

FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS NA LEGALIDADE CIVIL- CONSTITUCIONAL

MARIA DA PENHA NOBRE MAURO¹

A instituição do novo Código Civil (Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002), que teve sua vigência a partir de 11 de janeiro de 2003, trouxe consideráveis mudanças para todos os temas abrangidos pelo nosso ordenamento civil, principalmente no Direito de Família.

Pode-se dizer que a família regulada pelo Código Civil de 1916 era aquela constituída unicamente pelo casamento, possuía modelo patriarcal e era baseada na hierarquia, devido à forte influência do direito canônico em nosso ordenamento jurídico.

Com o advento do Código Civil de 2002, é possível identificar novos elementos a compor essas relações familiares, priorizando-se, antes de qualquer outro valor, a dignidade da pessoa humana.

O consagrado autor Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra **Direito Civil Brasileiro** (São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33), citando Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, explica, a seguir, algumas das transformações ocorridas no Direito de Família:

“A Constituição Federal de 1988 ‘absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos’. Assim, o art. 226 afirma que ‘a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo

¹ Juíza de Direito da 5ª Vara Empresarial - Capital.

várias formas de constituição'. O segundo eixo transformador 'encontra-se no § 6º do art. 277. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento.' A terceira grande evolução situa-se 'nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916.'"

Mas nem todas essas mudanças surgiram quando da elaboração do Novo Código Civil, e muito menos se pode dizer que aí se encerraram. Na verdade, essa evolução vem ocorrendo em etapas, na medida em que a lei, como forma de acompanhar as mudanças que influenciam a sociedade na marcha do tempo, incorpora gradativamente ao seu texto alterações surgidas com a edição de leis especiais.

Antes mesmo do novo ordenamento civil já havia uma crescente necessidade de abandonar os modelos ultrapassados e a urgência em alcançar uma conformidade entre o texto legal e a realidade fática.

É o caso da Lei nº 4.121/1962, conhecida como "Estatuto da Mulher Casada", que banuiu de nosso ordenamento jurídico as discriminações praticadas contra a mulher por esta simples condição.

Já o texto da Emenda Constitucional nº 09, de 1977, excluiu o caráter indissolúvel do casamento, instituindo o divórcio, que veio em seguida a ser regulamentado pela Lei nº 6.515/1977.

Contudo, nenhuma alteração pode ser considerada mais relevante para o Direito de Família brasileiro do que a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, tendo em vista as profundas mudanças que introduziu no conceito de família e o tratamento que passou a dispensar a esta instituição, considerada pelos artigos 226 e seguintes do texto constitucional como base da sociedade.

Criava-se, a partir de então, um novo Direito de Família no Brasil, com fundamento constitucional e foco em um novo conceito de entidade familiar, o qual ampliou as formas de constituição da família, que antes se dava apenas com o casamento, acrescentando-se como entidades familiares a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A par da ampliação do modelo tradicional de família, surgiram também os mecanismos de facilitação da dissolução do casamento, destacando-se a possibilidade de divórcio direto após dois anos de separação de fato, bem como a possibilidade de a separação judicial ser convertida em divórcio após o decurso de um ano.

Pela primeira vez, os direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal foram equiparados.

Pela primeira vez, acabou-se com a desigualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, que passaram a ter assegurados os mesmos direitos e deveres, sendo vedada qualquer discriminação decorrente de sua origem.

Nesse ponto, impende destacar a lição de Alexandre de Moraes, em sua obra **Direito Constitucional** (São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 875), na qual o autor enfatiza essas e outras mudanças implementadas pela Constituição da República Federativa de 1988:

“A partir da fixação do conceito de entidade familiar, a Constituição estabeleceu algumas regras de regência das relações familiares:

- *cabeça do casal: os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher;*
- *dissolução do casamento: o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, sem necessidade, após aprovação da EC nº 66, de 13 de julho de 2012, de prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. A Constituição Federal de 1988 previu a possibilidade do divórcio direto, sem qualquer limitação*

de vezes, em norma constitucional autoaplicável, tendo exigido um único requisito para sua ocorrência, o prazo de dois anos de separação de fato, sendo absolutamente desnecessária qualquer imputação de culpa para a efetivação do divórcio;

- *planejamento familiar: fundado nos princípios da dignidade de pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas;*

- *adoção: a adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros;*

- *filiação: os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Essa norma constitucional tem aplicabilidade imediata, garantindo-se imediata igualdade, sem que possa resistir qualquer prejuízo ao filho adotivo ou adulterino, que poderá, inclusive, ajuizar ação de investigação de paternidade e ter sua filiação reconhecida, além de ter o direito de utilização do nome do pai casado;*

- *assistência mútua: os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”*

Percebe-se claramente que o novo ordenamento abandona a visão patriarcal que inspirou a elaboração do Código revogado, com a consagração da igualdade de tratamento entre marido e mulher, respeitando-se sempre, e acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

Mas, além da incorporação de alterações surgidas com a edição de leis especiais e das profundas e diretas modificações operadas pela Carta

Magna de 1988, o Código Civil brasileiro, buscando acompanhar as novas e constantes demandas da sociedade em razão do fator tempo, trouxe as suas próprias mudanças no Direito de Família.

E uma das mudanças mais significativas se deu no plano do regime de bens entre os cônjuges, que antes começava a vigorar desde a data do casamento, sendo certo que, como a edição do novo diploma legal, passou-se a conferir ao casal a possibilidade de, a qualquer tempo, optar pelo regime de comunhão total, parcial ou separação de bens, e, ainda, de modificar a escolha no curso do casamento (art. 1.639, § 2º).

Além disso, o Código Civil de 2002 passa a utilizar a expressão “poder familiar” no lugar de “pátrio poder”, para designar a posição ocupada, na mesma medida, pela mãe e pelo pai. Estabelece, nesses termos, que a obrigação de sustento da família é de ambos os cônjuges, na proporção de seus bens e rendimentos (art. 1568), obrigação esta que, na lei revogada, recaía apenas sobre o marido.

Também com profundo viés no princípio da igualdade, verdadeiro dogma constitucional, operaram-se outras modificações, como, por exemplo, a guarda dos filhos, antes normalmente atribuída à mãe, mas que agora passava a ser fixada pelos próprios pais, e, no caso de inexistência de acordo, atribuída a quem dos dois apresentar melhores condições para exercê-la (art. 1.584).

Da mesma forma, foi extinta a causa de anulação do matrimônio que se justificava na percepção pelo homem, na noite de núpcias, de que a esposa não é virgem, assim como o foi a determinação de que só possuía direito à pensão a mulher casada legalmente, sendo certo que, atualmente, o art. 1.694 do Código Civil confere legitimidade ativa não só aos parentes, mas também ao cônjuge e ao companheiro, ou seja, constatada a união estável, tanto o homem como a mulher podem requerer pensão alimentícia.

Todavia, o direito, tal como as relações sociais, não é e não pode ser estático, e, por conta dessa volatilidade, nem sempre as mudanças consagradas na legislação serão suficientes, tamanha a complexidade das relações inerentes ao Direito de Família hodiernamente. Por isso, o operador

do direito precisa estar atento às mudanças que continuam a se operar, e, neste ponto, conta, sobretudo, com a preciosa contribuição fornecida pela jurisprudência, verdadeiro termômetro das relações entre o Estado-juiz e seus jurisdicionados.

Questões das mais atuais tratam, por exemplo, da responsabilidade civil na perda do poder familiar por abandono afetivo; da doutrina do terceiro cúmplice nas relações matrimoniais; da alienação parental e seus reflexos na guarda compartilhada e, mais recentemente, do reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Destaca-se, sobre esse último tema, o recente julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigente a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam “de costas” para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do

Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado “família”, recebendo todos eles a “especial proteção do Estado”. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a “especial proteção do Estado”, e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os “arranjos” familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exa-

tamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é “democrático” formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.”

(REsp 1183378/RS; Min. Relator: LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª T.; Julg. em 25/10/2011; Data de Publicação no DJe: 01/02/2012)

Todas as alterações no direito de família demonstram e ressaltam a relevante função social da família em nosso ordenamento jurídico, consagrada, mais do que nunca, pela Carta de 1988, como sustentáculo da vida em sociedade.

Os novos e constantes anseios da sociedade legitimam as profundas mudanças que vêm sendo operadas no Direito de Família brasileiro, pugnando por um olhar cada vez mais atento aos paradigmas que acompanham a marcha evolutiva, sem jamais distanciar da igualdade, expressão maior do princípio da dignidade da pessoa humana. ♦