

**A METODOLOGIA DO DIREITO
CIVIL CONSTITUCIONAL E AS
CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS
CONTEMPORÂNEAS DO
DIREITO DE FAMÍLIA
BRASILEIRO**

*Rozane da Rosa Cachapuz*¹⁹⁶
*Luiz Gustavo Tiroli*¹⁹⁷

RESUMO

A metodologia civil constitucional apregoa que os clássicos institutos do direito civil devam ser relidos à luz da legalidade constitucional. O direito de família contemporâneo é marcado pela dinamicidade dos papéis sociais dos membros que compõem a entidade. Seria a metodologia civil constitucional adequada para interpretação do direito aplicado às relações familiares? O objetivo consiste em perquirir sobre o direito de família à luz da metodologia civil constitucional. Adota-se a técnica de revisão bibliográfica e o método histórico-indutivo. Vislumbra-se a necessidade de uma interpretação em torno da unidade do ordenamento, despido de preconceitos, na

¹⁹⁶ Doutora em Direito Internacional, com ênfase em Direito de Família pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora do Departamento de Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Coordenadora do Projeto de Pesquisa do Acesso à Justiça no Direito das Famílias da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Coordenadora da Pós-Graduação em Direito de Família e Sucessões: Teoria e Prática da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

concretização da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Afetividade. Despatrimonialização. Dinamicidade. Legalidade constitucional.

ABSTRACT

The constitutional civil methodology claims that the classic civil law institutes must be related in the light of constitutional legality. Contemporary family law is marked by the dynamics of the social roles of the members that make up an entity. Would a constitutional civil methodology be adequate to interpret the law applied to family relationships? The objective is to acquire family law in the light of the constitutional civil methodology. A bibliographic review technique and a historical-inductive method are adopted. There is a need for an interpretation understood by the planning unit, stripped of prejudices, realizing the dignity of the human person.

KEYWORDS: Affectivity. Depatrimonialization. Dynamics. Constitutional legality.

¹⁹⁷ Acadêmico do curso de direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Membro da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Colaborador no Projeto de Pesquisa do Acesso à Justiça no Direito das Famílias da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Colaborador no Projeto de Pesquisa Constituição, Constitucionalismo e Direitos Fundamentais do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC).

INTRODUÇÃO

O processo de constitucionalização do direito civil, que teve início no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, constitui-se como o fenômeno que trouxe a personalidade humana como epicentro axiológico do ordenamento jurídico. Nas relações privadas, a autonomia da vontade não deixou de preponderar, todavia os valores constitucionais passaram a limitar aquelas relações antes prioritariamente patrimoniais, tutelando a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, incluindo o direito de família.

O direito de família contemporâneo está alicerçado nos princípios da solidariedade e da afetividade, conceituando a família como entidade fundada no afeto entre seus membros, que aspiram conjuntamente o desenvolvimento dos seus indivíduos e a busca pela felicidade.

Neste aspecto, emergem relações sociais que têm sido objeto de reflexões doutrinárias no cenário brasileiro, objetivando trazer soluções práticas para as problemáticas, verificando os impactos que determinadas decisões têm causado na realidade social. Se a dinamicidade das relações sociais não pode ser acompanhada pelo legislador,

como proceder ao acolhimento e a tutela dessas situações no contexto jurídico? De que maneira a perspectiva teórico-metodológica do direito civil constitucional pode contribuir para a compreensão e interpretação do direito de família contemporâneo?

O trabalho objetiva perquirir sobre as características jurídicas contemporâneas do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro à luz da metodologia do direito civil constitucional. O procedimento metodológico aplicado foi o histórico-indutivo, que corresponde à extração discursiva do conhecimento, a partir da análise das características jurídicas contemporâneas, para formular as bases de aplicação e interpretação normativa, sustentando a adequação das respectivas leituras jurídicas para tratamento devido dos casos emergentes no cenário brasileiro.

O presente trabalho foi alicerçado na revisão bibliográfica pertinente ao assunto; optou-se pela utilização do plano francês, motivo pelo qual este artigo está dividido em duas grandes epígrafes, uma primeira introdutória quanto à descrição de conceitos relacionados à metodologia civil constitucional. A segunda parte aborda três grandes características jurídicas do direito de família brasileiro,

relacionando a realidade social com a perspectiva jurídica.

A PERSPECTIVA TEÓRICO-METODOLÓGICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as normas constitucionais passaram a irradiar normatividade para todo o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, outrora sendo apenas limitadora para o processo de desenvolvimento da legislação infraconstitucional, a Constituição tornou-se vetor hermenêutico, devendo, assim, a ordem jurídica ser interpretada a partir do epicentro axiológico emanado do arcabouço constitucional.

Houve uma inversão do alvo de preocupações do direito dogmático tradicional, de modo que a proteção da pessoa humana tornou-se o fim último do direito. Para o ministro Luiz Edson Fachin (2003, p. 17-18), 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 que valoriza a subjetividade, a dignidade e o desenvolvimento humano nas relações interpessoais. Neste contexto, o Código Civil de 2002 foi alcançado pelos valores

constitucionais, impactando a sua construção e interpretação, que outrora vinculado ao caráter patrimonialista, galgou para concepções relativas à tutela da pessoa humana.

A METODOLOGIA CIVIL CONSTITUCIONAL

Pietro Perlingieri, expoente e precursor dos estudos relacionados à metodologia do direito civil constitucional, propõe uma reformulação do estudo do direito, ao sustentar que o direito é uma ciência social que não pode ser compreendida dissociada da filosofia, da história e da sociologia (NOGUEIRA, 2010). Além de ter contribuído “para a consolidação de uma metodologia que vem se revelando um importante instrumento para a concretização dos valores existenciais privilegiados pela Lei Maior e para a consequente constitucionalização do Direito Civil”, sustentado que a norma, sendo clara ou não, deve ser interpretada conforme os valores e princípios “do ordenamento, e deve resultar em um processo argumentativo não somente lógico, mas axiologicamente conforme às escolhas de fundo do ordenamento” (PERLINGIERI, 2008, p. 597).

Dentre sua vasta produção intelectual e científica, destacam-se as duas obras traduzidas para português pela professora Maria Cristina de Cicco: *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional* (primeira edição em 1975, a segunda em 1979 e a terceira em 1994¹⁹⁸) e *Direito Civil na legalidade constitucional* (lançada a primeira edição em 1984, a segunda completamente renovada em 1991 e a terceira edição em 2006, fortemente renovada e ampliada¹⁹⁹), o livro é considerado a obra-prima de Perlingieri pela tradutora, marca do pensamento jurídico na abertura do século XXI pelo Ministro Eros Grau e uma reflexão mais exigente em relação à “Perfis” pelo próprio autor (PERLINGIERI, 2008).

No Brasil, os estudos pioneiros do direito civil constitucional se deram, primeiramente, no Rio de Janeiro (UERJ), pelo professor Doutor Gustavo José Mendes Tepedino, sobretudo por meio da obra “*Temas de Direito Civil*”, e pela professora Doutora Maria Celina Bodin de Moraes através da obra “*Na medida da pessoa humana*” (KONDER, 2015).

Posteriormente, no Paraná (UFPR), pelo Ministro Luiz Edson

Fachin, com a obra “*Teoria crítica do direito civil*”; em Pernambuco (UFPE) com o professor Doutor Paulo Luiz Neto Lôbo (líder do grupo de pesquisa “*Constitucionalizações das relações privadas*”) e em São Paulo (USP e FADISP) com a professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (professora da disciplina de direito civil constitucional em nível de especialização) (MARRAFON, 2015).

Destaque, ainda, para o professor Doutor Anderson Schreiber, titular de Direito Civil e professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, expoente contemporâneo dos estudos relacionados ao direito civil constitucional, sobretudo pelas obras “*Manual do Direito Civil contemporâneo*” e “*Direito Civil e Constituição*”.

A metodologia de interpretação do fenômeno jurídico denominada de direito civil constitucional sustenta que se deve compreender os institutos históricos e tradicionais do direito civil à luz da legalidade constitucional. “Isto significa reler todo o ordenamento jurídico à luz da Constituição e dos

¹⁹⁸ Sendo escolhida a terceira edição para ser traduzida para o português.

¹⁹⁹ Outra vez a terceira edição foi a escolhida para ser traduzida para o português.

valores fundamentais nos quais ele se baseia” (PERLINGIERI, 2019, p.7).

Os paradigmas do direito civil necessitam ser iluminados pela Constituição Federal, de modo que “não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil, mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares” Neste sentido, “o que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas” (SCHREIBER, 2019, p. 53).

Para tal, torna-se fundamental compreender o conceito de ciência jurídica pela perspectiva da função prática, a fim de impedir que se incorra em uma ciência jurídica abstrata, que não se adere à realidade (política, social, econômica), mas considerando a necessidade de resolver os problemas concretos dos seres humanos. Entretanto, tal concepção não está vinculada ao pragmatismo jurídico, que, por natureza, renega o próprio direito, e sua natureza de dever-ser.

Também não se trata de jusnaturalismo, pois a necessidade “em se aplicar a uniformidade em prol da legislação constitucional, utilizando todas as potencialidades ínsitas ao

ordenamento jurídico, no respeito substancial ao mesmo”, não decorrem da abstração; tais preceitos axiológicos emanam de uma decisão política e ética presentes nas normas constitucionais, elegidas pela sociedade em determinada quadra histórica (PERLINGIERI, 2019, p. 7).

Não se tratando de pragmatismo jurídico e nem jusnaturalismo, a metodologia civil constitucional sustenta que o direito civil não pode ser compreendido como um conjunto de valores isolados da realidade em que está e fechado em si, uma vez que este compõe o “sistema solar” em que o “sol” é a Constituição Federal (LORENZETTI, 1998, p. 45). A autonomia privada, que outrora norteava a práxis do direito civil, não deixa de existir e atuar, mas a sua funcionalidade é redirecionada para a concretização dos valores constitucionais (TEPEDINO, 2015).

A norma não assume só seu significado em si mesma ou no Código em que se insere, mas sim no sistema ao qual pertence (no caso do Direito Civil, o Código Civil e a Constituição Federal). A Carta Constitucional representa o momento da realidade interna do ordenamento jurídico. Significa que não é mais possível distinguir o Direito Constitucional do Direito Civil, que não é mais possível se falar em Direito Público e Direito Privado. Todo o ordenamento jurídico tem os mesmos valores e os mesmos

princípios fundamentais para todo o sistema. A verdadeira interpretação jurídica não pode ser literal, não pode ser lógica: deve ser sistêmica e axiológica (PERLINGIERI, 2019, p. 4).

Por ordenamento jurídico compreende-se um conjunto de normas destinadas a garantir a ordem a uma sociedade segundo um modo de vida historicamente determinado. Não se limita apenas ao direito positivado, mas é sistemático, orgânico, lógico, axiológico, centralizado e sobretudo uno. A unidade do ordenamento jurídico só se assegura a partir da centralidade em torno da Constituição, que detém a tábula de valores da sociedade (MORAES, 2003, p. 107). Sendo assim, a centralidade do direito privado se desloca do Código Civil para encontrar uniformidade na Constituição Federal.

Neste sentido, a complexidade do ordenamento jurídico exige uma centralização axiológica a fim de garantir a unidade do sistema, daí a necessidade de se interpretarem os conceitos, instrumentos e institutos do direito civil à luz da Constituição Federal, pois “ou bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento jurídico” (TEPEDINO, 2015, p. 228).

Tendo em vista a unidade indispensável à própria existência do ordenamento, a interpretação desse processo complexo há de ser feita à luz dos princípios

emanados pela Constituição da República, que centraliza hierarquicamente os valores prevalentes no sistema jurídico, devendo suas normas, por isso mesmo, incidir diretamente nas relações privadas (TEPEDINO, 2015, p. 229).

Outro aspecto fundamental para compreender a perspectiva civil constitucional se assenta na necessária relativização da dicotomia histórica entre o direito público e o direito privado, de modo que matérias originalmente disciplinadas pelo direito privado, como casamento, adoção e propriedade são tratadas pelo texto constitucional, enquanto que o direito público também incorpora institutos outrora exclusivamente privatísticos, tais como contratos e responsabilidade civil, que passam a ser aplicados à administração pública. Deste modo, tanto o direito público quanto o direito privado são centralizados em torno da Constituição Federal e de seus fundamentos axiológicos.

É importante lembrar que a clássica partição entre Direito Público e Privado (summa divisio) é um preconceito a ser abandonado. A simbiose é evidente, o estado cada vez mais intervém nas atividades privadas e o cidadão, de igual modo, participa nas esferas da administração pública. Assim, tentando compatibilizar o público com o privado, velhos institutos do Direito Civil estão sendo revistados, de modo a compatibilizá-los às novas

demandas sociais e econômicas
(CARVALHO, 2003, p. 5).

Deste modo, a metodologia do direito civil constitucional estabelece que, diante da complexidade das realidades sociais e da necessidade de o direito trazer respostas a situações cada vez mais diversificadas, os institutos clássicos do direito civil devem ser relidos à luz da legalidade constitucional, em obediência às escolhas políticas e éticas da sociedade, sobretudo a partir do princípio da dignidade humana, em face da relativização da dicotomia entre o direito público e o direito privado.

CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO DE FAMÍLIA À LUZ DA METODOLOGIA CIVIL CONSTITUCIONAL

Na modernidade líquida, conceito cunhado por Zygmunt Bauman (2001) para designar a atual conjuntura histórico-social, tem-se o desenvolvimento de novos modelos de relacionamentos afetivos, vinculados à superficialidade e instantaneidade, características da contemporaneidade, que impactam em modificações sociais com consequências na interpretação do direito positivo.

Os relacionamentos sociais têm

sofrido modificações de acordo com as relações de consumo da sociedade contemporânea; baseadas no consumismo exacerbado e no descarte do obsoleto, as relações sólidas passaram de longínquas e duradouras para relacionamentos caracterizados pela efemeridade e experimentação, implicando a transformação da interpretação jurídica dos conceitos estabelecidos no contexto legal (BAUMAN, 2001, p. 187).

Sendo assim, em observação ao cenário brasileiro, elencam-se alguns fenômenos jurídicos contemporâneos do direito de família, tais como: a multiparentalidade, as famílias simultâneas, o contrato de namoro, a relativização da herança legítima, a alienação parental, a guarda compartilhada, o contrato de parentalidade e outros que, através do método indutivo, foram classificados em três características específicas do direito de família contemporâneo: a afetividade, a despatrimonialização e a dinamicidade das relações parentais. Neste tópico, pretende-se discorrer apenas a respeito das três categorias, não adentrando especificamente em cada um dos fenômenos supracitados, apenas mencionando a título de exemplificação.

AFETIVIDADE

A valorização do afeto como elemento fundador da instituição familiar se constitui relativamente recente, sobretudo por considerar que não se vislumbrava tal perspectiva na família romana e nem grega, pois a base da família não era encontrada no afeto natural e sim na perspectiva religiosa, que determinava os condicionantes que vinculavam os indivíduos em torno do ente familiar (COULANGES, 2005). Na idade média, a instituição familiar era fundada no casamento religioso, onde preponderavam interesses econômicos, patrimoniais e sociais.

A partir do início da modernidade, principalmente após o final do século XVIII, percebeu-se uma valorização da subjetividade, vinculada ao decréscimo da importância da igreja e ao arvorar da racionalidade individual. Os ideais revolucionários franceses de liberdade, igualdade e fraternidade se estenderam à concepção familiar. Apesar de mínima, a noção de subjetividade foi fundamental para lançar as bases da afetividade como alicerce da família contemporânea; sem a perspectiva individual, a família cumpria uma função social, política e econômica, impedindo que seus membros se reunissem em torno de laços exclusivamente afetivos.

Deste modo, a construção do conceito de família contemporânea passa pelo princípio da afetividade, sem o qual a interpretação da entidade familiar fica comprometida ou esvaída de sentido, sobretudo em face da dependência econômica que sempre vinculou a entidade ao longo dos períodos históricos e que, hodiernamente, encontra-se atenuada. “O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar” (PERLINGIERI, 2007, p. 244).

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008, p. 223) descreve que “o afeto é elemento essencial das relações interpessoais, sendo um aspecto do exercício do direito à intimidade garantido pela Constituição Federal.” Desta forma, “a afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, fazendo jus ao status de família”.

Assim, uma das características jurídicas contemporâneas do direito de família é a afetividade. Para Rodrigo da Cunha Pereira (2011, p. 194), “sem afeto não se pode dizer que exista família. Ou,

onde falta afeto a família é uma desordem, ou uma desestrutura". Paulo Lôbo (2011, p. 644-645) destaca que nenhum outro ordenamento jurídico avançou tão significativamente na matéria afetiva, no campo jurídico, quanto o brasileiro. Inicialmente, a socioafetividade era debatida no âmbito das ciências humanas e sociais e adiante adentra como categoria própria no direito de família, tendo o fenômeno início na doutrina, e posteriormente acolhido pela jurisprudência, sobremaneira pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em que pese o princípio da afetividade não estar expresso no texto constitucional, encontra-se respaldo para tal no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da igualdade entre os filhos independente de sua origem (art. 227, § 6º), da adoção enquanto escolha afetiva (art. 227, § 5º e 6º), do princípio da solidariedade (art. 3º, I), da união estável (art. 226, §3º) e no direito de convivência familiar assegurado à criança e ao adolescente independente de origem biológica (art. 227). Desta forma, notadamente o texto constitucional direciona para a valorização da afetividade enquanto princípio basilar para consolidação da entidade familiar.

Rodrigo da Cunha Pereira (2011, p. 194) descreve que

o afeto ganhou status de valor jurídico e, conseqüentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, vez que o desejo e amor começam a ser vistos e considerados como o verdadeiro sustento do laço conjugal e da família.

De acordo com Maria Berenice Dias (2006, p. 61), portanto, “os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue.” Assim, a posse do estado de filho, por exemplo, nada mais é do que “o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família.”

A título de exemplo, encontra-se pendente no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 883.168/SC, no qual o Instituto Brasileiro de Direito de Família atua como *amicus curiae*, e que discute, à luz dos artigos 201, V, e 226, § 3º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada. Consta na pauta do STF outro processo similar, o julgamento do RE 1045.273/SE, que foi

interrompido por um pedido de vista do presidente da Corte, ministro Dias Toffoli, quando o placar estava em cinco a três votos a favor da divisão da pensão em setembro de 2019. Não há prazo definido para que o caso volte à discussão em plenário.

Verifica-se uma extensão da compreensão de entidade familiar baseada nos princípios da afetividade, dignidade e solidariedade humana no caso do Recurso Especial nº 1185337, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em face da particularidade do caso e por se tratar de pessoa septuagenária, determinou a fixação da prestação alimentar do companheiro em face da concubina que outrora recebeu por 40 anos tal auxílio, sem o qual estaria condenada ao desamparo. (BRASIL, 2015).

Destarte, diante da dinâmica social e compreendendo o processo histórico de mutação da estrutura e da finalidade da instituição familiar, que contemporaneamente tem se alicerçado nos princípios constitucionais, cabe ao direito tutelar tais situações, caminhando para a consolidação de entidade familiar como identificação individual e reconhecimento social, alicerçada em valores de ajuda mútua, solidariedade e sobretudo afeto, de modo que tais

problemáticas sejam enfrentadas sem preconceitos, valorizando, assim, a dignidade humana nas relações familiares.

DESPATRIMONIALIZAÇÃO

As profundas transformações ocorridas no decorrer do século XX viabilizaram a diversidade de formas de relacionamentos interpessoais. O fundamento dessas transformações está relacionado ao papel atribuído à subjetividade, sobretudo a importância da dignidade da pessoa humana no pós-Segunda Guerra Mundial. A busca pela realização pessoal passou a prevalecer sobre outros interesses (TEPEDINO, 1997, p. 47). Neste sentido, reduziram-se as “funções econômicas, políticas, religiosas e sociais e, paralelamente, emergiu o respeito pela busca da realização individual de cada um, em que assume relevo a função eudemonista” (CALDERÓN, 2017, p. 7).

A tendência à repersonalização das tratativas sociais e jurídicas surge no intuito de valorizar a individualidade, o respeito à diversidade e ao pluralismo, justamente pelos fatos históricos relacionados à destruição da subjetividade vislumbrados durante os regimes totalitários do século XX.

Deste modo, tem-se uma outra característica do direito de família brasileiro: a despatrimonialização vislumbrada a partir da promulgação da Constituição de 1988, que concedeu novos contornos à propriedade privada, retirando-lhe o caráter absoluto. A Carta Fundamental atribuiu função social para a propriedade privada, que não perdeu seu conteúdo patrimonial no seio do ordenamento jurídico, mas passou a ser interpretada a partir da legalidade constitucional. “A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário” (LÔBO, 2011, p. 33).

No Código Civil de 1916, destinaram-se 290 artigos para reger o direito de família; destes, 151 tratavam exclusivamente sobre relações patrimoniais e 139 versavam sobre relações existenciais. Em que pesem os avanços advindos do Código Civil de 2002, permanecem fortes resquícios da herança patrimonialista, tais como as causas suspensivas do casamento do art. 1.523, a imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos e para as pessoas que o contraírem com inobservância das causas

suspensivas da celebração do casamento do art. 1.641 e a demonstração de que as normas destinadas à tutela e curatela estão mais voltadas ao patrimônio do que necessariamente aos interesses pessoais dos tutelados e curatelados (LÔBO, 2011, p. 29).

Os valores constitucionais passaram a limitar aquelas relações antes exclusivamente patrimoniais, modificando a configuração das estruturas familiares, sendo constituídas a partir de princípios como solidariedade e afetividade. O diploma civil não disciplinou de maneira satisfatória a respeito dos temas contemporâneos do direito de família, sendo necessário deste modo recorrer à base constitucional para direcionar a interpretação nos casos concretos, considerando que o legislador não consegue acompanhar o movimento da sociedade para regulamentar todas as situações possíveis.

Hoje, no momento em que se reconhece à família, em nível constitucional, a função social de realização existencial do indivíduo, pode-se compreender o porquê de a admitirmos efetivamente como base de uma sociedade que, ao menos em tese, se propõe a constituir um Estado Democrático de Direito calcado no princípio da dignidade da pessoa humana (GAGLIANO, 2012, p. 58).

Com o processo de transformação dos costumes, “cujo

marco normativo encontra seu maior registro na Constituição da República de 1988”, nota-se uma despatrimonialização do direito de família, pois a partir do texto constitucional extraem-se os princípios que passam a disciplinar as relações familiares, tais como: o princípio da solidariedade, da igualdade, da dignidade humana, do consenso e do afeto (PEREIRA, 2012).

Como exemplo tem-se a discussão em torno da reconsideração do instituto da legítima, ou seja, aquela porção reservada aos herdeiros necessários, de acordo com art. 1.788, onde se lê: “morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos pelo testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”, podendo o testador dispor de apenas metade de seu patrimônio, se havendo herdeiros necessários, e que serão chamados a sucessão por força do art. 1.829 do Código Civil brasileiro.

A discussão contemporânea, à luz da legalidade constitucional, defende uma maior autonomia do indivíduo para testar, de modo que o instituto da sucessão legítima seja reduzido, por exemplo, para vinte e cinco por cento do

patrimônio, tendo o sujeito o direito de dispor, por meio de testamento, de até setenta e cinco por cento, com base no princípio da dignidade e da autonomia da vontade humana, tendo em vista que a família é unidade de realização pessoal, pois “a família não é titular de um interesse separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa” (PERLINGIERI, 2002, p. 245).

Todavia, a manutenção da legítima, ainda que em vinte e cinco por cento, se torna fundamental em respeito ao princípio constitucional de solidariedade econômica no direito de família, sobretudo ao considerar a existência de indivíduos que se encontrem em situação de vulnerabilidade social no seio familiar do *de cuius*. Deste modo, não se sustenta a supressão do instituto da legítima, mas a reconsideração em face da liberdade para testar no contexto da despatrimonialização, ou seja, a precedência dos aspectos existenciais em detrimento dos patrimoniais.

Portanto, à luz da metodologia civil constitucional, os clássicos institutos do direito de família, tal como o da herança legítima, por exemplo, precisam ser iluminados pela legalidade constitucional. As relações familiares sempre terão natureza patrimonial,

todavia esta assume papel coadjuvante no seio familiar, desvinculando o conceito patrimonial do cerne da família e privilegiando os aspectos existenciais.

DINAMICIDADE DAS RELAÇÕES PARENTAIS

Em meados do século XX, a família passou a ser constituída a partir de uma relação de amor romântico, tendo início o processo de dessacralização do matrimônio e de valorização da figura feminina, de modo que o instituto do divórcio surge em vários países, e no Brasil em 1977, reafirmando o afeto como fundamento da entidade familiar em detrimento do modelo patriarcal relacionado ao patrimônio, que se torna obsoleto, mas não totalmente superado (ROUDINESCO, 2003, p. 19).

Deste modo, a relação paterna-filial sofre modificações à medida em que a figura do filho-propriedade se desloca para o eixo filho-sujeito, sobretudo com a divulgação da importância das figuras paterna e materna para o desenvolvimento holístico da prole, conforme consta na teoria freudiana do complexo de Édipo (ROUDINESCO, 2003). Destarte, a figura paterna distante, autoritária e provedora torna-se ultrapassada na relação que passa a permitir interação e

mitigação das regras de relacionamento e domínio entre filho e pai (BOTTOLI; ARPINI, 2011).

Neste sentido, tem-se uma terceira característica dos fenômenos jurídicos contemporâneos do direito de família: a dinamicidade das relações parentais, de modo que os pais têm a possibilidade de flexibilizarem as obrigações e atribuições no intuito de garantir a tutela da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente.

A exemplo da dinamicidade das responsabilidades parentais, o Estado de São Paulo, em setembro de 2019, realizou a homologação de seu primeiro acordo de parentalidade; a decisão teve aval do juiz Rodrigo de Azevedo Costa, da 1º Vara da Família e Sucessões do Foro Regional XII, e foi consolidada pelo trabalho conjunto do advogado Camilo Luiz Barros e da advogada Fernanda Amany Nicolai Honda, ambos membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família. O acordo estabeleceu os compromissos e responsabilidades pertinentes ao exercício da guarda compartilhada e versou sobre a educação, a forma de convivência, a prestação de alimentos e a gestão dos bens do infante, pois haviam sido ajuizadas cinco ações para discutir

questões relativas ao exercício das responsabilidades parentais.

A fim de compreender a ressignificação da paternidade na família contemporânea, faz-se necessário adentrar no bojo social da revolução feminina ocorrida no século XX, em que a emancipação da mulher do patriarcado desencadeou uma reformulação das funções parentais (ROUDINESCO, 2003). Ressalta-se que tal movimento não se constitui homogêneo, existem resistências e ressalvas quanto à real emancipação da mulher do patriarcado, haja vista que persistem no imaginário social marcas da estrutura tradicional (GOMES; RESENDE, 2004, p. 119), mas há de se considerar os importantes avanços obtidos nas últimas décadas (RESENDE, 2001).

Ocorreu uma dinamização da função dos pais na família, a mulher foi lançada no espaço público e o homem, por sua vez, no espaço privado doméstico, devendo, assim, ambos equilibrar o exercício regular da autoridade parental (SOUZA, 2008, p. 9).

Outro exemplo é a guarda compartilhada, que através da Lei nº 13.058/14, objetivou dirimir os conflitos no processo de separação dos pais, estabelecendo a guarda compartilhada como mecanismo efetivo para o

exercício das atribuições atinentes à autoridade parental em detrimento da guarda unilateral. Paulo Lôbo (2009) argui que a guarda compartilhada deve ser impossibilitada tão somente quando demonstrada evidentemente a violência doméstica contra a prole.

Sendo assim, os pais devem preservar o melhor interesse da prole e sua proteção integral em face das desavenças existentes e resultantes do antigo relacionamento, pois a dissolução da sociedade afetiva não implica a inobservância dos deveres parentais, evidenciando a dinamização das relações parentais que precisam ser concebidas à luz dos princípios constitucionais que visam proteger o infante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreendendo os pressupostos teóricos que justificam o surgimento das dinâmicas afetivas familiares da sociedade, vislumbra-se a necessidade de se adequar a hermenêutica a partir da metodologia civil constitucional. Assim, os valores e princípios constitucionais e os direitos fundamentais tornam-se o epicentro axiológico para aplicação da norma jurídica à realidade do caso concreto, inclusive nas relações entre os particulares.

A metodologia do direito civil constitucional compreende a interpretação do direito civil a partir dos ditames valorativos, da aplicação dos direitos fundamentais e da tutela da dignidade da pessoa humana, relativizando a dicotomia histórica entre o direito público e o direito privado. Sendo assim, a metodologia civil constitucional é o instrumento teórico-jurídico adequado para interpretação das realidades jurídicas atuais, por aplicar os princípios constitucionais no direito de família e permitir que as situações não contempladas pelo legislador sejam acolhidas e tuteladas pelo ordenamento jurídico.

A interpretação das três características jurídicas do direito de família contemporâneo está relacionada primeiro à afetividade como princípio jurídico-constitucional implícito e que configura a unidade familiar e a própria dinamicidade social, segundo pela centralização da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, incorrendo necessariamente em um processo de despatrimonialização do direito de família, de modo que os aspectos humanos, afetivos e existenciais têm uma tratativa privilegiada em detrimento do patrimônio, este que recebe novos contornos a partir da função social.

E terceiro, pela dinamicidade das relações parentais, fruto da modificação estrutural e histórica dos arranjos familiares, de modo que os pais rediscutem suas atribuições e dinamizam essas obrigações, mas com intuito jurídico de tutelar o melhor interesse da criança e do adolescente na concretização da legalidade constitucional.

A partir dessas categorias, decorrem-se os fenômenos jurídicos que necessitam de tutela do direito brasileiro, que deverá estar aberto para essas dinamicidades e atento a oferecer uma prestação jurisdicional adequada de acordo com a unidade e a integralidade do direito, iluminando os princípios, institutos e instrumentos do direito civil pela Constituição Federal, por meio de uma hermenêutica na perspectiva civil constitucional, garantindo a realização da legalidade que emana da Carta Fundamental.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BOTTOLI, C. & ARPINI, D. M. O exercício da paternidade na separação conjugal. In F. P. Jaeger, C. S. Krueh, & A. C. Siqueira (Orgs). **Parentalidade e contemporaneidade: os desafios para a Psicologia** (pp. 123-150). S. Maria, RS: Centro Universitário Franciscano, 2011.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.185.337 - RS** (2010/0048151-3), Relator Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/3/art20150323-04.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- CARVALHO, Eusébio. Direito à Propriedade. Do Discurso à Realidade. **Revista Juris**: síntese de direito civil e processual civil, nº. 24, jul/ago, 2003.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito de família, a família em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 1, jan./abr. 2015, p. 193-213. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38442>. Acesso em: 30 maio 2020.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2009.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito e família**: origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.
- LIMA, Jairo Néia. CAMBI, Eduardo. **Constitucionalização do direito privado**: acesso à justiça e os direitos da personalidade. Birigui: Boreal Editora, 2015.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Despatrimonialização do direito de família. In: **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão**, São Luís: TJ-MA, v. 1, n. 1, jan/dez, p. 25-35, 2011.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998.
- MADALENO, Carpes A. C.; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MARRAFON, Marco Aurélio. **A contribuição de Fachin para o Direito Civil Constitucional brasileiro**. Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-28/constituicao-poder-contribuicao-fachin-direito-civil-constitucional>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana**: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo (org.). Constituição, direito fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.
- NOGUEIRA, Marco Aurélio. Estudos em homenagem a Pietro Perlingieri análise da obra: o direito civil na legalidade constitucional. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**. v. 38. n. 02: 581-604, 2010. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/18524-Texto%20do%20artigo-70051-1-10-20120216%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/18524-Texto%20do%20artigo-70051-1-10-20120216%20(3).pdf). Acesso em: 29 maio 2020.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. In DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/normas->

constitucionais-nas-relacoes-privadas/
Acesso em: 29 mar. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2019.

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. A tirania do guardião. In: **Síndrome de alienação parental e tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. **Boletim Científico**. ESMPU, Brasília, a. 4 - n.17, p. 223-235 – out/dez., 2015.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.