes, que independentemente da vontade das partes, daí seu perfil publicista. Como são regras e não se sujeitam exclusivamente à vontade das partes, são chamadas de normas de interesse e ordem pública, assim entendidas por tutelarem o interesse geral, atendendo mais aos interesses da coletividade do que ao desejo do indivíduo. [...]. Aliás, não se pode conceder nada mais privado, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre (DIAS, 2007 p.34).

Diante exposto, se faz mister ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que tem origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação.

A família atual brasileira desmente essa tradição centenária. Relativizou-se sua função procracional. Desapareceram suas funções política, econômica e religiosa, para as quais era necessária a origem biológica. Hoje, a família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. (Lôbo, 1999)

Sendo assim, é exigente de tutela jurídica mínima, que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução; a auto-responsabilidade; a igualdade irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros; a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, como pessoas em formação; o forte sentimento de solidariedade

recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. (Lôbo, 1999).

O novo modelo da família apresenta uma nova roupagem axiológica ao direito de família, havendo uma preocupação não exclusivamente com o patrimônio, mas sim com o indivíduo. Este modelo apresenta a família como instrumento, ou seja, “ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado” (DIAS, 2007, p.41).

Diz Gama que:

A base constitucional da disciplina legal da família é inegável. A Constituição Federal, como é da tradição brasileira, mais uma vez veio a atender aos anseios sociais no sentido de se modernizar, adequando-se à realidade atual, sem, no entanto deixar de adotar como norma principiológica o reconhecimento da família e do casamento como fundamentais no contexto nacional, merecedores de proteção do Estado que, ao contrário do que muitos pregam, deve envidar esforços no sentido de estimular a vida familiar saudável, responsável, independentemente da forma de sua constituição, sempre tendo como norte a busca do engrandecimento moral, material, cultural do organismo familiar e de cada um dos seus integrantes (GAMA, 2001, p.56).

Eis a família contemporânea: fundada na igualdade e no afeto entre seus membros, a qual não mais possui uma única definição e que se tornou plural, sendo que são essas relações de afeto, solidariedade e de cooperação que regem essa nova família que justamente demonstram a concepção eudemonista da família, pois a Constituição de 1988, diante de nova aceitação social, afasta os principais espectros de um passado preconceituoso e distorcido, permitindo à família uma visão humanizada ligada por laços afetivos e não mais patrimoniais. ou seja, não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento é que existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.

As relações familiares são tidas como tudo aquilo que possa ser reconduzido à arte do viver bem, ou seja, conforme explana Vilela, “a teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor” (VILELA, p. 645). Assim, o afeto é extremamente importante para a compreensão das relações humanas estabelecidas, pois este assegura o respeito às peculiaridades de

cada um dos membros, preservando a dignidade de todos. Trata-se de um verdadeiro refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos.

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que matizaram o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vinculada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, voltados eminentemente para a questão da afetividade.

O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda 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.

CARVALHO (1981), julga oportuna a repersonalização de todo o direito civil – seja qual for o envólucro em que esse direito se contenha – isto é, a acentuação de sua raiz antropocêntrica, de sua ligação visceral com a pessoa e seus direitos. É essa valorização do poder jurisdicção do homem comum, é essa centralização em torno do homem e dos interesses imediatos que faz do direito civil o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples.

Desta forma, o afeto é tido como elemento intrínseco às relações familiares, tendo como elemento relevante o status de espontaneidade, pois quem oferece afeto a outra pessoa, o faz porque tem no coração, e quem não tem não pode ofertar o que não tem. Trata-se pois, de uma situação que não comporta exigibilidade jurídica nas relações nas quais ele se apresenta voluntariamente, em face de seu inescandível caráter de sentimento espontâneo, sendo sobremaneira, insuscetível de ser entendido como um valor jurídico exigível através do poder judiciário, sob pena de martirizar a sua espontaneidade(FARIAS; ROSENVALD, 2011).

4 PRINCÍPIOS APLICADOS AO MODERNO DIREITO DE FAMÍLIA

O nosso Direito de Família tem a Constituição da República como diploma legal delimitando os princípios e as regras fundamentais para a sua aplicabilidade, além de diversos diplomas normativos que o norteia.

Um dos principais aspectos da construção jurídica moderna é a importância fundamental atribuída aos princípios na hermenêutica constitucional, considerados como a força normativa fundante sobre a qual se assenta toda a sistemática do ordenamento jurídico. Eis que o texto constitucional subordina as demais normas de tal forma que condiciona todo o tecido normativo infraconstitucional.

O ilustre Luis Roberto Barroso aponta, ao se posicionar sobre a necessidade de pregar a efetividade das normas constitucionais, que:

A verdade, no entanto, é que a preocupação com o cumprimento da Constituição com a realização prática dos comandos nelas contidos, enfim, com a sua efetividade, incorporou-se, de modo natural, à prática jurídica brasileira pós 1988. Passou a fazer parte da pré compreensão do tema, como se houvéssimos descoberto o óbvio após longa procura. A capacidade- ou não- de operar com as categorias, conceitos e princípios de direito constitucional passou a ser um traço distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. A constituição liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições (BARROSO, 2002, p. 10).

Esta reapropriação da axiologia pelo Direito refletiu na construção de uma nova ordem jurídica, voltada para os direitos fundamentais e valorização da dignidade humana, como princípio basilar das codificações.

Atualmente, observa-se que os princípios possuem grande força normativa, superando a falsa crença de que teriam uma dimensão ética ou valorativa, desprovido de eficácia e força jurídica.

Boa parte dos princípios do direito civil está previsto na Constituição que procurou tutelar os temas sociais mais relevantes para dar-lhes efetividade. Antigos princípios foram revogados e outros surgiram remodelando o ramo jurídico que norteia as relações familiares. Segundo Alves (2011):

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferira o *status familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio. Além disso, o modelo único de família era caracterizado como um ente fechado, voltado para si mesmo, em que a felicidade pessoal dos seus

integrantes, na maioria das vezes, era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo (“o que Deus uniu o homem não pode separar”) – daí porque se proibia o divórcio e se punia severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial com as sanções de perda da guarda judicial dos filhos, do direito a alimentos e do nome de casado.

Inicialmente, cumpre estabelecer a diferença existente entre regras e princípios, a luz de Robert Alexy citado por Gangliano & Filho:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentre das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios dão, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são âmbito normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre as regras e princípios; e uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, *apud* GANGLIANO & FILHO (2011, p.71-72).

É sabido que as leis não é por si só capaz de cobrir todo o campo da experiência humana, restando também a aplicação, nas lacunas existentes, de princípios que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Destarte, pode-se dizer que *princípios* são juízos abstratos de valor que orientam a interpretação e a aplicação do Direito. Os princípios possuem um caráter de dever e de obrigação. Basta violar um princípio para que toda aquela conduta praticada esteja ilegal. Por esse motivo, violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma.

Na verdade, os princípios constitucionais constituem o substrato valorativo do ordenamento, como expressão dos ideais de justiça, solidariedade e fraternidade conjugados a um modelo de Estado Democrático Social de Direito. Neste sentido, os direitos fundamentais, inseridos na Constituição Federal, propõem uma contextualização entre a atividade normativa e a crescente complexidade do cotidiano das relações sociais.

Assim, os princípios se coadunam com uma releitura da posituação jurídica através de uma valoração de seus preceitos, estimulando um retorno à racionalidade prática do Direito.

Neste sentido, a teoria moderna surge como possibilidade de gravitação dos princípios inseridos no ordenamento jurídico, tornando-se cada vez mais pacífica a idéia sobre sua força normatizante. Desta forma, dá-se um papel totalmente inovador aos princípios, como uma proposição de valores a serem tutelados pelo Direito, deveres a serem implementados pelo Estado e pela sociedade, na concreção das finalidades precípua estabelecidas pelo ordenamento. Os direitos fundamentais aparecem como um conteúdo ideológico de justiça e moral indissociável a construção do Direito, em face das mais variadas formas de opressão e violência

Observa-se que os princípios do Direito de Família têm, de estar em perfeito enlace com os princípios constitucionais, o que aponta uma melhor apresentação do sistema civilista, aproximando de valores humanistas e com uma maior possibilidade de efetiva solução dos conflitos de interesses privados.

Não obstante, a entidade familiar esta vocacionada a promover, a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores.

Eis o que dispõe o artigo 226 do texto constitucional:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento) § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. ~~§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.~~ § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010). § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento. § 8º

- O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Antes de se ater aos princípios específicos relacionados ao Direito de Família, foram traçados alguns princípios genéricos, quais sejam, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Isto porque, a *Lex Mater de 1988*, está calcada a partir de valores sociais e humanizadores, especialmente a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a igualdade substancial.

O princípio da dignidade da pessoa humana se encontra consubstanciado no artigo 1º, III, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do distrito federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III - a dignidade da pessoa humana.

Este princípio é considerado um princípio máximo, pois, muito embora não haja hierarquia entre os princípios, este é entendido como pressuposto, base para a formação da Carta Maior; seria ela anterior e imprescindível. “Não pode ser somente reconhecida onde o direito a prevê, pois constitui um dado prévio, preexistente e anterior a toda experiência especulativa” (SARLET, 2004, p.42).

O princípio da dignidade humana pode ser concebido como estruturante e conformador dos demais nas relações familiares. A Constituição, no artigo 1º, tem como um dos fundamentos da organização social e política do país, e da própria família (artigo 226, § 7º). Na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-se na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, a mulher e os filhos, cuja dignidade humana não podia ser a mesma.

O espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão

duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente.

Então, pode-se concluir que a dignidade é algo imanente, nasce com o ser humano e dele nunca deve ser separada. Precisa-se, então, verificar todas as formas de violações, para que se possa garantir, de forma realmente eficaz, a sua defesa pelo ordenamento jurídico.

Segundo Maria Helena Diniz (2004, pp.22-25), o princípio em comento “constitui base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente”. Ainda chega a criticar os juristas que, por ocasião dessa mudança conceitual, afirmam existir uma crise na família. Admite que a instituição familiar esteja passando por grandes modificações, mas não chega a ser abalada como organismo natural e, tampouco, como organismo jurídico, havendo, apenas, uma nova organização.

O princípio da dignidade da pessoa humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui base para a sua ação positiva, e como o direito de família está diretamente ligado aos direitos humano, que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante isso, observa-se que a dignidade da pessoa humana somente é garantida na medida em que resguarda o respeito à esfera existencial do indivíduo, estando pois para além da esfera pessoal, mas também no âmbito das suas relações sociais. Desta feita conclui-se que o *princípio da dignidade humana é o ponto de partida do novo Direito de Família brasileiro*

Expõe DIAS, que

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum - permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas (DIAS, 2010, p.63).

Nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é tida como

o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana (SARLET, 2005, p.124).

É de bom alvitre ressaltar que este princípio é fundamental para a despatrimonialização do conceito de família, o que gera uma mudança no entendimento do que vem a ser requisito para que se estabeleça um estado de filiação, até mesmo porque ao mesmo tempo em que o patrimônio perde importância, a pessoa é supervalorizada. Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família.

Configura-se, portanto, como um desafio a ser vencido pela sociedade hodierna, eis que a milenar proteção a família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, da lugar à tutela essencial funcionalizada `dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento de seus filhos (GONÇALVES, 2011).

Já o princípio da isonomia, ou igualdade, em especial entre homens e mulheres e entre os filhos, encontra-se disposto no artigo 5º, I da Constituição¹ e no artigo 1.596² do Código Civil, respectivamente. Não se pode olvidar que essa igualdade deve ser entendida muito mais do ponto de vista material do que formal.

A preocupação constitucional em promover expressivamente tal princípio, entre homens e mulheres, decorre da necessidade em por fim a um período discriminatório, em que o homem chefiava a relação conjugal, menosprezando a mulher.

O professor Jose Afonso da Silva expõe que a consagração do princípio da igualdade, representa um avanço inegável e que,

¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

² Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O sexo sempre foi um fator de discriminação. O sexo feminino sempre esteve inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recente vem ele, a duras penas, conquistando posição paritária, na vida social e jurídica à do homem. A constituição, como vimos, deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres (AFONSO, 1999, p. 226).

Observa-se, que o novo dispositivo acaba com o poder que o marido exercia sobre a esposa, vez que atualmente não se permite mais que a mulher esteja imbuída exclusivamente com os afazeres domésticos, pois a época atual está sendo afetada por grandes avanços científicos, tecnológicos e sociais, promovendo uma mudança expressiva nas relações humanas.

O princípio da igualdade é de larga aplicação nas famílias e ressalta o fim das discriminações negativas. É importante enfatizar que a norma constitucional não está igualando física ou psicologicamente o homem e a mulher. Proíbe, na verdade, o tratamento jurídico diferenciado entre pessoas que estão na mesma situação (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p. 43).

Tal princípio assegurou também a impossibilidade em imprimir tratamento diferenciado entre filhos, seja por que razão for não existindo mais a retrógrada distinção entre filhos legítimos ou ilegítimos. Assim, qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, a qualquer tempo, seja em nível patrimonial, seja mesmo na esfera pessoal.

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

Por fim, como último princípio genérico aqui listado, tem-se o da liberdade. Vista através do prisma do Direito de Família, pode-se entendê-lo como a liberdade de escolha, uma maior autonomia para constituir e extinguir as entidades familiares.

A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filhos, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltada ao melhor interesse do filho. Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união hetero ou homossexual. Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união

estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento sinala que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares (DIAS, 2010, p. 64).

Tal princípio resguarda a importância estabelecida aos casais na constituição da vida familiar, seja pelo casamento, pela união estável. Trata-se da livre decisão do casal no planejamento familiar, na livre aquisição e administração do patrimônio familiar e da escolha pelo regime de bens mais adequado. Dispõe também acerca da possibilidade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religioso da família e da conduta respeitosa para com os membros da família, de maneira a respeitar a integridade física, psíquica e moral dos envolvidos.

A liberdade, prevista no *caput* do art.5º da CF/88 encerra um conteúdo de autodeterminação para o exercício dos direitos de personalidade, significando dizer que tudo o que não é proibido por lei, é permitido. Ou seja, não havendo vedação legal, o cidadão pode orientar sua conduta conforme sua liberdade de ação, de expressão, de locomoção, orientação sexual, crença, etc.

O Estado não pode interferir na esfera de comportamento pessoal, nas escolhas e na forma de vida de cada indivíduo. Este princípio que ganha ênfase na vida familiar, pois cada um tem a liberdade de escolher com quem se relacionar, a forma como se relaciona e até quando o relacionamento deve perdurar.

Esses são, assim, os princípios gerais orientadores das relações familiares e que, não obstante seu caráter genérico possuem uma fundamental importância na nova visão que se tem da família e das relações parentais.

O moderno direito de família rege-se também por alguns outros princípios, a saber:

- a) Princípio da dissolução do casamento: A facilitação da dissolução do casamento, citada por Farias e Rosendal (2010), pode ser inferida, antes mesmo da edição da EC nº 66/2010, com a inexistência de limitação de número de casamentos civis, a diminuição dos prazos em relação à lei do divórcio e principalmente a desnecessidade da discussão da culpa, eis que tal

posicionamento fere o respeito à privacidade e intimidade do casal que não precisa justificar o desamor para finalizar seu relacionamento. Assim, o Estado-Juiz não pode negar pedido de divórcio por ausência de fatos concretos que, ao viso do julgador, não fundamentem a extinção o vínculo; basta a manifestação inequívoca do casal para que sua vida comum termine, não podendo o Estado interferir na esfera da liberdade e da autonomia individuais. A facilitação do divórcio, introduzida pela Emenda Constitucional 66/2010 põe fim a uma situação ambígua até então existente do direito brasileiro, qual seja, a coexistência dos institutos da separação judicial e do divórcio, que trazia implicações práticas bastante complexas e confusas, gerando profundo desconforto, pois elimina prazos para requerimento do divórcio;

b) Princípio da Pluralidade das entidades familiares: O texto constitucional proporcionou o reconhecimento de novas entidades familiares, reconhecendo que a família como um fato natural e o casamento como uma solenidade, realizando assim, uma adaptação as necessidades da sociedade. Essas novas configurações de arranjos familiares que surgem, propiciam uma nova forma de proteção por parte do Estado. As uniões extramatrimoniais, eram tidas como sociedade de fato, não adotando caráter de natureza familiar. (DIAS, 2011);

c) Princípio da Proteção Integral a Crianças, Adolescentes, Jovens e Idosos: A Constituição de 1988 consagrou como sendo fundamentais os direitos das crianças, adolescentes e jovens. Lôbo dispõe que tal princípio é uma diretriz nas relações das crianças e adolescentes com seus familiares e para com a sociedade, eis que, devido condições de vulnerabilidades, requerem um tratamento diferenciado. A Constituição assegura à crianças, adolescentes e jovens, no artigo 227, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. É assegurado também, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente, princípios que regem o melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, fortalecendo sobremaneira os vínculos familiares e sociais, para que seja proporcionado ao sujeito a capacidade em ser o autor de sua própria história, gozando, para

tanto de seus direitos fundamentais (DIAS, 2011). Em reforço, o art. 3º do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da *proteção integral*, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio do melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. A Constituição, no seu artigo 230, juntamente com o Estatuto do Idoso, dispõem de prerrogativas e direitos, de aplicação imediata, à pessoas com mais de 60 anos, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar sua participação na comunidade, defendendo o direito à vida, com qualidade;

d) Princípio da Solidariedade Familiar: A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo artigo. 3º, inciso. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Está diretamente relacionado ao compromisso firmado entre os membros de uma família, com base nos vínculos afetivos firmados entre eles, de forma a manter a reciprocidade e fraternidades dos envolvidos. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil. É notório observar que o Estado, aproveitando da solidariedade existente entre os membros, estabelece à família, à sociedade e por fim ao próprio Estado a responsabilidade sobre as crianças, adolescente, idosos, e demais vulneráveis. Assim, ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão.

e) Princípio do Retrocesso Social: Nenhum texto proveniente do texto constitucional originário pode sofrer retrocesso que lhe de alcance jurídico

social inferior ao que tinha originariamente, assim, quando garantido um direito social, é assegurado tanto a obrigação positiva para a sua realização, quanto a obrigação de não se abster em garantir a sua realização. Dessa forma, qualquer não cumprimento de garantia desses direitos fundamentais torna-se flagrantemente inconstitucional. Visa então impedir que o legislador ordinário desconstitua o grau de concretização que ele dera às normas constitucionais, de forma que quando inserida determinada norma no texto constitucional o legislador infraconstitucional não poderá comprometer a eficácia daquela disposição constitucional, evitando que o sistema jurídico sofra interferências reformistas. A garantia de proibição de retrocesso efetiva a dignidade na pessoa humana através da segurança jurídica;

- f) Princípio da afetividade: Embora a palavra afeto não esteja expressa no texto constitucional, ela permeia os direitos individuais e sociais, de maneira a garantir a dignidade dos indivíduos. O afeto é a razão principal para a união de qualquer entidade familiar, eis que deriva da convivência familiar. A família se transforma, mas permanece a valorização das funções afetivas estabelecidas entre seus membros. Nessa seara de evolução nas relações familiares, houve um expressivo valor atribuído ao afeto, pois é impossível que na relação com-o-outro e para-com-o-outro, não haja sentimentos como o perdão, a disponibilidade, o respeito, a solidariedade, a paciência, a benevolência, enfim, sentimentos que de uma forma ou outra apontam para a arte de viver em comunidade (em comum unidade). Diante disso, nota-se que o princípio da afetividade é tido como o princípio norteador do Direito de Família, pois em última análise, uma família pode ser tida como instituição fortalecida se houver entre seus membros amor.

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo quanto exposto pode-se inferir que o fenômeno comumente chamado pela doutrina de constitucionalização do Direito Civil provocou uma mudança deveras importante no âmbito desta seara e sobremaneira no Direito de Família. Resta, portanto, tecer algumas considerações finais sobre o tema discorrido.

A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.

Os princípios trazidos pela *Lex Fundamentallis*, e que elevaram alguns princípios do Direito de Família ao patamar constitucional, causaram uma mudança no mundo jurídico, apresentando até então uma certa dificuldade por parte de alguns profissionais e, aplicá-los de maneira satisfatória.

Isso porque houve uma mudança de paradigmas no Direito de Família, uma verdadeira revolução no tocante às relações familiares, o que proporciona aos operadores do direito se direcionarem sobre essas questões na tentativa de encontrar um caminho a ser trilhado.

O afeto alcança proporção e importância até antes desconhecidas, devido o fenômeno chamado de despatrimonialização ou repersonalização do direito de família, eis que houve uma evolução do instituto da família e sua transição do caráter patrimonial para nível do afetivo.

Não se trata mais de relações familiares regidas pelo patrimônio, mas sim pelo afeto, o amor e o companheirismo. Demonstra-se que o biologismo não é mais importante do que as relações constituídas pelo afeto entre os seus membros.

A afetividade não vem de forma aleatória fundamentar as relações familiares. Tem ligação intrínseca com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, e com o princípio da igualdade. Justamente por isso, vem exercendo um papel privilegiado no reconhecimento do estado de filiação.

Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.

Assim, viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O ministério público nas ações de separação e divórcio. Disponível em: **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. Acesso em: 18. jun. 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B.(org.) **História do direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003.

BRANQUINHO, Wesley Marques. O novo divórcio: Emenda Constitucional n° 66. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2571, 16 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16997>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto original da Carta do Presidente dos constituintes Ulysses Guimarães. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011.

CASTRO, Flavia Lages. **História do direito**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Orlando. A teoria geral da relação jurídica, Coimbra: Centelha, 1981

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** Tradução Leandro Konder 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família:** elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito de família.** 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIUZA, Cesar e col. **Direito civil:** atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stole; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil:** direito de família. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo:** uma espécie da família. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Paulo Luiz Netto Lôbo. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, a. 36 n. 141 jan./mar. 1999. p. 99-109.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.