

10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL

APLICAÇÃO, ACERTOS, DESACERTOS E NOVOS RUMOS

LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultado da participação no evento promovido entre os dias 29 e 30 de março, pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, tendo por tema “10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL - APLICAÇÃO, ACERTOS, DESACERTOS E NOVOS RUMOS”.

O evento compreendeu a realização de um conjunto de palestras, ao longo das quais foram colhidas brilhantes manifestações de renomados palestrantes, sendo ouvidas importantes autoridades e juristas, que debateram com a assistência sobre os mais diversos temas que foram objeto de discussão, assim ordenados: LEGALIDADE E EFICÁCIA CONSTITUCIONAL NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL, A POSSE DOS IMÓVEIS COMO INSTRUMENTO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS E AS LIMITAÇÕES AMBIENTAIS, APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E CLÁUSULAS GERAIS NAS RELAÇÕES NEGOCIAS E REAIS IMOBILIÁRIAS, FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS NA LEGALIDADE CIVIL-CONSTITUCIONAL, O CÓDIGO CIVIL E A DEFESA DO CONSUMIDOR, CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES, DAS EMPRESAS INDIVIDUAIS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA e, finalmente, A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS DEZ ANOS DA CODIFICAÇÃO CIVIL NA CONSTRUÇÃO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

¹ Juiz de Direito de Entrância Especial - Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital.

Assim, o presente trabalho contém uma modestíssima abordagem sobre um dos temas enfrentados, “famílias contemporâneas na legalidade civil-constitucional”, por envolver matéria sobre a qual o subscritor vem atuando na presidência do Juízo da Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.

Trata-se, pois, de relatório contendo apenas uma visão da matéria, sob a ótica do novo ordenamento e da doutrina que discorre sobre o tema, expondo algumas impressões reputadas de relevo sobre pontos que mereceram destaque, ao modesto juízo do subscritor, simples e despretensiosas ponderações em torno da união homoafetiva e casamento entre pessoas do mesmo sexo, assim distribuído: introdução, a união estável entre homem e mulher na disciplina da lei, a extensão dos efeitos da união estável sobre a união homoafetiva na visão do Supremo Tribunal Federal, o casamento entre homem e mulher na disciplina da lei, e o casamento entre pessoas do mesmo sexo na visão da doutrina e dos tribunais, e, finalmente, a conclusão.

DESENVOLVIMENTO

A União Estável entre o homem e a mulher na disciplina da lei.

Historicamente, no Brasil, a união entre o homem e a mulher, fora do casamento civil, passou por etapas bem definidas, desde o simples reconhecimento dos efeitos remuneratórios atribuídos à atividade doméstica exercida pela mulher, passando pelo reconhecimento da divisão de bens adquiridos mediante esforço comum durante a união do casal, dando ensejo à edição da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal (*“comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”*), até atingir o atual estágio, no qual a própria Constituição Federal, no capítulo VII, ao cuidar da Família, reconheceu a união estável **entre o homem e a mulher** como entidade familiar, determinando a facilitação da sua conversão em casamento pela Lei (art. 226, § 3º), garantindo-lhe a proteção do Estado, dando origem à Lei 9.278/96, que, após encará-la como entidade

familiar, conceituou a união estável como a convivência duradoura, pública e contínua, de **um homem e uma mulher**, estabelecida com objetivo de constituição de família; previu os direitos e deveres dos conviventes, o regime dos bens adquiridos pelos mesmos na constância da união, inclusive a forma de sua administração e da dissolução da união, além da possibilidade da sua conversão em casamento.

A título de curiosidade, conforme nos informa José Afonso da Silva, em seu “Comentário Contextual À Constituição”, a expressão união estável veio do anteprojeto de Constituição, elaborado pela Comissão Provisória denominada por Comissão “Afonso Arinos”, e foi criada pelo Padre Fernando Bastos D’Ávilla, da área mais progressista da Igreja Católica, quando se encontravam os seus integrantes no Plenário da Comissão, buscando uma forma de reconhecimento constitucional das uniões familiares de fato, de modo a distingui-la da expressão pejorativa conhecida como concubinato.

Mas a Lei 9.276/96 sucumbiria em pouquíssimo tempo, com a edição do novo Código Civil brasileiro, que entrou em vigor com a Lei 10.406, de 10.01.2002, após o período de *vacatio*, passando a matéria a ser disciplinada entre os artigos 1.723 a 1727.

A primeira disposição quase que repetiu o conceito contido no diploma revogado, mantendo, inclusive, a referência à união entre o homem e a mulher, sem a preocupação com seu aperfeiçoamento, na medida em que manteve a expressão “estabelecida com objetivo de constituição de família”, destoando da Constituição Federal, por assim dizer, na medida em que, para a Constituição, a configuração da união estável depende da mera situação de fato, independentemente da intenção dos conviventes.

O novo diploma legal prevê, então, os deveres dos companheiros, entre si e para com os filhos comuns, e o regime de bens, impedimentos à caracterização do instituto, além da possibilidade da conversão da união estável em casamento. Também a distinguiu do concubinato e nada mais.

Percorreram-se décadas durante as quais foram travadas grandes discussões no seio dos tribunais brasileiros e também na doutrina, proporcionando o amadurecimento das ideias, culminando pela normati-

zação do fenômeno social pelo legislador, sensibilizado pela realidade já consolidada no seio social, dando origem à regulação da união estável **entre o homem e a mulher**, fora do casamento civil.

Mera reprodução de antigo fenômeno sociojurídico, configurado pela positivação das condutas já arraigadas pela coletividade e percebidas pelo legislador.

No entanto, em recentíssima decisão, o Supremo Tribunal Federal, numa só penada, na relatoria do Ministro Celso de Mello, no julgamento do Recurso Extraordinário 477554 - Agr/MG., ao interpretar o ordenamento jurídico, sobretudo nos seus aspectos constitucionais, concluiu por estender à união homoafetiva, ou seja, união entre pessoas do mesmo sexo, os efeitos legais atribuídos à união estável constituída entre o homem e a mulher, entre pessoas de sexos opostos, portanto e, tendo em vista o caráter *erga omnes* conferido pela lei, perdeu sentido qualquer discussão em torno da licitude da denominada união homoafetiva, sendo certo que nenhuma referência expressa foi lançada sobre a licitude de casamento civil entre pessoas de mesmo sexo.

Com todas as vênias, não obstante o brilhantismo e a erudição do julgado, talvez tenha havido precipitação pela iniciativa, antecipando-se ao legislador e interrompendo o processo natural de evolução das ideias entre as diversas camadas sociais, sobre tema de intensa relevância e complexidade, gerando certa perplexidade.

Por sua vez, o casamento é instituto que se inclui entre os mais antigos institutos da história do Direito, e, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 dele cuidou apenas para determinar a gratuidade da sua celebração, bem como para admitir o efeito civil ao casamento religioso e a possibilidade da sua dissolução pelo divórcio no seu art. 226, destacando-se o correspondente parágrafo quinto, segundo o qual os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente **pelo homem e pela mulher**.

Já o Código Civil, sem a preocupação de conferir-lhe um conceito, regulou extensamente o casamento, em seu Livro IV, ao tratar “Do Direito de Família” a partir do art. 1.511, distribuindo o tema em onze capítulos, iniciando pelas disposições gerais, regulamentando especificamente, outrossim, a capacidade para o casamento, os impedimentos, as causas

suspensivas, o processo de habilitação para o casamento, a celebração do casamento, as provas do casamento, a invalidade do casamento, a eficácia do casamento, a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal e, finalmente, a proteção da pessoa dos filhos, destacando as disposições do art. 1.514, segundo as quais o casamento se realiza no momento em que **o homem e a mulher** manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Em recentíssima decisão proferida pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento por maioria de votos, foi autorizada a realização de casamento entre pessoas de mesmo sexo, como igualmente se manifestou o Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em decisão proferida pela 8ª Câmara Cível.

Em doutrina, são verificadas posições favoráveis e desfavoráveis, e entre os que, se posicionam contra o casamento de pessoas de mesmo sexo, vale citar Silvio Rodrigues, Orlando Gomes e Virgílio Sá Pereira, além de Arnaldo Rizzardo, Antonio Carlos Mathias Coltro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Tereza Cristina Monteiro Mafra.

Na obra **Direito de Família**, Ed. Forense, p.55, 3ª Edição, o Professor Arnaldo Rizzardo, assim se pronuncia sobre o tema²:

“(...) tem relevância, neste momento, a diversidade de sexo, aspecto que vem preocupando alguns sociólogos, humanistas e psicólogos mais ávidos de novidades e sensacionalismos, mas sem maiores ressonâncias ou efeitos práticos. Mesmo que emasculada a pessoa de sexo masculino e passe a identificar-se por um caráter, hábitos, comportamento, impulso sexual e sensibilidade nitidamente femininos, jamais se retirará dela o ser androgenóico masculino. Se afiguráveis anomalias nos aspectos externos secundários, e acentuados ou implantados atributos e órgãos femininos por intervenção cirúrgica, isto não importa em introduzir no ser humano órgãos genitais internos, como útero e ovários. Daí conceber-se como impossível a união matrimonial de duas pessoas do mesmo sexo.”

² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 3ª Edição, Ed. Forense, 2005, p.55.

Já Antonio Carlos Mathias Coltro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Tereza Cristina Monteiro Mafra, se posicionam favoravelmente à união homoafetiva, opondo-se, porém, ao casamento entre pessoas de mesmo sexo, sem prévia alteração legal.

Assim, em a obra “Comentários ao Novo Código Civil, da Ed. Forense, edição de 2005, se manifestaram nos seguintes termos, *verbis*: “(...) **A proteção legal às relações entre pessoas do mesmo sexo já começou a ser discutida, tendo contado com um projeto de lei, no Congresso, de autoria da então deputada Marta Suplicy, que foi arquivado. Mas, à semelhança da lei francesa (PACS – *pacte civil de solidarité*), a proteção se daria no âmbito do direito obrigacional, não se lhes atribuindo natureza de entidade familiar, pois no direito francês, a maior parte dos autores consultados, fazendo menção a decisões dos tribunais, não reconhece o concubinato homossexual. Assim, no direito brasileiro, a diversidade de sexos é elemento essencial, situando-se, pois, no plano da existência para configuração jurídica do casamento. No entanto, com isso, não se pretende desprestigiar ou recusar efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Apenas, no direito brasileiro, por enquanto, não se lhes reconhece o enquadramento jurídico como casamento. É importante esclarecer que nos países nórdicos, precursores na regulamentação de uniões homoafetivas, o tratamento legal não equivale a casamento, mas, sim, à atribuição de efeitos jurídicos semelhantes a essa modalidade de relacionamento. A Dinamarca foi o primeiro país a legislar sobre a matéria. Em 1930, os atos homossexuais foram descriminalizados e, em 1986, alguns direitos sucessórios passaram a ser reconhecidos. Em 07.06.1989, a Lei nº 372 autorizou o registro da parceria entre pessoas do mesmo sexo que, com**

poucas exceções, confere-lhes os mesmos direitos do casamento dinamarquês, exigindo, porém, dois requisitos: um ou ambos terem residências permanente ou nacionalidade dinamarquesa. A Noruega, pela Lei nº 40, de 30.04.1993, disciplinou o *Registro de Parceria de Casais Homossexuais*, conferindo aos parceiros, à semelhança dos casados, cotitularidade do direito de propriedade dos bens adquiridos durante a vida em comum. A Suécia, em 1994, promulgou lei permitindo o registro de parceria entre pessoas do mesmo sexo, que pode ser formalizado na Prefeitura ou Câmara Municipal. Na Finlândia, embora tenha sido apresentado um projeto em 1996, houve rejeição pelo Parlamento. Já nos Estados Unidos, merecem referência a lei do Estado de Vermont, de abril de 2000, por reconhecer, expressamente, caráter familiar às uniões civis, e São Francisco que está autorizando registros das parcerias homossexuais. A Alemanha, em 2001, promulgou lei regulamentando as parcerias homossexuais e permitindo seu registro. Finalmente, em uma abordagem mais liberal, deve ser lembrada a Holanda e seu *Act on the Opening up of Marriage*, que especificamente estende aos relacionamentos homoafetivos a possibilidade de casamento. No Brasil, à luz dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, não se pode recusar, a priori, às uniões homoafetivas, a possibilidade de enquadramento jurídico como entidades familiares, mediante construção civil-constitucional própria. Entretanto, o enquadramento jurídico dessas uniões, como casamento, ainda não é possível, pois dependeria de uma reforma constitucional e subsequente regulamentação”. (grifo nosso)³

³ - COLTRO, Antonio Carlos Mathias, MAFRA, Tereza Cristina Monteiro, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *Comentários ao Novo Código Civil*, 2ª Edição, Ed. Forense, 2005, p. 215/217.

Conforme se pode verificar pela manifestação supra, ainda que em prestígio dos princípios da igualdade e da dignidade humanas, sob a visão da referida doutrina, não seria jurídico, segundo a atual ordem jurídica, o reconhecimento da licitude do casamento entre pessoas de mesmo sexo.

CONCLUSÃO

Entre acertos e desacertos na aplicação do novel ordenamento jurídico, de ver-se que ambas as questões, que envolvem as uniões entre pessoas de mesmo sexo, revelam-se de altíssima complexidade e, independentemente da posição adotada, creio que mais adequado seria agir como fizeram alguns países, como a Inglaterra e a Argentina, promovendo alterações em seus ordenamentos, revelando-se precipitada e arriscada a iniciativa de setores importantes do Poder Judiciário. Arriscada pela possibilidade de traduzir-se em insegurança, instabilidade jurídica e, precipitada, por imiscuir-se em função que não lhe é própria.

Em última análise, aguardar a iniciativa legislativa seria, talvez, a atitude prudente, principalmente em virtude da indispensabilidade e resguardo da repartição dos Poderes de Estado, sob a qual ao Poder Legislativo é atribuída com independência a função de legislar, único ao qual o povo, em cujo nome o poder é exercido, delegou a tarefa de criação das normas jurídicas, dotando-o de capacidade de representar a vontade popular, como se verifica na expressão de Montesquieu, *verbis*: “*Pois que em um Estado livre todo homem que se reconhece uma alma livre deve ser governado por si mesmo, necessitaria que o povo em corpo possuísse o poder legislativo; mas assim como isso é impossível nos grandes Estados e é sujeito a muita desordem nos pequenos, ocorre que o povo faça por meio dos seus representantes tudo aquilo que não pode fazer por si próprio.* (Do Espírito das Leis, Livro XI, VI). ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1- Constituição da República Federativa do Brasil de 1998;
- 2- RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005;
- 3- COLTRO, Antonio Carlos Mathias, MAFRA, Tereza Cristina Monteiro, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, **Comentários ao Novo Código Civil**, 2ª Edição, Ed. Forense, 2005;
- 4- AMORIM, José Roberto Neves Amorim e outros, Coordenador, PELUZO, Ministro Cezar, **Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência**, 2ª Edição. São Paulo: Editora Manole Ltda., 2007;
- 5- Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002;
- 6- WALD, Arnaldo, **O novo Direito de Família**, 15ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2004;
- 7- LOUREIRO, Luiz Guilherme, **Registros Públicos - Teoria e Prática**, 2ª Edição, Editora Método, São Paulo, 2011.