

A eficácia plena e a aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais asseguradores da unidade familiar

The constitutional precepts related to the family unit as self-executing law

José Alessandro Cidrão Pinheiro*

Resumo

Este artigo versa sobre o erro jurisprudencial praticado por considerável parte dos tribunais brasileiros, quando entendem ser de aplicabilidade restringível ou diferida os preceitos constitucionais atinentes à unidade familiar.

Palavras-chave: Família. Unidade familiar. Constituição. Norma jurídica. Aplicabilidade. Direito fundamental.

Abstract

This article turns on the mistake practiced by considerable part of Brazilian's tribunals, when they understand that the constitutional precepts related to the family unit can not be considered as self-executing law.

Keywords: Family. Family unit. Constitution. Self-executing law. Application. Fundamental right.

INTRODUÇÃO

A família, como base nuclear da sociedade, no dizer da Constituição Federal, é, resumidamente, a própria sociedade. Assim, tudo quanto interesse a uma, diz visceralmente respeito à outra. Dessa forma, é a proteção à família (e, evidentemente, à unidade familiar – que é a sua mais elementar representação), um bem jurídico tutelado pelo Estado.

Tanto é veraz o que se afirma que, em oportunidades outras, o nosso País, regido pela Constituição de 1988, adotou tratados e acordos internacionais, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica, no qual, em seu art. 17, 1 - (Decreto

nº 678/92), repete-se o princípio da necessidade de proteção do núcleo familiar, como é mostrado a seguir: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

Sob esta convicção, e contrapondo o entendimento majoritário da jurisprudência pátria, demonstrar-se-á, na presente reflexão, que os artigos 226 e 227 da Constituição Federal de 1988 – os quais versam sobre a unidade familiar -, além de poderem ser inseridos na classificação dos direitos e garantias fundamentais, carregam, na sua compleição, normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, haja vista que não se poderia, com relação à família, quer

* Aluno da Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza; monitor da disciplina Direito Constitucional. (alessandrocidrao@hotmail.com)

restringir, posteriormente, o alcance da norma, quer deixar a proteção na disponibilidade do legislador ordinário.

Para tal demonstração, afasta-se, de pronto, o que a doutrina denomina de “dupla abstração”, que vem a ser a prática do dogmatismo, ou seja, a interpretação do magistrado que, ao aplicar a lei ao caso concreto, restringe-se, tão somente, ao limite da própria mensagem da prescrição legal, sem levar em consideração o conjunto de comandos (ordenamento jurídico). Este método hermenêutico é indigente para a interpretação constitucional, posto que o direito não é estático, e sim, dinâmico.

1 O ESTADO E A PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

Pode-se afirmar ser a família a mais antiga instituição na face da Terra, e ela - sem sombra de dúvidas, cumpre um papel vital na sociedade humana. Observa-se que, ao longo da História, as famílias coesas têm ajudado a construir sociedades fortes. Por outro lado, quando o tecido familiar se esgarça leva consigo aquela mesma sociedade enfraquecida.

O historiador francês Fustel de Coulanges (2001) descreve o importante papel da família greco-romana, bem como a necessidade de protegê-la. Afirmava que a “família é um Estado organizado, uma sociedade que se basta a si própria”. Para Coulanges (2001), o casamento significava a continuidade da família, através dos rituais religiosos, e esse “conceito foi um alicerce do direito doméstico entre os antigos. Daí derivou a regra, de deverem todas as famílias perpetuar-se para todo o sempre”. A mentalidade era, portanto, de perpetuação dos clãs, dos nomes, das linhas da família, ao final, proteção, para todo o sempre, sob pena de se cair em desgraça (COULANGES, 2001, p. 52-53-122).

Essa preocupação com a perpetuação da família refletia-se nas leis da época. Para citar um exemplo, em Atenas, “a lei encarregava o primeiro magistrado da cidade de cuidar para que nenhuma família se extinguisse” (COULANGES, 2001, p.53). Esse mesmo fenômeno também ocorria em Roma que, coerentemente ao que se disse, iniciou seu declínio à medida que progressiva degradação familiar corroeu as bases do Império.

As legislações antigas previam, inclusive, o casamento da viúva, que não tivesse filhos com o marido pré-morto, com um seu parente mais próximo, sendo tal filho considerado como se do marido fosse, tudo em prol da continuidade da família e, portanto, do culto familiar. Diante dessa forma de pensar, o celibato era considerado como “ímpiedade grave e desgraça, uma espécie de maldição”. Se antes do surgimento

de legislação específica, nas cidades gregas e romanas, já havia um senso de reprovabilidade quanto ao celibato, depois de referidas leis passou a existir, inclusive, castigo severo para o homem que não se casava, sendo, muitas vezes, punido como verdadeiro delito, pois o “homem não se pertencia; pertencia à família”. Dessa forma “o casamento era obrigatório”, não tinha por objetivo principal o prazer, mas a perpetuidade da família, submetida ao mesmo culto doméstico (COULANGES, 2001, p. 54-55).

A importância em prol da perpetuação da família greco-romana era de tal monta que, em casos de esterilidade da mulher, poderia haver a anulação do casamento, já que seu objetivo fundamental era a perpetuação da família, que, no caso, não poderia ser alcançada. Dessa forma os homens eram “obrigados a repudiar suas mulheres por estas terem se mostrado estéreis” (COULANGES, 2001, p. 56).

A própria origem da expressão: “PRIVADO” dá a idéia de quão importante e necessário é proteger a entidade familiar. Isso é revelado pelo Professor Tércio Sampaio Júnior (2001), ao tratar da distinção das expressões ‘público e privado’, e suas diversas significações ao longo da história. Referido professor ensina que o termo “privado” - do latim *privus*, “é uma palavra importante – que também significa o lugar (natural) do homem no seio da família”.

É na família que o homem tem a sua raiz, na Antiguidade e na Atualidade. É dali, “portanto, que ele tem condições de se apoiar para sair e enfrentar a esfera pública” de convivência (FERRAZ JÚNIOR, 2001). Tudo parte da família. Tudo se inicia no âmbito privado de convivência para, só depois, ser externado no meio social.

Internalizando o tema, a autora Maria Beatriz Nizza da Silva (1981, p.32), ao tratar do casamento dos escravos no Brasil Colônia, mostra-nos nitidamente a importância da unidade familiar para aqueles que nem eram considerados como pessoas, mas como meros objetos. Diz a escritora:

As constituições, no livro sobre o matrimônio, tratam separadamente, no título LXXI, do casamento dos escravos, e começam por afirmar: ‘Conforme o direito divino e humano, os escravos e escravas podem casar com outras pessoas cativas, ou livres, e seus senhores lhe não podem impedir o matrimônio nem o uso dele em tempo e lugar conveniente, nem por esse respeito os podem tratar pior, nem vender para outros lugares remotos, para onde o outro, por ser cativo, ou por ter outro justo impedimento o não possa seguir, e fazendo o contrário pecam mortalmente, e tomam sobre suas consciências culpas de seus escravos que por este temor se deixa muitas vezes estar e permanecer em estado de condenação’. Assim, se a igreja aconselhava os senhores a não criarem obstáculos ao casamento dos seus escravos por

meio de ameaças ou mal tratamento, e se também os aconselhava a não separarem casais constituídos, por outro lado, tentava mostrar-lhes que os escravos, posto que casem, ficam escravos como de antes eram, e obrigados a todo o serviço do seu senhor.

Avançando mais um pouco na História do Brasil, chegamos à proteção conferida à família pela Constituição Federal de 16 de julho de 1934 que dela assim dispunha no seu art. 144, in verbis: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está **sob a proteção especial do Estado**”. (grifo nosso). (BRASIL, on line).

No mesmo sentido, também, a Constituição Federal de 1937 conferiu proteção especial à família ao dispor em seu art. 124, in verbis: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”.

Da mesma forma, reconhecendo a importância de se proteger a família, foi que a Constituição Federal de 1946, com significativo avanço, dedicou um capítulo ao tema, repetindo, em seu art. 163, a proteção estatal especial conferida à família, que assim dispunha: “A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado”.

Em 1967, a Constituição Federal, praticamente reproduzindo os termos da anterior, deu o mesmo tratamento à família, conferindo-lhe a mesma proteção, conforme disposto em seu art. 167, in verbis: “A família é constituída pelo casamento e terá **direito à proteção dos Poderes Públicos**”. (grifo nosso). (BRASIL, on line).

2 A UNIDADE FAMILIAR NA VIGENTE CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição de 1988 amplia sensivelmente a noção de família e o entendimento sobre a proteção que o Estado lhe deve, quando consignou, nos artigos 226 e 227, respectivamente:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(omissis)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso).

De conformidade com o princípio adotado

pelo caput do art. 226, acima transcrito, incumbe ao Estado dar proteção à célula familiar, de uma forma especial, o que, evidentemente, inclui a manutenção e o direito à continuidade do vínculo familiar, característica elementar da organização cultural e societária brasileira. O art. 227, caput, por seu turno, faz expressa referência à **convivência familiar**.

Ao intérprete e aplicador da lei, tais normas, pela sua importância hierárquica, haverão, sempre, de funcionar como balizas na integração das demais regras de cunho inferior, as quais, de modo algum, poderão ser implementadas de forma a diminuir o alcance daqueles preceitos, adotados na Lei Fundamental. Sob tal enfoque hermenêutico, jamais se poderá desconhecer que a família prevalece no universo do interesse estatal.

Ademais, um outro feixe de garantias fundamentais pode ser invocado, na questão. É o que decorre do art. 5º, § 2º, da Lei Básica, in verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e **dos princípios** por ela adotados, **ou dos tratados internacionais** em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Dentre os tratados, a que a verba transcrita faz referência, pode ser mencionadas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral da Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, e assinada pelo Brasil na mesma data, que assim dispõe: Art. 16º, III. “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e **tem direito à proteção da sociedade e do Estado**” (MARCÍLIO, 2001).

Outro desses instrumentos que versam sobre a matéria é a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - mais conhecido como o Pacto de São José da Costa Rica que, no sentido da proteção familiar, assim determina: “Art. 17. Proteção da **Família**. 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e **deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado**.” (BRASIL, 1992)

Como se percebe, é evidente a proteção constitucional àquilo que se passou a denominar de *celula mater* da sociedade, proteção essa complementada – ou confirmada, pelas normas internacionais incorporadas ao nosso ordenamento jurídico.

3 APLICABILIDADE RESTRINGÍVEL OU DIFERIDA: O RECORRENTE ERRO JURISPRUDENCIAL

No entender de boa parte dos tribunais pátrios, as normas constitucionais asseguradoras da unidade

familiar são de aplicabilidade imediata, mas de eficácia contida, ou, ainda, mero princípio programático.

No entender de que o art. 226 da Constituição Federal de 1988 seria norma de eficácia contida, muito embora de aplicabilidade imediata, confira-se o seguinte julgado, que ilustra o posicionamento de parte da jurisprudência pátria:

1. A remoção de servidor público, independentemente de vaga, de uma para outra unidade da federação, a fim de acompanhar cônjuge, servidora pública estadual, não é permitida àquele que se encontre cumprindo estágio probatório.

2. Demais, não houve deslocamento do cônjuge no interesse da administração e, ao participar de concurso nacional, o impetrante tinha ciência de que deveria permanecer afastado da esposa e filho.

3. O artigo 226 da Constituição Federal, **embora seja norma de aplicabilidade imediata, é de eficácia contida**, podendo ter alcance reduzido pela legislação ordinária. (grifo nosso).

Em sendo de aplicabilidade imediata e eficácia contida a norma, conforme pretende essa corrente jurisprudencial, razoável seria concluir-se correta a restrição aos dispositivos constitucionais de proteção à família pela legislação infraconstitucional, o que de todo seria um absurdo.

Para aquel'outra parte dos tribunais que entende consubstanciarem-se referidas normas constitucionais em mero princípio programático, pelo que não estariam, também, sob o manto constitucional as situações em que apenas um dos cônjuges ostenta a qualidade de servidor público, colacionamos o aresto que segue:

2. O princípio programático de proteção à família pelo Estado, é dirigido, fundamentalmente, ao legislador, e foi este legislador que limitou o alcance da remoção, consoante explicado antes. Não tem aquele, assim, como ser utilizado indistintamente em juízo, contra legem, para a prevalência de interesses privados sobre os coletivos, sabendo-se que a vinculação do servidor público com a entidade à qual pertence é regida por normas de Direito Administrativo, em que a vontade pública prepondera.

3. Apelação provida, prejudicada a remessa oficial. (grifo nosso) (BRASIL, 1996).

Alvissareira, porém, é a constatação de que começam a surgir, no mesmo âmbito jurisprudencial, entendimento divergente. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por exemplo, partindo do pressuposto da possibilidade de aplicação imediata dos dispositivos constitucionais, adotou a seguinte decisão:

EMENTA: ADMINISTRATIVO – REMOÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO – ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE.

1. O artigo 36, parágrafo único, da lei nº. 8.112/90

não condiciona a remoção ao fato de que o cônjuge da servidora seja também funcionário público.

2. Obediência ao princípio constitucional de proteção à família e à criança. Arts. 226 e 227 da Constituição Federal.

3. Remessa oficial e recurso improvidos. (BRASIL, 2000)

Apenas no último dos casos referidos, andou bem a jurisprudência, demonstrando, assim, respeito incondicional à Constituição Federal.

4 A TEORIA DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E OS ARTS. 226 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A base da reflexão que ora se principia está na classificação de José Afonso da Silva (1982), para quem são normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem (ou têm possibilidade de produzir) todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executividade. No dizer clássico, são auto-aplicáveis” (SILVA, 1982, p. 89-90). Portanto, tais normas estão aptas, por si sós, a incidir no plano concreto, independentemente de qualquer lei regulamentadora. Já as de eficácia contida apresentam-se como:

aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados (SILVA, 1982, p. 105).

Dessa forma, as normas de eficácia contida, apesar de também incidirem de imediato, à semelhança do que ocorre com as primeiras (eficácia plena), podem ter sua extensão restringida por norma infraconstitucional superveniente.

Quanto às de eficácia limitada são “aquelas por meio das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades e institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei” (SILVA, 1982, p. 116). Portanto, as de eficácia limitada, a despeito de terem aplicabilidade – como a têm, aliás, todas as normas constitucionais no entender da doutrina constitucional mais atual – tal aplicabilidade encontra-se diferida no tempo, a depender de

regulamentação ulterior por lei infraconstitucional, para terem eficácia.

Diante do paradigma fornecido pela doutrina, pode-se, sem grandes esforços, defender pertencerem os arts. 226 e 227, da Constituição Federal de 1988, à categoria das normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, e não à aplicabilidade contida, limitada ou programática, pelos seguintes argumentos:

Primeiramente, porque os referidos dispositivos constitucionais não fazem alusão a qualquer lei quando, então, poder-se-ia entender pertencerem os mesmos às categorias de normas de eficácia contida, limitada ou programática.

No entanto, por pura escolha política, preferiu o Poder Constituinte Originário não delegar a proteção da família a qualquer norma infraconstitucional – caso tivesse feito essa opção teria - como se disse, remetido o dispositivo constitucional à regulamentação por lei.

Ademais, porque é regra de hermenêutica a que determina que uma interpretação, qualquer que seja ela, mas principalmente a jurídica, deve ser lógica. Ora, seria ilógico determinar a proteção da entidade familiar - “base da sociedade” - e, depois, fazer depender do legislador ordinário sua regulamentação ou, na melhor das hipóteses, a delimitação de sua extensão.

CONCLUSÃO

A família, como visto, tem proteção especial do Estado, tutelado nos arts. 226 e 227, da Carta Magna. A decorrência desta tutela é um claro limite à atuação do legislador ordinário e do administrador, os quais, se criarem qualquer norma ou prática que, a pretexto de regulamentá-la restrinja direitos ou crie discriminações, adentrarão no campo da inconstitucionalidade. Isto porque, segundo a mais elementar lição de Direito, há a supremacia das normas constitucionais sobre as infraconstitucionais.

A caracterização dos arts. 226 e 227 da Constituição Federal de 1988 como direitos e garantias fundamentais, decorrente da lógica do sistema constitucional, demandam o reconhecimento de que, a tais dispositivos, é aplicável a regra do § 1º do art. 5º da referida Constituição, segundo a qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Por fim, para muito além do formalismo jurídico, vale ressaltar que é a família, ainda, um dos institutos sociais mais caros de nossa sociedade – quicá o maior deles, porque é dentro de sua intimidade que se forjam caráter, amor, personalidade, dignidade, tudo, enfim, que define o ser como pessoa em sua completude.

Tudo o que se disse tem o tão só objetivo de evitar novas restrições a um direito maior, assegurado pela Constituição, consistente na permanência e união da entidade familiar.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 4 maio 2005.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 4 maio 2005.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 4 maio 2005.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 4 maio 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, p. 015562, coluna 1, 9 nov. 1992.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança nº. 1999.01.000744351-DF – Órgão Julgador: Primeira Turma – Data da Decisão: 22 de março 2000. Relator: Juiz Federal Aloísio Palmeira Lima. *Diário da Justiça*, 16 out. 2000. p. 20.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação em Mandado de Segurança nº. 1999.01.000994060-AM (94.01.21561-8) – Órgão Julgador: Primeira Turma – Data da Decisão: 18 de abril de 1995. Relator: Juiz Aldir Passarinho Junior. *Diário da Justiça*, 1 jul. 1996. p. 45016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). Apelação em Mandado de Segurança nº. 97513 – MS (92030796380) – Órgão Julgador: Primeira Turma – Data da Decisão: 29 de agosto de 2000. Documento: TRF300052925 – Relator: Juiz Federal Oliveira Lima. *Diário de Justiça da União*, 7 nov. 2000. p. 306.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interesse público*. Disponível em: <<http://www.prt2-mpt.gov.br/rev1.shtml>>. Acesso em: 3 dez. 2001.

MARCÍLIO, Maria Luíza. *Comissão de direitos humanos*: biblioteca virtual de direitos humanos.

Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/counter>. Acesso em: 7 nov. 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Cultura no Brasil colônia*. Petrópolis: Vozes, 1981.