

O DIREITO DE FAMÍLIA DE ENCONTRO À CONSTITUIÇÃO

Fabiana Marion Spengler

Resumo:

O presente texto pretende discutir o Direito de Família e suas relações com a Constituição Federal, especialmente quanto aos seus pontos de atrito, demonstrando as diversas inconstitucionalidades e o ataque aos princípios constitucionais, especialmente à dignidade humana, pelas normas familistas infraconstitucionais. Pretende-se demonstrar a necessidade de reflexão sobre determinações legais obscuros ou inconstitucionais conduzindo o Direito de Família *ao* encontro da Constituição a partir de uma compreensão e posterior interpretação do texto, gerando por último uma aplicação uníssona do Direito.

Palavras-Chave:

Dignidade – família – constituição – princípio.

Abstract:

This paper aims to analyse the Family Law and its links with the Federal Constitution, especially regarding to its diverging elements, showing its several unconstitutional aspects and disregard for the constitutional principles, especially for human dignity, and family *infra-constitutional* norms. It is necessary to revise the obscure or unconstitutional legal resolutions to make the Family Law meet the Constitution principles and consequently become legislation to be understood and applied in accordance with the Law as a whole.

Keywords:

Dignity – family – constitution – principle.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Muitas são as alterações pelas quais passou o Direito de Família no período pós-Constituição, sendo que, até então, era aquele calcado na figura masculina como fonte de organização e poder, de onde emanavam todas as coordenadas, seja nos aspectos econômicos, sociais e até mesmo culturais. Era a família formada por uma mulher submissa, por filhos obedientes e por um marido provedor de sua casa e de sua prole.

Fomentada pelo rápido desenvolvimento e evolução social, essa visão estreita da família começou a ganhar abertura e foi, gradativamente, alcançando outros contornos, que foram absorvidos pela doutrina e pela jurisprudência e, posteriormente, pela Constituição Federal promulgada em 1988. Esta trouxe grandes transformações em seu Capítulo VII, mais precisamente do art. 226 ao art. 230, nos quais prevê proteção especial do Estado à família, base da sociedade.

Nesse sentido importa ressaltar a afirmação de Maria Cláudia Crespo Brauner: “as modificações sucessivas pelas quais passou a família estão relacionadas principalmente a fatores de ordem econômica e política vivenciados em nossa sociedade.” (2001, p. 9). Conseqüentemente, segundo a autora, a evolução dos costumes e as alterações familiares tiveram como base a nítida distinção (em nível de organização e de relacionamento familiares) da noção de família.

Sabe-se que, primeiramente, a família possuía uma abrangência evidentemente econômica, compreendendo todos os que diziam respeito a uma mesma estirpe, tais como os parentes consagüíneos, os unidos por laços civis, abarcando ainda os escravos e os bens, pois, pelo conceito do Direito Romano, “a família se constituía de *personas et pecus*, ou seja, o gado também fazia parte dela, pois a família era um núcleo econômico [...]” (Viana, 2000, p. 325-326). Nesse sentido Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 81) ensina que, especialmente nos domínios rurais, a família prevalecia como base e centro de toda a organização. Os escravos e os agregados dilatavam o círculo familiar e, conseqüentemente, a autoridade imensa do *pater familias*.

Por conseguinte, na nova acepção nuclear de família são

consideradas as pessoas que habitam sob um mesmo teto, em regra o casal e os filhos, economicamente dependentes dos pais. A família sofre um processo de encolhimento e a noção de família nuclear se implanta progressivamente como reflexo da transição entre o modelo de vida rural ao modelo urbano, observadas as contingências e desafios desta nova dinâmica familiar. (Brauner, 2001, p. 10).

Posteriormente, a família tradicional, constituída de pais e filhos, antes numerosa, tornou-se berço de grandes evoluções, traduzindo-se em unidades menores compostas por um ou ambos os genitores e sua prole, formando a família tradicional ou monoparental. Essas evoluções encontraram respaldo junto à Constituição Federal de 1988, que reconheceu a pluralidade de formas familiares, desde aquela constituída pelo matrimônio até aquela baseada na união estável. Importa enfatizar que, mesmo diante de todas as evoluções e transformações da família, ela permanece e se perpetua no tempo e na história. Na verdade, todo o ser humano teve, tem ou terá família algum dia e, conseqüentemente, se a família é

biológica, ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago, se o de pai, se o de mãe, se o de filho; o que importa é permanecer no seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimento, esperanças, valores, se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de *felicidade pessoal*. (Hironaka, 2000, p. 18-19).

O presente texto pretende, então, discutir o Direito de família codificado e suas relações com a Constituição Federal, especialmente quanto aos seus pontos de atrito, demonstrando as diversas inconstitucionalidades e o ataque aos princípios constitucionais, especialmente à dignidade humana, pelas normas familistas infraconstitucionais.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, eis que vasto e polêmico, o que se objetiva é tão-somente lançar algumas luzes sobre pontos específicos do atual regramento civil que trabalha as relações familiares, discutindo-os. Assim, o texto que adiante se apresenta constitui-se em um ensaio que, sem nenhuma presunção de prescrever a cura para a falta de eficácia constitucional e para as inconstitucionalidades do Direito de Família, pretende tão-somente, identificar algumas dessas inconstitucionalidades e apontar caminhos para um melhor entendimento na busca de soluções. Na verdade, pretende-se demonstrar a necessidade de reflexão sobre pontos primordiais, já postos pela doutrina, que possam clarear as obscuridades conduzindo o Direito de Família ao encontro da Constituição a partir de uma compreensão e posterior interpretação do texto, gerando por último uma aplicação uníssona do Direito.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Primeiramente, é importante abordar a dignidade da pessoa como princípio constitucional discorrendo sobre sua importância junto ao Direito de Família. Vão neste sentido as ponderações de Streck ao salientar que “os princípios constituem o núcleo da materialidade da Constituição. Não há como separá-los da Constituição. Quando falamos da Constituição, nesse falar já estão presentes os princípios.” (2002, p. 414). Fica, assim, evidente a importância que os princípios possuem como arcabouço de proteção aos direitos do cidadão, o que pode ser conferido ao discutir e esmiuçar o princípio da dignidade humana.

Na verdade, a dignidade da pessoa vem sendo proclamada e aclamada aos quatro ventos, discutida e esmiuçada pelos lidadores do direito. Não possui, no entanto, contornos exatos, podendo ser conhecida e reconhecida de maneiras diferentes por cada cidadão, de acordo com sua visão e valoração da vida. Não obstante essa constatação, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, ao citar J. Tischner, “[...] não restam dúvidas que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida...” (2002, p. 30).

Com efeito, mesmo que sem conceituação estreita, pronta e acabada, a dignidade se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (Ibias, 2001). Mas, devido a essa definição ambígua, é preciso reconhecer que seu conteúdo “reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.” (Zippelius apud Sarlet, 2002, p. 41).

Eroulths Cortiano Júnior, ao discutir a proteção à pessoa, afirma que sua dignidade é o centro de sua personalidade, demonstrando que ambas possuem uma ligação indissolúvel, pois “a conjugação personalidade-dignidade é tão forte que boa parte dos autores que tratam do tema referem-se diretamente à proteção da dignidade do homem.” (1998, p. 42).

Como consequência, tem-se o fato de que o ser humano humilhado, vilipendiado, discriminado, tem sua dignidade maculada. Então, toda e qualquer desconsideração ao princípio da dignidade contra o indivíduo compromete sua existência como pessoa. Tal fato, no entanto, deve ser posto e concretizado não só no seu sentido ético, mas também quanto ao conteúdo jurídico/social em que esteja inserido regrado, além do comportamento humano e social, a conduta estatal.

Comprova essa assertiva o fato de que a Igreja também prestou sua contribuição na afirmação e na confirmação da dignidade como princípio básico e fundamental do ordenamento constitucional brasileiro, antes da Assembleia Constituinte, mediante uma declaração denominada *Por uma Nova Ordem Constitucional*, na qual cristãos foram instados a acompanhar e posicionar-se, quando houvesse intenção de introduzir na nova Carta aspectos incompatíveis com a dignidade e a liberdade da pessoa.

Nesse mesmo sentido Ingo Wolfgang Sarlet ensina que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade humana, o que impõe dever de respeito e proteção. Tal respeito e proteção exprimem-se tanto “na obrigação por parte do Estado de abster-se

de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade da pessoa, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência...” (2002, p. 111).

O princípio da dignidade pode ser desmembrado em vários direitos que também merecem proteção estatal, dentre eles a igualdade, a integridade física, a liberdade e a solidariedade, os quais serão tratados adiante.

AS MANIFESTAÇÕES DA DIGNIDADE: IGUALDADE, INTEGRIDADE FÍSICA, LIBERDADE E SOLIDARIEDADE

Para Maria Celina Bodin de Moraes o princípio da dignidade da pessoa manifesta-se, dentre outras formas, por meio do princípio da igualdade, que é “o direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, o direito de ter direitos iguais aos de todos os demais” (2003, p. 118), salientando que essa é a mais básica de todas as formas de igualdade, porque primeira, ou seja, trata-se da igualdade formal, em que “todos são iguais perante a lei.”

Ao discorrer sobre a igualdade, Moraes (p. 119) cita Hannah Arendt (1999, p. 188) argumentando que se não fossem iguais os homens não seriam capazes de compreender-se mutuamente e aos seus ancestrais, nem mesmo poderiam prever as necessidades das gerações futuras. Por outro lado, argumenta que, se não fossem diferentes os homens, dispensariam o discurso ou a ação para se fazer entender, pois com sinais e sons poderiam comunicar todas as suas necessidades imediatas e idênticas. Por conseguinte, a pluralidade humana tem esse duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença. Justamente para que se possa diferenciar os seres humanos, que possuem uma substância única, entra a dignidade inerente a cada indivíduo e que significa a estima e a honra que lhe são pertinentes.

Não se pode perder de vista, no entanto, que uma igualdade apenas no aspecto formal não é suficiente para atingir o fim almejado, ou seja, evitar discriminações. Não é possível tratar de forma exatamente igual aqueles que

são desiguais econômica, social e culturalmente. Adotou-se então, normativamente, “uma outra forma de igualdade, a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos.” (Moraes, 2003, p. 118).

Ocorre que, atualmente, se reivindica um “direito à diferença” (p. 119), servindo de exemplo as reivindicações dos homossexuais, que possuem identidade sexual diferente dos heterossexuais e cujos direitos devem ser respeitados segundo estas especificidades, dentro da diversidade inerente ao ser humano e sua história de vida. Os problemas surgem quando se tenta responder a questão sobre quem é igual e quem é diferente, uma vez que os critérios em torno dos quais se agrupam os iguais e os diferentes variam de acordo com o lugar, o tempo, a cultura, a religião, as ideologias, a filosofia, dentre outras. Não se pode negar que faticamente os “indivíduos são, entre si, tanto iguais quanto diferentes e podem ser considerados todos iguais – pessoas – e todos diferentes – altos, baixos, gordos, magros, cultos, analfabetos, mulheres, homens, etc. A regra valorativa que aprioristicamente os igualará ou os distinguirá será sempre uma regra de pré-conceito.” (p. 123).

Nesse sentido as exatas palavras de Boaventura de Sousa Santos (2001a) ensinam que “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descarateriza”. Justamente em função da diferença entre os iguais é que se torna importante e necessário “interpretar e aplicar o Direito a partir do respeito pela diferença, que deve sobressair possibilitando a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, cientes do que as distingue e do que as une – no caso, a singularidade de cada uma e a igual dignidade de todas as pessoas” (Moraes, 2003, p. 125).

Outra manifestação do princípio da dignidade ocorre, segundo Moraes, por meio da proteção à integridade psicofísica da pessoa, na qual estaria incluído o direito à privacidade, bem como, na esfera cível, a garantia aos direitos de personalidade e as garantias penais.

A liberdade vem apontada pela autora também como uma das manifestações do princípio da dignidade, ao asseverar que

o princípio da liberdade individual se consubstancia, hoje, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier. (2003, p. 136).

Como última manifestação do princípio da dignidade vem a solidariedade, que se identifica desse modo, “com o conjunto de instrumentos voltados a garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolve como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.” (p. 140).

Diante de tais afirmações evidencia-se que a dignidade somente se concretizará quando o legislador, cumprindo com sua função, construir uma ordem jurídica que atenda a tal princípio, ou seja, “além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade.” (Pérez, apud Sarlet, 2002, p. 112). Essa vinculação existe, impondo, inclusive, o dever de proteção por parte do Estado da pessoa contra si mesma, se comprovado que seus atos, mesmo que volitivos, possam atentar ou ferir sua dignidade. Conseqüentemente, tem-se então a idéia de “um dever geral de respeito” da parte de todos aqueles integrantes de determinada comunidade para com as demais pessoas e para consigo mesmas.

Por outro lado, valorizar e preservar os princípios constitucionais é objetivo do Estado Democrático de Direito, posto que desrespeitá-los é legitimar restrições a direitos determinados constitucionalmente, permitindo que o ser humano seja ferido naquilo que possui de mais caro: a sua dignidade. A proteção e os limites alcançados por essa dignidade são muitas vezes esquecidos pelo Direito Civil, especialmente pelo Direito de Família assunto que é objeto do próximo enfrentamento.

O DIREITO DE FAMÍLIA DE ENCONTRO À CONSTITUIÇÃO: UMA AFRONTA À DIGNIDADE HUMANA

Conforme o já referido anteriormente, convém lembrar que, da forma como vem sendo tratada hoje, a família sofre a intervenção do Estado para proteger, limitar e restringir. É claro que tal intervenção é sobremaneira reduzida se comparada a algumas décadas, mas ela ainda acontece, senão, o que dizer daqueles que sofrem limitações legais na escolha do regime de bens do casamento que disciplinará o patrimônio dos cônjuges?¹ E aqueles que não podem buscar a dissolução da sociedade matrimonial, porque ainda não completaram o prazo legal mínimo de vida conjugal?²

É inconstitucional o dispositivo que impõe o regime da separação total de bens aos nubentes maiores de 60 anos, como se atingir tal idade representasse beirar o limbo da senilidade, precisando da proteção estatal para não ser enganado em termos patrimoniais. E se tudo o que o noivo dispõe é o seu patrimônio do qual pretende usufruir e posteriormente dividir, se for o caso, com uma bela e prazerosa companhia? O que o impede de fazê-lo? Os bens por ventura não são seus? Essa imposição legal fere o dispositivo civilista, o preceito constitucional da liberdade que permite aos noivos, como em qualquer outra situação, escolher o regime de bens que vai disciplinar a relação matrimonial, após o enlace.

¹ Art. 1.641 Código Civil brasileiro: “É obrigatório o regime de separação de bens no casamento:

I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 60 (sessenta) anos;

III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

² Segundo art.1.574 do Código Civil brasileiro:

Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

No caso da dissolução da sociedade conjugal, por que esperar por um ano casados para intentar o pedido de separação consensual? Tal determinação tem provocado uma série de pedidos de separação litigiosa que poderiam ter sido requeridos de forma consensual e não aconteceram em função da determinação legal civilista. Por que tal dispositivo se impõe? Para obrigar os cônjuges a se manter casados e darem uma chance a mais ao casamento? Ora, ninguém busca a separação sem motivos suficientes. É um passo sério para o qual não se pode estipular prazo determinado sob pena de ferir mais uma vez o direito à liberdade e à dignidade dos separandos, cometendo uma grande inconstitucionalidade.

O que se verifica, na verdade, é que o Estado, no afã de proteger o cidadão por ele considerado “desprotegido”, fere seus direitos constitucionais, tolhendo sua liberdade e obrigando-o a tomar atitudes para as quais não contribuiu e que podem gerar conseqüências desastrosas para sua vida pessoal. Daí a afirmação de Eduardo Oliveira Leite quando sinaliza:

Qualquer que seja, porém, a forma assumida pelo grupo familiar, o Estado não vacila em resguardá-la, preservá-la e controlá-la como entidade sólida. O ente público tem interesse nesta regulamentação de forma bilateral; quer na preservação de sua própria existência, quer na preservação da família, vez que o elo que vincula o indivíduo à sociedade – via família – repercute diretamente na estrutura estatal. Cícero já determinara a importância deste vínculo ao afirmar que da família depende a garantia do Estado. (1991, p. 32).

Acontece que essa intervenção que tem o intuito de resguardar a entidade familiar fere, muitas vezes, a dignidade pessoal dos membros da família de modo a lhe causar prejuízos, mesmo que a intenção seja protetiva. Atualmente, a entidade familiar vem baseada na afetividade de seus membros, possuindo, assim, um único compromisso para sua estruturação e manutenção: o amor. Por que então impor regras (especialmente quanto ao decurso de tempo) para que o vínculo matrimonial seja desfeito, se em seu âmago já não existe

amor e se os ex-cônjuges pretendem casar-se novamente com outros parceiros?³ Por que não permitir a homologação da separação, mesmo que uma das partes abra mão de todo o seu patrimônio, saindo em notória desvantagem, se ela, possuindo capacidade e intenção para tanto, assim acordou?⁴

São dúvidas e inconformidades que assaltam os lidadores do direito e que demonstram, de forma indubitável, a intervenção do Estado, pela mão do legislador civilista, cujo objetivo é a proteção da família mas que, ao mesmo tempo, pode ser causador de danos irreparáveis à dignidade pessoal das partes envolvidas (onde está a liberdade de optar pelo regime de bens por meio do pacto antenupcial?). Entram, pois, em choque, os direitos do cidadão e a imposição do Estado. Assim, segundo Luiz Paulo Lobo Netto,

a família moderna parte de dois princípios básicos, de conteúdo mutante, segundo as vicissitudes históricas, culturais e políticas: a liberdade e a igualdade. Sem eles é impossível compreendê-la. A família patriarcal, que nossa legislação civil tomou como modelo entrou em crise. Como a crise é sempre a perda de fundamentos, a família atual está matrizada em um fundamento que explica sua função atual: a afetividade e, pois, o espaço de sua realização. Assim, enquanto existir *affectio*, haverá família (princípio da liberdade), e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão não hierarquizada (princípio da igualdade). (1989, p. 54).

³ Art. 1.580 – Código Civil Brasileiro – Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer a conversão em divórcio.

§ 1º ...

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

⁴ Art. 1574... Código Civil Brasileiro.

Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

Entram em choque, pois, a proteção do Estado e a dignidade da pessoa que comporta, na verdade, os conceitos de liberdade, de igualdade e de identidade, dentre outros. Assim, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, citando Maunz e Zippelius (1994, p. 181/182), o homem “tem direito de auto determinação sobre os assuntos que dizem respeito à sua esfera particular, assim como à garantia de um espaço privativo no âmbito do qual o indivíduo se encontra resguardado contra ingerências na sua esfera pessoal”. (2003, p. 113). Parece-nos que o casamento é um dos assuntos que dizem respeito à esfera particular do indivíduo, possuindo ele o direito de desfazer esse laço se já não mais unido pela afetividade, não dependendo para isso de decurso de prazo, conforme lhe impõe a lei. Ainda segundo Sarlet,

não se pode desconsiderar, nesse contexto, que a liberdade e a igualdade são noções indissociáveis da dignidade de cada pessoa humana, justificando – como já visto – o reconhecimento de direitos fundamentais diretamente vinculados à proteção das liberdades pessoais e da isonomia. Que o direito à vida e à integridade física e corporal garante, em última análise, o substrato indispensável à expressão da dignidade também já ficou evidenciado e pode ser tido como incontroverso. O mesmo, lembre-se, ocorre relativamente à proteção da intimidade e da esfera privada dos indivíduos. (p. 118).

Assim, outros questionamentos pipocam: que vida tenho eu se não posso casar-me com quem por afeto me sinto ligada e preciso manter vínculo matrimonial com outrem por quem não tenho mais amor? Tenho vida sim, mas ela pode ser considerada digna?

Da mesma forma, outra desigualdade flagrante que fere a dignidade humana é aquela exposta na Lei 10.421, de 15 de abril de 2002, que dá a mãe adotiva direito à licença e ao salário-maternidade, alterando para isso dispositivos da CLT. Não obstante ser uma lei trabalhista, ela possui reflexos sobre o Direito de Família em função das especificidades e das inconstitucionalidades que possui.

É possível fazer tal afirmativa partindo de uma leitura simples do seu art. 2^{os}, que determina prazos diferenciados de concessão da licença maternidade à mãe adotiva, de acordo com a idade do adotando. Trata-se da mais completa inconstitucionalidade pois, quando a Constituição Federal determina a igualdade como princípio constitucional (art. 5^o), e quando dispõe, de forma específica, sobre a inexistência de diferenças entre filhos biológicos ou adotivos (art. 227, § 6^o), promulga-se uma lei que revisita a discriminação e a determina numa relação ainda tão tênue que é a maternidade adotiva. Mais de uma década depois da entrada em vigor da Constituição Federal, uma lei vem para sepultar o princípio da igualdade, trazendo em seu bojo discriminação e ferindo de morte a dignidade humana.

Além de inconstitucional, trata-se de uma lei injusta, concebida sob a ótica econômica do empregador, que prevê redução no tempo concedido como licença maternidade para mãe adotiva exatamente quando ela se faz mais necessária. Não se pode duvidar que, quanto maior é o adotando, mais difícil será sua adaptação, mais esforços deverá dispende sua nova família para recebê-lo e integrá-lo a uma nova vida que comporta uma rotina diferente, incluindo um novo lar e parentes até então estranhos para ela. Assim,

não há como desconhecer que a população infanto-juvenil disponível para adoção tem uma história de vida marcada por situações traumáticas que vão se refletir invariavelmente na adaptação à nova família.

⁵ Art. 392 – A . À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade, nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5^o.

§ 1^o No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2^o No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3^o No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

§ 4^o A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

Negligenciar no atendimento do novo filho que chega à família, trazendo na bagagem registros de abandono, rejeição e maus-tratos, vivenciados nos primeiros anos de vida, discriminando a mãe trabalhadora do tempo integral de licença-maternidade, significa tratar com descaso a formação do vínculo afetivo do adotando com o grupo familiar, além de desestimular adoções de crianças e adolescentes com idade superior a oito anos. (Brauner; Azambuja, 2004, p. 255).

Diante do transcrito, percebe-se literal afronta ao princípio da dignidade, especialmente quanto à igualdade quando se discrimina o filho e a mãe adotivos com relação aos biológicos, concedendo aos primeiros períodos de licença maternidade menores e diferenciados de acordo com a idade da criança ou do adolescente. É afronta à Constituição, assim como os exemplos anteriormente referidos, em que se ignora o afeto, a liberdade, a igualdade e, finalmente, a dignidade das pessoas envolvidas, para fazer cumprir o código ou a lei. Esquecendo dos princípios constitucionais, o legislador criou a norma que discrimina.

A COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A NORMA INFRA-CONSTITUCIONAL

O choque existente entre o princípio da dignidade e o disposto no Código Civil brasileiro ou em lei esparsa expõe a colisão entre os direitos fundamentais e a norma infra-constitucional. Nesse momento, segundo Sarlet, citando Höfling,

impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante de normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna. (2003, p. 117).

Da mesma forma Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 140) assegura que somente haverá colisão real se os direitos fundamentais conflitantes forem instituídos diretamente pela Constituição, mediante disposição normativa

expressa, ou se da Constituição se puderem deduzir normas de direitos fundamentais conflitantes. Assim, a caracterização de colisão pressupõe a interpretação constitucional.

Complementando, Sarlet (2003, p. 117) continua referindo que a ordem e a imposição estatal, bem como o seu exercício somente serão legítimos no caso de se pautarem pelo respeito e pela dignidade humana. Isso posto, sempre que o conflito existir é preciso que se encontre um caminho para que novamente ocorra a harmonia. Nesse mesmo sentido Sérgio Gischkow Pereira aponta a fórmula para que o Estado encontre seu limite na relação com o Direito de Família, evitando ferir a dignidade das partes envolvidas:

O agir do Estado pode produzir benefícios à família, protegendo-a, amparando-a, ajudando-a em suas funções primárias, mantendo seu equilíbrio, trazendo-lhe meios de melhor alimentar e educar os filhos, e assim por diante. Porém, se recomendamos precaução nesta tendência é porque a penetração e força do Estado não pode ser molde a alienar as responsabilidades básicas, coisificá-los, ou robotizá-los, pondo em risco, por essa via, o próprio poder originário do povo. A população e a família precisam controlar e fiscalizar o Estado na proporção em que este amplia seus poderes e área de atuação. (1988, p. 33).

Importa mais uma vez relembrar as palavras de Streck quando ressalta que “nada que tenha relação com o Direito, pode ser compreendido fora da Constituição.” E vai além ao exemplificar dizendo que “*quando olho (interpreto) um texto, este já me vem filtrado a partir da idéia que tenho da Constituição, isto é, minha interpretação está condicionada pela minha pré-compreensão que tenho acerca da Constituição, do constitucionalismo, da teoria do Estado, da sociedade, etc.*” (2004, p. 322). Nesse sentido pode-se observar que os pré-juízos do operador do direito estarão “constitucionalizados” ou não na medida em que possam estar mergulhados na “baixa constitucionalidade”! E justamente esses pré-juízos é que irão condicionar, sempre, o objeto da interpretação.

Existe, no entanto, uma solução para o problema já instalado: utilizar a hermenêutica “como modo de deixar o fenômeno constitucional tornar-se visível, *deixando-o vir à presença*, ao contrário da dogmática jurídica tradicional, que vê a Constituição como uma (mera) ferramenta jurídica (categoria).” (p. 325).

Percebe-se, desse modo, que “a Constituição constitui (no sentido fenomenológico-hermenêutico); a Constituição vincula (não metafisicamente); a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal...” Além disso, não se pode perder de vista que uma “norma (texto) só será válida se estiver em conformidade com a Lei Maior!” (p. 325). Essa é a síntese do que se pode chamar de validade do texto condicionado a uma interpretação em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

Enfim, tudo isso pode significar um salto que ultrapasse o “teto hermenêutico” e mitigue de vez o problema da “baixa constitucionalidade”, fazendo com que a Constituição seja respeitada no que realmente é: a Lei Maior do Estado brasileiro⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das inconstitucionalidades anteriormente expostas e discutidas, não se pode esquecer que a Constituição é o fundamento de validade do ordenamento jurídico e da própria atividade jurídico-estatal. Seu significado será conhecido pelo processo de compreensão, interpretação e aplicação, baseado na realidade social, para transformá-la, aplicando os direitos fundamentais que da Lei Maior emergem e que vêm hoje sendo quotidianamente esquecidos. Dessa forma, cabe à Constituição a tarefa de implementar as promessas de modernidade, para fins de fazer com que o Direito aplicado seja a representação do futuro e não a reprodução do passado.

⁶ Cabe salientar que as expressões supra citadas foram cunhadas por Lênio Luiz Streck em suas diversas obras e atualmente ganharam ênfase, sendo utilizadas por muitos operadores jurídicos.

Um dos principais entraves consiste no atual descolamento entre a norma constitucional e a infraconstitucional, com uma superioridade de tratamento à legislação codificada e esparsa por parte do operador do direito, esquecendo-se por completo dos direitos fundamentais em prol da aplicação de leis cujos dispositivos são completa ou parcialmente inconstitucionais. Com isso a Constituição permanece sem efetividade.

Se antes o Código Civil era o centro de todo o ordenamento civilista, atualmente se percebe que fenômenos como a constitucionalização, a repersonalização e a despatrimonialização das relações privadas ganharam espaço, fazendo com que a Constituição irradiasse sua força normativa também nas relações entre os cidadãos e não mais somente no direito estatal.

Destaque-se que uma das áreas do direito civil mais alcançadas por esses novos fenômenos foi o Direito de Família. Tal fato se deve, dentre as principais inovações do direito brasileiro, à profunda alteração de costumes vivida na segunda metade do século passado. Essas mudanças desencadearam polêmicas, muitas das quais vieram solucionadas pela promulgação da Lei Maior, que trouxe novo alento ao Direito Familiarista.

Nesse sentido passou-se a reconhecer a existência de novas entidades familiares, constituídas pela união estável e pelas famílias monoparentais, a igualdade entre os sexos, atribuindo-lhes os mesmos direitos e garantias quanto à sociedade conjugal, a igualdade de filiação, independentemente de sua origem, concedendo a todos os filhos o direito de serem reconhecidos e, após tal ato, direitos sucessórios, previdenciários e alimentares, dentre outros. A Constituição deu direito ao casal de planejar a vida familiar, determinou a proteção da infância e da velhice e concedeu a gratuidade na celebração do matrimônio civil.

Um dos mais importantes princípios constitucionais, cujos reflexos vêm se concretizando com força total, foi a dignidade da pessoa, que vem dividido em outros, dentre eles a liberdade, a igualdade, o direito à integridade física e a solidariedade. Tais princípios são aplicáveis a todas as esferas do direito, mas

especificamente ao Direito de Família, no qual encontram solo fértil, devendo ser usados em benefício especialmente do afeto, sentimento que move e justifica formar, ter e ser família.

Esses princípios constitucionais, no entanto, em alguns momentos são flagrantemente descumpridos pelo legislador ordinário, quando cria normas que ferem a dignidade, a igualdade ou a liberdade dos cidadãos, obrigando-os a permanecerem casados, quando já não existe mais afeição ou objetivos comuns, em função de prazos estipulados na lei codificada, como se houvesse momento certo e aprazado para deixar de amar. Determina, ainda, a imposição do regime de bens pelo qual pretendem dispor e administrar o patrimônio particular e aquele angariado durante o enlace, impedindo que haja livre escolha, numa pretensa proteção, ignorando a liberdade que cada um possui para tal, discriminando em função da idade, decretando-lhes a senilidade e ferindo sua dignidade.

Outra flagrante discriminação vem demonstrada pela imposição de licença-maternidade com prazos reduzidos nos casos de adoção. Dependendo da idade da criança, é o período que a mãe adotiva tem de licença, na qual deverá, além de cuidar do novo rebento, firmar laços de afeto com ele, introduzindo-o na nova rotina familiar. A lei determina que, quanto maior a criança, menor é o período de licença. No caso de crianças maiores de 8 anos, ela simplesmente não existe.

Trata-se de uma flagrante desigualdade com relação ao filho adotivo, que vai de encontro à determinação constitucional do art. 5º, que diz que todos são iguais perante a lei e que volta, de maneira mais específica, no art. 224, § 6º. Além de ser discriminação flagrante, é um completo desserviço que, ao invés de fomentar a maternidade adotiva de crianças e adolescentes maiores de 4 anos, cujas chances de serem adotados diminuem à medida que os anos passam, as torna ainda mais difíceis, pois, dependendo da idade do adotante, curto ou nenhum período de licença-maternidade a mãe terá para adaptar o filho a sua nova vida.

Tais situações expostas (e aqui não se tratou de discuti-las de forma exaustiva), apontam para apenas três exemplos de dispositivos codificados, flagrantemente inconstitucionais, de um diploma legal que entrou em vigor há apenas dois anos e, portanto, 14 anos depois da Constituição Federal promulgada em 1988. Por conseguinte, inconstitucionais sem motivos para tanto, eis que posteriores, muito posteriores, tão posteriores que poderiam ser revistos e suprimidos ou adaptados para que, em vez de irem *de* encontro, fossem *ao* encontro do texto constitucional.

Nesse momento percebe-se que a “vontade de constituição” e o “sentimento de constituição” nem sempre são adotados, seguidos, observados e, nesse caso, a possibilidade de solução vem traduzida pela hermenêutica como maneira de, a partir do estranhamento, des-velar a clareira e des-ocultar o direito, fazendo com que a norma esteja vinculada à Constituição e assim seja considerada válida. (Streck, 2004).

O que se pretende então é utilizar a hermenêutica para, revisitando velhos ou novos paradigmas e dispositivos legais, interpretá-los à luz da norma constitucional, para que ao final possa-se concluir que o futuro cumpriu com as promessas da modernidade, evitando, dessa forma, a visão futuricida relatada por Boaventura de Sousa Santos (2001b, p. 322), que prega a morte do futuro objetivando tão-somente celebrar o presente e o passado. Mas o futuro não pode ser preenchido pelo presente e nem pelo passado. Na verdade, o vazio do futuro é só um futuro vazio e isso faz com que se confirmem as exatas palavras de Cazuza: “eu vejo o futuro repetir o passado, vejo um museu de grandes novidades [...] o tempo não pára...”

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da Doutrina Social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Licença-Maternidade: a inconstitucionalidade que se anuncia. In: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte (Orgs.). *Infância em família: um compromisso de todos*. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. As novas orientações do Direito de Família. In: *Direito de família: descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Edição da Autora, 2001.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Civil – estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HÖLFING, Wolfram. Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 3 GG. In: M. Sachs (Org.). *Grundgesetz – Kommentar*. München: C. H. Beck, 1996.

IBIAS, Delma Silveira. *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito de família face à nova Constituição. In: *Revista Unimar Jurídica*, Maringá: Imprensa Universitária, 1991.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O Direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MAUNZ, Theodor; ZIPPELIUS, Reinhol. *Deutsches Staatsrecht*. 29. ed. München: C. H. Beck, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais. Teoria geral*. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 1997. Vol. 3.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas no Direito de Família. *Revista dos Tribunais*, 628, fev./1988.

PÉREZ, Jesús Gonzalez. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial. Porto Alegre, 2001a. Disponível em <http://www.nominimo.com.br>. Acesso em 20/12/2002.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001b.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STARCK, Christian. (Coord.). *Das Bonner Grundgesetz*. 4. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 1999. Vol I.

STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. Evolução histórica da família brasileira. In: CUNHA, Rodrigo Pereira. (Coord.). *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB – MG: Del Rey, 2000.

ZIPPELIUS, Reinhol. Anmerkungen zu Art. 1 GG. In: DOLZER, R. (Org.). *Bonner Rommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, 1994.