

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E A NOÇÃO CONTEMPORÂNEA DE "INTERESSES FAMILIARES"

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Coordenador da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG; Professor Titular da UFMG; Livre Docente e Doutor em Direito; Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; Prêmio Pontes de Miranda, pelo livro *Teoria Geral do Federalismo*; Presidente do CONPEDE – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

As noções sobre os interesses familiares nem sempre são examinadas pelos juristas, sendo que apesar dos assuntos serem tratados pelos civilistas, muitas vezes estão eles reduzidos a certos temas como a proteção dos menores ou as diversas maneiras de união entre as pessoas de sexo diferente (J. Rubellini- Devichi, *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises*, JCP, 1994).

Os interesses familiares vêm sendo tratados por historiadores e sociólogos ou em seminários internacionais, com destaque para temas como: o Estado e a construção da família, as políticas familiares do natalismo e da solidariedade, o interesse coletivo, o interesse familiar, o interesse geral e o individual (F. Carouge & Chauvière, *L'UNAF, le droit de la famille et l'intérêt de l'enfant, Actes de la recherche en sciences sociales*, nº 35/36, 1982; R. Lenoir, *L'Etat et la construction de la famille, Actes de la recherche en sciences sociales*, nº 91/93, 1992; M. Messu, *Les politiques familiales du natalisme à la solidarité, Les éditions ouvrières*, 1992; A. Pitrou, *Les politiques familiales, approches sociologiques*, Syros, 1994; *Convention GAPP – CNAF: Problématiser les intérêts familiaux?* Paris, 23 de fevereiro de 1996; R. Burnel, *La représentation et la défense institutionnelle des familles et des intérêts familiaux*, Publications de l'Union nationale des associations familiales; *UNAF, Familles: 80 mots-clés*, UNAF/ESF, 1995).

As políticas familiares, os interesses familiares e seus atores têm sido

objeto de problematizações, com referências às questões que surgem com os casais e a própria tipologia da filiação (E. Assi, *L'intérêt de la famille, Thèse di droit*, Montpellier, I, 1983; Max Henri, *L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux*, D. 1979, Chron, XXX; René Théry, *L'intérêt de la famille*, JCP, 1972, I).

O assunto, nos seus diversos aspectos, tem sido negligenciado no direito público, desde que não se considerava os "interesses familiares" como tema de relevância institucional ou que devesse ser institucionalmente reconhecido pela publicística (Éric Millard. *Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique*, LGDJ, Paris, 1995; idem, *La protection du droit à la vie familiale, Les petites affiches*, 1996, n° 95; Nilda Susana Gorvein, *Hijos del divorcio. Cuando los incumplimientos generan maltrato*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1996).

A elevação dos interesses familiares a nível constitucional é, para Éric Millard, uma decorrência das exigências da democracia, ao mesmo tempo que faz parte integrante da reformulação do que denomina do antigo arsenal autoritário e tradicional, que vinha dominando essas relações. Com essas formulações passa a conceber o lugar que deve ser dado à família, em um regime democrático.

José da Costa Pimenta, ao tratar dos Princípios Constitucionais do Direito da Filiação, afirma que "este princípio constitucional encontra-se consignado na primeira parte do n° 1 do artigo 36° da Constituição da República, onde se diz que 'todos têm o direito de constituir família' " (José da Costa Pimenta. *Filiação*, Coimbra Editora, 1986, p.9). Sobre a matéria, ressalta, ainda, "Consequentemente, seria contrária à Constituição, por exemplo, uma norma que, da parte dos progenitores, proibisse a perfilhação dos filhos adulterinos a patre ou a declaração da maternidade dos filhos adulterinos a matre, respectivamente. O mesmo se diga da norma que proibisse o estabelecimento da filiação dos filhos incestuosos. Visionando as coisas do ponto de vista dos filhos, seria inconstitucional a norma que proibisse ao filho nascido fora do casamento estabelecer a sua filiação, intentando a respectiva ação de investigação. Inconstitucional seria ainda a norma que apenas dificultasse tal ação, formulando-se pressupostos injustificados, isto é, exigência que a diversa situação do nascimento (acontecido de pais não vinculados pela lei), em relação aos filhos nascidos na constância do matrimônio, não reclamasse" (José da Costa Pimenta, *Filiação*, ob.cit., p.10).

Várias são as transformações que ocorrem, atualmente, no Direito Constitucional, no Direito Civil, no Direito de Família e na própria filiação, com grande relevo na Bioética, tendo em vista, ainda, a filiação resultante da procriação artificial e seus efeitos (Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações*

Artificiais e o Direito (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995; Charles H. Baron. *Droit Constitutionnel et Bioéthique. L'Expérience Américaine*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1997).

Ressaltando os aspectos complexos da filiação, Gérard Cornu distingue três espécies de filiação ou três qualidades de filiação, para admitir, em seguida uma quarta modalidade: a filiação legítima, a filiação natural, a filiação adotiva e, finalmente, a filiação proveniente da procriação artificial.

A filiação decorrente da procriação artificial, também denominada, preferentemente, de "procriação assistida" ou "medicamente assistida", sendo que a lei francesa consagrou a última denominação (Código civil, art. 311-19) resulta da intervenção médica na mulher do processo de inseminação, com o esperma humano, denominado de inseminação artificial ou da implantação in utero de ovo fecundado em laboratório com forças genéticas (gametas) proveniente de um homem (esperma) e de uma mulher (óvulo), conhecido como fecundação in vitro ou de toda técnica equivalente. Discute-se se esta definição é reservada à questão de princípio ou da medida da licitude das últimas operações.

Com essas distinções procura-se encontrar o caminho da unidade, a relação de filiação sua legitimação natural ou outro meio de ligação jurídica. Essa relação de direito produz conseqüências jurídicas, denominadas "os efeitos da filiação", que tendem a igualar no direito de filiação, todos os nascidos nessas diversas circunstâncias. No entanto, entende Gérard Cornu que é impossível, na estruturação desses diversos liames, abstrair-se dos elementos sobre os quais cada uma das tipologias da filiação se constróem.

Conjuntamente entende que a filiação legítima e a filiação natural opõem-se às duas últimas, desde que nas suas definições associam-se dois critérios distintos, apesar de todos os dois decorrerem de filiações carnis. Eles decorrem do ato pelo qual duas pessoas de sexos opostos realizam a "copula carnalis". Essas relações levam ao surgimento da filiação, nesta hipótese inseparável da sexualidade, desde que ela decorre da união de sexos. As duas são filiações biológicas, desde que as forças genéticas, fontes da fecundidade, provem do pai e da mãe. Ambos são parentes genéticos ou biológicos. A filiação é inseparável da hereditariedade, sendo que ambos são, nessa dupla relação, procriadores ou autores genealógicos (Gérard Cornu, *Droit Civil. La Famille. Domat. Droit Privé*. Editions Montchrestien, E.J.A 1996, 5ª edição, pp.269, e ss).

Marc Frangi destaca o papel da família no Direito Constitucional Moderno, afirmando que com a evolução dos costumes e das estruturas sociais, ela passou a ser o centro do debate político e jurídico, inclusive no que

se refere a interpretação dos direitos enumerados nas declarações e princípios conexos, que têm íntima ligação com a Constituição. A Constituição francesa de 1946, na alínea 10 do Preâmbulo, afirmava que a nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias ao seu desenvolvimento. Estão aí assentados os elementos de uma constitucionalização virtual, resultante de grande debate doutrinário (J. Carbonier, *Droit Civil*, t. 2, *La famille, les incapacités*, PUF, Thémis, 1984; François Luchaire, *Les fondements constitutionnels du droit civil*, RTDC, 1982).

A doutrina publicística tem entendido o importante papel que é reservado à família, assinalando, entretanto, que este posicionamento depende de uma concepção política do Estado, que integre à família no seio das demais coletividades, onde as forças econômicas e sociais permitam outras formas da institucionalização de seus interesses. As técnicas do Direito Constitucional não podem ficar indiferentes aos interesses familiares. O sistema administrativo francês, com a União Nacional das Associações Familiares, destaca o papel dos interesses familiares, por meio de uma instituição, que assegura o monopólio da representação dos interesses materiais e morais das famílias, com apoio dos poderes públicos. É uma organização complexa e original, com apreciáveis resultados. A lei Gounot, de 29 de dezembro de 1942, relativa às associações de famílias, rompeu com a tradição anterior, instituindo, pela primeira vez, uma representação oficial das famílias.

Fazendo parte das disposições do Código de Família, em 1956, a nova ordenança de 3 de março de 1945, só veio a sofrer modificações profundas em 1975, com o objetivo de elaborar uma doutrina familiar geral. É uma organização complexa, que decorreu da conjugação da democracia, com a vontade representativa. Existem no segmento privado, com associações livremente constituídas, que traçam suas próprias regras de funcionamento, no quadro do direito associativo. Ao lado do mesmo existe, como objetivo social, um setor público, fortemente hierarquizado, possibilitando a integração em diferentes segmentos geográficos, por meio de associações que dispõem o monopólio de existência e ação nos diversos escalões. A composição dos Conselhos de administração das missões do setor público, resulta de eleições, por parte dos membros da União.

O financiamento é feito por uma taxa parafiscal, que prevalece sobre a massa das prestações familiares.

A representação dos interesses familiares assegura a representatividade das associações familiares. Nos termos da legislação, essas instituições dispõem de poderes que as habilita a pronunciar-se sobre questões de ordem familiar, propondo medidas que vão atender os interesses materiais e morais

das famílias, representando oficialmente os poderes públicos. Podem designar ou propor delegados de famílias nos diversos conselhos, assembleias ou outros organismos instituídos pelo Estado, pelo departamento ou pela comuna. Passam a gerir todo serviço de interesse familiar, em decorrência da delegação que lhes foi confiada pelos poderes públicos. Exercem inclusive jurisdição, sem justificação ou autorização prévia da autoridade pública, exercendo ação civil relativamente aos fatos que resolvem os interesses morais e materiais das famílias. Os poderes são concorrentes, sendo que a ação judiciária é possível. O Estado, no domínio da ação familiar, dispõe, assim, de uma estrutura de legitimação, de representação e de comunicação, para as múltiplas soluções de "interesses familiares".