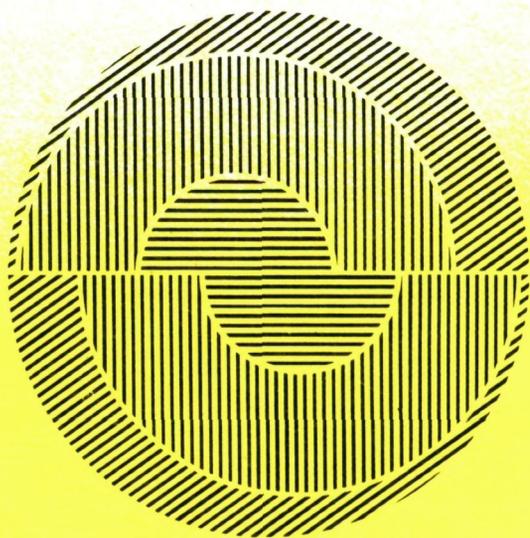


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
OUTUBRO A DEZEMBRO 1987
ANO 24 • NÚMERO 96

Casamento e família na futura Constituição brasileira: a contribuição alemã

JOÃO BAPTISTA VILLELA

Professor Titular na Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Princípio da subsidiariedade.* 3. *Princípio da igualdade entre o homem e a mulher.* 4. *Casamento e concubinato.* 5. *Igualdade entre filhos matrimoniais e filhos não-matrimoniais.* 6. *Determinações programáticas e determinações auto-executórias.*

1. *Introdução*

Se PETER HÄBERLE pôde dizer em 1984, aparentemente com olhos postos na República Federal da Alemanha, que, àquele tempo, ocorria um “surpreendente déficit em “teoria constitucional da família” (1), é de se pensar como serão amplos os limites da matéria no Brasil, onde é notoriamente baixa a impregnação constitucional na vida jurídica, política e social da Nação. E como tais limites condicionam a qualidade das soluções possíveis, exatamente no momento em que o País se prepara para se atribuir uma nova Carta definidora de sua fisionomia institucional básica.

Em tema de casamento e família tem o Brasil muito a ganhar com a experiência constitucional alemã mais recente, nomeadamente com a que se manifestou na Constituição de Weimar, de 1919, e na Lei Fundamental de Bonn, de 1949. O melhor dessa contribuição, porém, talvez não esteja

(1) *Verfassungsschutz der Familie — Familienpolitik im Verfassungsstaat.* Heidelberg, R. v. Decker & C. F. Müller, 1984, S. 4.

Texto produzido a partir de comunicação, com igual nome, apresentada ao II Congresso Jurídico Brasil-Alemanha (São Paulo, 25 e 26 de setembro de 1986)

nos preceitos inscritos nas próprias leis constitucionais, mas na prática jurisprudencial e, não obstante a observação de HÄBERLE, no discurso teórico que se formou em torno desses mesmos preceitos.

Resta esperar que a prática constitucional brasileira que se seguir à promulgação do novo texto básico se mostre permeável à contribuição que, de uma e outra dessas fontes, possa ser recolhida em matéria de organização da família. De outro lado, contudo, caberia refletir se não seria o caso de transpor para o tecido normativo brasileiro algumas dessas construções alemãs, nascidas e criadas à sombra de realidades próprias, mas que se inspiram fundamentalmente na mesma visão cultural básica do casamento e da família que se tem no Brasil.

2. *Princípio da subsidiariedade*

Essa última reflexão conduz, desde logo, ao princípio da subsidiariedade, que não se acha formulado expressamente na Lei Fundamental de Bonn. Mas é por ele que, segundo DIETER GIESEN, se define, “clara e inequivocamente” a jurisprudência da Corte Constitucional Federal, quando se trata das relações entre casamento e família, de um lado, e sociedade e Estado, de outro: “O Estado, enquanto comunidade maior, só pode intervir quando meios e possibilidade da família, como unidade menor, não forem suficientes no caso concreto. Ao Estado impõe-se-lhe grande reserva, e a aplicação de seus meios só deve ocorrer quando inevitável. Portanto, se também a ação disponível de outras instituições e grupamentos de nível intermedial for insuficiente. Isso significa sobretudo que ao Estado não é lícito imiscuir-se também com as respectivas concepções sócio-políticas na autonomia dos cônjuges e da família” (2).

Observe-se, a propósito — para tomar um só dos muitos aspectos que a subsidiariedade assume na matéria —, que o direito de o estrangeiro, casado com súdito alemão, residir no território da República Federal da Alemanha teve a sua especial proteção explicada pela Corte Constitucional daquele Estado no poder que compete ao casal de determinar *livremente* “o centro espacial e social de sua vida em comum”:

“Uma vez que, em princípio, compete exclusivamente aos cônjuges determinar, de modo auto-responsável e livre de ingerência estatal, o centro espacial e social de sua vida comum, a

(2) *Ehe und Familie in der Ordnung des Grundgesetzes. Juristenzeitung. Tübingen, Nr. 23/24, 10. Dez. 1982, S. 826.*

livre decisão, tomada por ambos, de viver em comum no território federal-alemão merece especial proteção do Estado, caso um deles possua a nacionalidade alemã" (3).

O princípio amplo da subsidiariedade, não seria o caso de deixá-lo expresso na futura Constituição brasileira? Isto é: declarar aí que o Estado não intervirá na intimidade das relações familiares, senão quando a sua ação se revelar absolutamente imprescindível para salvar direitos gravemente ameaçados?

3. *Princípio da igualdade entre o homem e a mulher*

Na vigente Constituição do Brasil não há qualquer formulação quanto à igualdade de direitos entre o homem e a mulher. No Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos a declaração existe. Só que, ao contrário do que ocorre na Lei Fundamental de Bonn, não está contida na enunciação dos direitos fundamentais, senão no capítulo sobre a família, inscrito este no Título V, *Da Ordem Social*.

Aqui, por mais de um motivo, seria útil considerar a solução federal-alemã.

É verdade que na Lei Fundamental de Bonn também as disposições sobre casamento e família estão no compartimento dos *direitos fundamentais*. A matéria, portanto, não está cindida em dois campos autônomos. Trazer, no caso brasileiro, a formulação do princípio da igualdade para o capítulo dos direitos e garantias fundamentais teria a conseqüência de distanciar as duas ordens de determinações. Seria isso vantajoso? Ou conviria, para acompanhar, nos resultados, a Lei Fundamental de Bonn, transferir as disposições sobre a família para o capítulo dos direitos e garantias fundamentais? É da tradição constitucional brasileira, desde a Carta de 1934, reservar um capítulo para as normas relativas à família (4). Não há qualquer razão consistente para se abandonar essa prática. Nem há inconvenientes em que o princípio da igualdade entre o homem e a mulher tenha a sua sede topográfica fora do capítulo referente à família. Mais ainda: A manter-se a linha tradicional brasileira, de um capítulo autônomo para a

(3) [BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND]. Bundesverfassungsgericht. Entscheidung: Nr. 658BVerfG — GG Art. 6 I, II; AusIG §§ 9, 10, 12, 13, 15. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*. Bielefeld, Dez. 1979, S. 1002

(4) A Constituição de 1934, a de 1937 e a de 1946 tinham um compartimento exclusivo para a família. A de 1967, bem como a Emenda Constitucional de 1969, optaram por reunir, em um só título, família, educação e cultura.

família, é imperioso que as duas ordens de disposições estejam em compartimentos não só diversos como de amplitudes determinativas diferentes. Em primeiro lugar, porque não é apenas no casamento e na família que importa estabelecer a igualdade de direitos, senão também, amplamente, no mais que constitui a vida política, social e profissional. Depois, inserido o princípio da igualdade de direitos entre o homem e a mulher ao lado do princípio geral da isonomia, caracteriza-se melhor um em confronto com o outro, segundo graus variados e possíveis de determinação. No caso da Lei Fundamental de Bonn, em um mesmo artigo o de n.º 3, prescrevem-se três ordens distintas de igualdade: a igualdade universal perante a lei, ou princípio geral de isonomia (alínea 1); a igualdade de direitos entre o homem e a mulher (alínea 2) e a proibição de restrições ou privilégios em razão de sexo, descendência, raça, língua e origem, crença, opinião religiosa ou política (alínea 3). A simples regra hermenêutica, segundo a qual a lei não contém palavras ociosas, leva a concluir-se, com GERNHUBER, que o princípio da igualdade de direitos entre o homem e a mulher não configura mera aplicação do princípio geral da isonomia à diferença de sexos. Encerra aquele, antes, *uma proibição absoluta de diferenciação* (5). Convirá que esse venha a ser também o entendimento no caso brasileiro.

4. Casamento e concubinato

Matéria a cujo respeito a reflexão brasileira parece ainda muito pobre é a atitude constitucional diante do concubinato.

O Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos abre o capítulo da família com a seguinte prescrição:

“Art. 362. A família, constituída pelo casamento ou por uniões estáveis, baseada na igualdade entre o homem e a mulher, terá a proteção do Estado.

Parágrafo único. Além de assegurar assistência à família, a lei coibirá a violência na constância das relações familiares e o abandono dos filhos menores.”

Este artigo suscita duas questões da maior relevância. Na medida em que, desviando-se agora da tradição brasileira, admite o concubinato como instrumento de fundação da família constitucionalmente protegida, a disposição o poderá estar elevando ao nível de uma garantia institucional, uma

(5) GERNHUBER, Joachim. *Lehrbuch des Familienrechts*. 3. Aufl., München, C. H. Beck, 1980, S. 55-6.

Institutsgarantie, para usar a denominação técnica em língua alemã. Embora o texto, em rigor, só empreste proteção à família, enquanto tal, poderá não parecer absurda uma exegese que, inspirada na designação expressa do concubinato como forma apta de constituição da família, lhe venha a atribuir foros de instituto privilegiado pela Lei Maior. O risco mais grave, porém — e esta é a segunda questão —, consistirá em que as entidades apontadas — *casamento e união estável* — não tenham, nem um nem outra, qualquer *status* constitucional e se interpretem apenas como formas que a lei reconhece para formação da família.

A opção do Anteprojeto merece detido exame. Está-se confundindo, talvez, a proteção que as leis ordinárias — especialmente as de natureza previdenciária — e a jurisprudência atribuem às pessoas que vivem em comunhão de fato — proteção que deve continuar — e o reconhecimento de uma forma legalmente definida e privilegiada de constituição da família. Conforme observa GERNHUBER, “da especial proteção de uma forma de vida até a injuridicidade de todas as formas concorrentes há um amplo caminho” (6). Não se pretende aqui, de modo algum, que seja o caso de reprimir o concubinato. Afinal, não é disso que se trata, senão de reconhecer que o concubinato não é um modelo ideal de constituição da família. Quando se fala de proteção da família, no texto constitucional, tem-se em vista instituição social relevante. Daí o poder de se definir, a par de outros elementos, como tal instituição se forma. O concubinato, ao contrário, nesse contexto não é mais do que mera possibilidade, inscrita na esfera particular de conduta dos cidadãos. Sobre ele a Constituição deve calar, de preferência a dispor.

Também aqui vale o exemplo que vem da República Federal da Alemanha: O casamento civil é ali o instrumento único de instituição da família que goza de proteção constitucional. Não se segue daí que se condenem, ainda que implicitamente, as uniões livres. A este respeito é clara a lição de ZEIDLER: “O apoio ao casamento e à família, através da ação estatal, é de se atribuir sob forma positiva em benefício deles. E não em termos negativos, através da repressão ou do sacrifício de outras maneiras de viver ou de comportar-se. A isso se opõem o preceito da tolerância e o princípio constitucional do livre desenvolvimento da personalidade, na medida em que não intervém a tríade limitativa do art. 2, alínea 1, da Lei Fundamental. O conceito constitucional de moralidade ali contido não se deve compreender, neste contexto, como um princípio transcendental-religioso, senão no mero sentido de um comportamento compatível com o bem geral” (7). ZEIDLER, porém, exclui, claramente, que o privilegiar,

(6) *Op. cit.*, S. 36.

(7) ZEIDLER, Wolfgang. *Ehe und Familie*. In: BENDA, Ernst et alii (Hrsg.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Berlin, Gruyter, 1983, S. 580, nota omitida.

mesmo indireto, das uniões livres seja compatível com a "tendência" do art. 6, alínea 1, da Lei Fundamental. Sustenta, antes, exatamente o contrário: "Casamento e família têm, neste contexto, uma pretensão ao maior favorecimento" (8).

A Constituição é, por excelência, o projeto de realização histórica da Nação. Aí devem estar expressas, com determinação e coragem, as opções fundamentais do povo. Ora, com toda a deferência, compreensão e tolerância que se devem às pessoas que vivem em regime concubinário — seja porque lhes faltam condições para contrair casamento, seja porque diretamente o repelem —, este continua sendo, em nossa cultura, a expressão paradigmática de fundação da família. Parecerá antes um retrocesso que um avanço o fato de a Constituição não o reconhecer.

Voltando à Alemanha, pode ser útil recordar alguns aspectos históricos na formação do princípio de proteção constitucional ao casamento e à família. Ao analisar a história do instituto, especialmente na Constituição de Weimar, SCHWAB refere-se a alterações de estrutura da família diante das quais não cabe neutralidade dos direitos fundamentais. Daí os limites constitucionais ao legislador ordinário em matéria de política familiar. Ainda segundo SCHWAB, os movimentos do século XIX, inspirados na conservação da família, tinham a consciência dos riscos a que ela própria e o casamento se expunham, "riscos não tanto pela mudança social (que, constitucionalmente, também não pode, em absoluto, ser evitada), como através de contratos e programas sociais" (9).

Tanto no caso da Constituição de Weimar, como no da Lei Fundamental de Bonn, o temor pela sorte futura do casamento e da família estava sustentado por circunstâncias políticas muito próximas: em 1919 pela recém-implantada revolução bolchevista na Europa; em 1949 pela experiência traumática do nacional-socialismo (10). Nos horizontes atuais do Brasil não se vislumbra, é certo, nada de semelhante. Mas a *constitucionalização* do concubinato representa igualmente um risco grave para o casamento civil. Logo já não se perceberá mais sentido em que o Código Civil estabeleça um processo de habilitação ao casamento, em que defina impedimentos matrimoniais e comine sanções à sua inobservância. Afinal, o casamento terá deixado de ser o instituto por excelência que a sociedade bra-

(8) Op. cit., S. 583.

(9) SCHWAB, Dieter. Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie. In: HABSCHEID, Walther J. et alii (Hrsg.). *Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch*. Bielefeld, Gieseking, 1976, S. 906-7. Cf. também SCHWAB, Dieter. *Familienrecht*. 3. Aufl., München, C.H. Beck, 1984, S. 6.

(10) Cf. SCHWAB. Zur Geschichte..., cit., S. 894; LECHER, Helmut. Der Schutz der Familie. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Bielefeld, Jan. 1979, S. 5.

sileira, fortemente ancorada nos valores da cultura ocidental, havia preordenado à fundação da família. E como é do próprio ser do concubinato refugir ao controle do Estado, *ter-se-ão* que admitir, ao nível eminente da proteção constitucional, uniões de bigamos, de menores impúberes e de irmãos entre si, de pai e filha ou mãe e filho etc., desde que *estáveis*.

Não é o caso de rastrear, aqui e agora, as razões que inspiraram a Comissão Afonso Arinos a elevar o concubinato às honras do altar constitucional. É certo, todavia, que há em torno da figura um halo de romantismo. Seus traços de espontaneidade e sua formação à margem do sistema jurídico oficial fazem dele um produto típico da sociedade civil. Ideal, portanto, para se contrapor ao Estado, na criação homóloga do casamento, em hora de forte reafirmação democrática. Guardadas as devidas diferenças, o fim do regime de 1964 representa para o constituinte brasileiro de agora o que representou para o constituinte de Weimar o advento do socialismo comunista na Europa e para o constituinte de Bonn o encerramento do ciclo nacional-socialista no seu próprio país.

A idealização do concubinato entre nós, porém, pode ser um fruto antes da emoção que da razão. A prática da união livre — ao que tudo indica, tão amplamente disseminada no País — não exprime, a uma análise mais detida, rejeição refletida do casamento civil, senão, provavelmente, a indigência econômica e o subdesenvolvimento cultural de imensos contingentes da população brasileira. A propósito, SCHMIDT-RELENBERG levanta a tese de que cada grupo social adota as formas de união e de família que correspondem “ao estágio de desenvolvimento de seus modos de produção e de seus padrões culturais”. O casamento, assim como na sociedade pré-industrial era um privilégio dos que dispunham de posses, é hoje material e formalmente dispensável para uma grande parte da população: os assalariados. “No terceiro mundo”, acrescenta SCHMIDT-RELENBERG, “os pobres, na sua imensa maioria, não são casados, inclusive na católica América Latina, onde muitas pessoas vivem em união livre”. Em seguida, descreve, com absoluta precisão, este quadro tão de nós conhecido: “E isto [a união livre] faz-se e desfaz-se, como vem e vai, sobretudo como o homem vem e vai; a mulher fica lá assentada com os filhos das diferentes *uniões livres*” (11).

Mas, se correta a interpretação de que o concubinato no Brasil é, antes que tudo, decorrência de pressões econômicas, não seria esta, precisamente, uma razão para alçá-lo à condição de modo regular de formação

(11) SCHMIDT-RELENBERG, Norbert. *Wandlungen des Eheverständnisses*. In: DEUTSCHER FAMILIENGERICHTSTAG (Hrsg.). *Vierter Deutscher Familiengerichtstag*. Bielefeld, Gleseking, 1982, S. 15-6.

da família? Aqui cabe uma opção radical: A Constituição do Estado deve limitar-se a reproduzir as relações de fato vigentes no aglomerado político ou dela se espera que formule o projeto ideal da Nação? (12) Sem se deixar cair nas malhas enganadoras de um normativismo essencialista, que, como tal, teime em desconhecer a realidade social efetiva, seria negar ao direito o papel de instrumento do progresso, se um sadio idealismo não se aninhasse nas leis, sobretudo naquela que é, por tradição e consenso, a regra básica da convivência política. Sem investimento utópico pode-se fazer sociologia, mas não se fará direito.

5. *Igualdade entre filhos matrimoniais e filhos não-matrimoniais*

Há, salvo melhor juízo, um equívoco no Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos quando procura eliminar a discriminação contra os filhos não-matrimoniais. O § 1.º do art. 363 diz, com efeito:

“Os filhos havidos dentro ou fora do casamento terão iguais direitos e qualificações.”

Ora, que tenham, em princípio, iguais *direitos* é justo e desejável. Agora, que tenham iguais *qualificações* só será possível se se abolir qualquer distinção entre *casamento e não-casamento*, extremo a que o Anteprojeto, parece, não pretendeu chegar.

Mesmo uma igualdade de direitos não pode ser entendida aqui de modo absoluto, senão na medida em que compatível com outros valores que a própria Constituição assegure. Assim, por exemplo, não se deve pretender que o filho não-matrimonial, menor, tenha o direito subjetivo de viver em companhia de seu pai, se este estiver casado com mulher que não a mãe do menor e ela se opuser à sua admissão no lar comum. O contrário seria uma intromissão intolerável na esfera da intimidade conjugal. Vê-se, de resto, aqui, como estão proximamente ligados o tema da filiação não-matrimonial e o grau de interesse constitucional pelo casamento. Como quer que seja, há, finalmente, obstáculos a bem dizer intransponíveis para a execução prática da igualdade entre filhos matrimoniais e filhos não-matrimoniais, em geral. HECKEL sustenta a opinião de que “em sentido literal é quase irrealizável” o mandamento constitucional do art. 6, alínea 5, da Lei Fundamental de Bonn, no sentido de que sejam proporcionadas aos filhos matrimoniais e aos não-matrimoniais “as mesmas

(12) Sobre esta questão, em sentido mais amplo, cf. BOCKELMANN, Paul et alii. *Das Rechtswesen — Lenker oder Spiegel der Gesellschaft?* München, Piper, 1971 (c).

condições para o seu desenvolvimento corporal e espiritual e sua posição na sociedade”. Uma formulação mais realística parece-lhe a do art. 18 da Constituição do antigo Estado de Württemberg-Baden: “Na vida profissional e na pública, filhos matrimoniais e não-matrimoniais estão em igualdade” (13).

O equívoco do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos está em confundir *igualdade de condições* com *igualdade de direitos e qualificações*. Aos filhos não-matrimoniais deve-se garantir igualdade de condições com os matrimoniais, tal como se determina na Lei Fundamental de Bonn (art. 6, alínea 5), e, tanto quanto possível, igualdade de direitos, o que, decididamente, não é pouco. Para que tenham as mesmas qualificações ter-se-ia que eliminar as barreiras conceituais que definem o casamento (14).

Não é mais feliz, no particular, o Anteprojeto de Constituição do Prof. Fábio Konder Comparato:

“Art. 39 — A todos é assegurada a liberdade de procriação e educação dos filhos, observados os deveres gerais impostos por lei. Não haverá distinção de estado familiar nem de direito sucessório entre filhos legítimos e os concebidos fora do casamento.
Parágrafo único — [...]”

Trata-se, na verdade, de uma abordagem ainda mais criticável. Porque se trabalha aqui com o conceito de *legitimidade*, aplicado aos filhos matrimoniais, acabou-se tendo de recorrer a uma perífrase, com o indissociável propósito de evitar o termo *ilegítimos* para os não-matrimoniais. Indisfarçável mas inútil, porque chamar de *legítimos* aos filhos nascidos de casamento equivale a admitir que os nascidos fora se designem por *ilegítimos*...

É certo que a discriminação pode manifestar-se também ao nível da linguagem, e, sem dúvida, os anteprojetos estiveram, com justa razão, atentos a este aspecto. A solução, que não pode evidentemente ultrapassar os limites da língua, está em procurar expressões tão neutras quanto pos-

(13) HECKEL, Hans. *Einführung in das Ehe — und Familienrecht*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1981, S. 104. BEITZKE observa que uma “igualdade jurídica completa” importaria aqui “uma depreciação da família”, além de não levar em conta a circunstância de que, em regra, filhos matrimoniais e filhos não-matrimoniais crescem sob condições sociológicas diversas: BEITZKE, Günther. *Familienrecht*. 24. Aufl., München, C.H. Beck, 1985, S. 8.

(14) A palavra *qualificações* tem, sabidamente, outros sentidos além do de atribuir *qualidades* ou predicados. Já o contexto exclui, entretanto, uma parcela do conteúdo semântico possível. As significações que remanescem têm, todas elas, algo a ver com *designação*. O Anteprojeto, ao usar o termo *qualificações*, pode ter querido indicar a proibição de que se faça constar, nos registros do estado civil, a origem (matrimonial ou não-matrimonial) da filiação. A ser assim, a redação terá deixado muito a desejar.

sível e que, portanto, não veiculem, ou não veiculem além do inevitável, juízo de valor quanto à natureza da filiação. Aqui também convém considerar a contribuição alemã. A Constituição de Weimar, assim como a Lei Fundamental de Bonn, usaram as expressões *ehelich* e *unehelich*, literal e respectivamente *matrimonial* e *não-matrimonial*, enquanto a Constituição da República Democrática Alemã, de 7 de outubro de 1949, deslocando o assento da pessoa para o fato, optou por *außereheliche Geburt*, isto é, *nascimento extramatrimonial* (15). Em vez de *unehelich* para *não-matrimonial*, na República Federal da Alemanha a Lei da Filiação Não-Matrimonial, de 19 de agosto de 1969, em vigor desde 1.º de julho de 1970, empregou *nichtehelich*, empenhada em alcançar maior teor de neutralidade. Sobre o motivo da substituição, esclarece, com efeito, GERNHUBER: “Trocou-se a palavra porque o prefixo ‘un’ conteria algo de depreciativo (ainda que se possa demonstrar a ocorrência de casos suficientes de emprego axiológico neutro), enquanto o prefixo ‘nicht’ não iria além de uma simples negação” (16). Em português, enfim e semelhantemente, parece não existir possibilidades maiores ou melhores que as correspondentes designações *matrimonial* e *não-matrimonial*. *Extramatrimonial* será menos indicado: sugere a existência de um casamento, fora do qual o filho foi concebido. Não cobre, portanto, todas as hipóteses de não-matrimonialidade.

6. Determinações programáticas e determinações auto-executórias

Advertida possivelmente por uma suposta ou efetiva inoperância das enunciações programáticas, a Comissão Afonso Arinos inscreveu no capítulo dos direitos e garantias fundamentais do seu Anteprojeto a determinação seguinte:

“Art. 10. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.

§ 1.º Na falta ou omissão da lei, o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional.

(15) Na mesma linha, a Lei de Introdução ao Código de Família da República Democrática Alemã, de 20 de dezembro de 1965, fala em filho nascido “fora do casamento” (*ausserhalb der Ehe*) e filho nascido “durante o casamento” (*während der Ehe*): Cf. EGFGB, § 9. Segundo BEYER, preconceitos e discriminação contra o filho nascido fora do casamento deixaram de existir na República Democrática Alemã. Assim, a Constituição socialista de 6 de abril de 1968 pôde dispensar-se, no capítulo dos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos, de especiais disposições concernentes à eliminação de reservas contra o nascer fora do casamento: Cf. BEYER, Karl-Heinz. §§ 54-63 FGB. In: BEYER, Karl-Heinz et alii. *Das Familienrecht der DDR*. 4. Aufl., Berlin, Staatsverlag der DDR, 1973, S. 223.

(16) *Op. cit.*, S. 873.

§ 2.º Verificando a inexistência ou omissão da lei, que inviabilize a plenitude da eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição da norma que venha a suprir a falta.”

Também na Lei Fundamental de Bonn os direitos fundamentais contidos nos artigos 2 e seguintes têm caráter auto-executório, *verbis*:

“Os direitos fundamentais seguintes vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como direito imediatamente vigente” (art. 1, alínea 3).

Conquanto a norma programática não possa ser vista como um mero enunciado de intenção, estando, ao contrário, dotada de força vinculativa, quer sobre a ação do legislador, quer sobre as operações hermenêuticas, como, já no regime da Constituição de Weimar ensinava ANSCHÜTZ⁽¹⁷⁾, há na determinação do anteprojeto uma preocupação saudável. Saudável mas perigosa.

Cabe recordar, a propósito, a evolução que se produziu, na Alemanha, da Constituição de Weimar para a Lei Fundamental de Bonn, no que respeita ao princípio da igualdade de sexos. A Constituição de Weimar estabelecia no art. 119, *in fine*, em caráter programático. A Lei Fundamental fê-lo no art. 3, alínea 2, em caráter auto-executório. Mas como o princípio, por isso mesmo que princípio, não se autotranspõe para o *corpus* da legislação comum, a sua adoção, quer em um caso, quer em outro, traduziu-se em *mandato* ao legislador ordinário: na primeira hipótese, para estabelecer (*festsustellen*) a igualdade; na segunda, para executá-la (*durchzuführen*), como bem observou SCHMIDT-HORIX⁽¹⁸⁾.

Ocorre que, ao tomar a decisão de mandar ao legislador ordinário que executasse a igualdade, o constituinte de Bonn teve o bom senso de reconhecer que a tarefa demandava tempo e, assim, assinou-lhe um prazo, até a expiração do qual continuariam em vigor as normas que se opunham ao princípio. Por outro lado, a imediatidade de vigência dos direitos fundamentais na República Federal da Alemanha ficava também equilibrada pelo recurso ao conceito de *discrição legislativa* (*gesetzgeberisches Ermessen*), em faltando a aposição de prazo, como no caso do art. 6, alínea 5, isto é,

(17) Cf. ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die Verfassung des deutschen Reichs*. Nachdr. der 14. Aufl., Bad Homburg vor der Höhe, Gentner, 1960, S. 560.

(18) Cf. SCHMIDT-HORIX, Hans. *Das eheliche Güterrecht in Deutschland und Norwegen*. [O.O.Dr.], 1981, S. 16.

da igualdade entre filhos matrimoniais e não-matrimoniais⁽¹⁹⁾. Para a execução do princípio da igualdade entre os sexos, o prazo ia, pelo art. 117, alínea 1, inscrito nas disposições transitórias e finais da Carta de Bonn, até 31 de março de 1953. Sabe-se que não foi observado. E em 18 de dezembro de 1953 a Corte Constitucional Federal decidiu que todas as regras do direito alemão que não estivessem em harmonia com o princípio da absoluta igualdade entre os sexos tinham perdido o vigor no dia 1.º de abril daquele ano e que, à míngua de novos preceitos, competiria aos tribunais construir as soluções congruentes com a norma da Lei Fundamental⁽²⁰⁾. Foi somente com a Lei da Igualdade de Direitos (*Gleichberechtigungsgesetz*), de 18 de junho de 1957, em vigor a partir de 1.º de julho de 1958, que se consumou a primeira tentativa por parte do legislador ordinário de adaptação ao princípio constitucional.

Atenta a experiência alemã, seria sensato proceder como recomenda o Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos? Certamente não. A prevalecer o que nele se contém — e mesmo só ficando no direito de família —, perderiam o vigor, da noite para o dia, inúmeras regras onde se contraria o princípio da igualdade. Abrir-se-iam imensos claros na legislação, que seriam preenchidos com soluções judiciais *ad hoc*, só por coincidência uniformes. Estabelecer-se-ia a incerteza do direito e, por causa dela, a insegurança das partes. A multiplicação das ações e dos recursos seria inevitável e poderia alcançar níveis inquietantes.

Portanto, o que cumpre é manter, sim, o caráter auto-executório do princípio, mas assegurar um prazo razoável para a sua implantação. E não seria o caso de se preferir aqui à fixação do prazo a subordinação da matéria ao princípio da discricção legislativa? Na hipótese da igualdade entre filhos matrimoniais e não-matrimoniais, em que na República Federal da Alemanha, como se viu, não houve estabelecimento de prazo para execução do mandato constitucional, a motivação do legislador e a realidade subsequente também nos servem de lição. “Uma determinação cronológica não se produziu”, explica JUNKER, “porque o constituinte partiu da hipótese de uma execução ‘espontânea’ em tempo oportuno”. E logo acrescenta: “Esta avaliação revelou-se falsa no tempo que se seguiu⁽²¹⁾. O melhor, pois, será a instituição do prazo expresso. Um prazo, de resto, mais sobre o longo do que para o breve. Tais precauções devem impedir que a solução, bem inspirada na origem, não se revele desastrosa na aplicação.

(19) Cf. JUNKER, Helmut. *Die verfassungsrechtliche Stellung des unehelichen Kindes in der BRD*. Bonn, [o.Dr.], 1964, S. 34-5.

(20) Cf. RHEINSTEIN, Max. *Gesammelte Schriften*. Bd. 2, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1979, S. 220.

(21) *Op. cit.*, S. 32.