

O CÓDIGO CIVIL DE 2002, AS NOVAS RELAÇÕES FAMILIARES E AS ASPIRAÇÕES CONSTITUCIONAIS

CARLA SILVA CORRÊA¹

O Código Civil de 2002 está completando dez anos, e as inovações por ele trazidas e que nos pareciam, à época de sua natividade, tão prenhes de modernidade, já podem ser sentidas como tímidas à luz da evolução e da dinâmica da sociedade, notadamente no que diz respeito às relações familiares. Com efeito, a ninguém escapa que a legislação, por mais moderna e avançada que possa ser, sucumbirá se comprurada à velocidade das transformações sociais. Regras são estabelecidas tendo como escopo refletir as tendências de determinada sociedade e, se visionárias, buscando dar o norte, acenar com uma diretriz que deve ser seguida por aquele tecido social organizado.

Entretanto, qualquer espécie de regramento jurídico não acompanhará, da maneira ideal, as transformações sociais, as conquistas forjadas no dia a dia das relações interpessoais, as barreiras que diuturnamente são aniquiladas pela cogarem e criatividade do seres humanos, atores tão intensos, tão profundos e tão indispensáveis à evolução da vida como a conhecemos.

Segue daí que os princípios constitucionais, como inspiração e aspiração, nos confortam e nos auxiliam na árdua tarefa de conciliação de uma sociedade absolutamente dinâmica com o regramento jurídico estanque.

Dentre todos os princípios constitucionais, o mais amplo e relevante para a interpretação das normas relativas ao Direito das Famílias me parece

¹ Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Casimiro de Abreu.

ser o princípio da dignidade da pessoa humana. Traduz-se ele na garantia plena de desenvolvimento de todos os membros do grupo familiar, para que possam ser realizados seus anseios e interesses afetivos, assim como na garantia de assistência educacional aos filhos, com o objetivo de manter a família duradoura e feliz. Sobre esse particular, assim preceitua Maria Helena Diniz:

“[...] é preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis, procurando atenuar seus excessos, apontando soluções viáveis para que a prole possa ter pleno desenvolvimento educacional e para que os consortes ou conviventes tenham uma relação firme, que integre respeito, tolerância, diálogo, troca enriquecedora de experiência de vida etc.”²

Como sabido, o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito que se constitui no princípio máximo do estado democrático de direito.

Está ele elencado no rol de direitos fundamentais da Constituição Brasileira de 1988 e ganhou a sua formulação clássica por Immanuel Kant, na **Fundamentação da Metafísica dos Costumes** (título original em alemão: **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**, de 1785), que defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um meio. Assim foi formulado tal princípio:

“No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”³

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das Sucessões**. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18.

³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58 e 64.

O rol da dignidade humana é uma das questões mais frequentemente presentes não só nos debates sociológicos e jurídicos, mas também nos debates bioéticos. Em razão das inovações científicas, o ser humano deixou de ser somente sujeito de direito e tornou-se objeto de manipulações. Ficaram, assim, fragilizadas as antropologias que sempre serviram de parâmetro às preliminares da ética e do Direito. As relações familiares, nesse contexto, foram profundamente alteradas.

A dignidade da pessoa humana abrange uma diversidade de valores existentes na sociedade. Trata-se de um conceito adequável a sua realidade e modernização, devendo estar em conluio com a evolução e as tendências modernas das necessidades do ser humano. Desta forma, preceitua Ingo Wolfgang Sarlet ao conceituar a dignidade da pessoa humana:

*“[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.*⁴

É relevante referir que o reconhecimento da dignidade se faz inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, sendo tal condição o fundamento da liberdade, da justiça, da paz e do desenvolvimento social.

Aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana está o direito à igualdade. Como já afirmou Maria Berenice Dias:

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

*“A igualdade é almejada por todos e em todos os tempos. Não é por outro motivo que está proclamada nas Declarações de Direitos Humanos no mundo ocidental. No Brasil, é consagrada no limiar do ordenamento jurídico pela Constituição Federal, que assegura, já em seu preâmbulo, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). A igualdade é o princípio mais reiteradamente invocado na Carta Magna. De modo expresso, é outorgada específica proteção a todos, vedando discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade. Também ao elencar os direitos e garantias fundamentais, é a igualdade a primeira referência da Constituição Federal. O art. 5º começa dizendo: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...). Esse verdadeiro dogma é repetido já no seu primeiro inciso, ao proibir qualquer desigualdade em razão do sexo”.*⁵

Entretanto, não adianta levantar a bandeira da igualdade no texto legal ou no texto constitucional se essa mesma igualdade não for praticada diariamente, por todos, sem qualquer espécie de discriminação.

E é nesse contexto constitucional, no campo da igualdade plena, que devemos buscar interpretar e dar aplicação às regras do Direito das Famílias trazidas pelo Código de 2002, sendo de relevo ressaltar que nossos Tribunais Superiores assim já têm atuado quando, atendendo a nada mais que um comando da Lei Maior, passaram dar a necessária tutela jurídica aos vínculos afetivos, afastando a possibilidade de a realidade ser encoberta pelo véu do preconceito e se posicionando no sentido de reconhecer e validar a existência de uniões homossexuais. Ignorar ou não aceitar a viabilidade jurídica dessa situação é “afastar o princípio insculpido no inc. IV do art. 3º da Constituição Federal, segundo o qual é dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importa de que ordem ou tipo seja”.⁶

⁵ DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva**, www.mariaberenice.com.br

⁶ DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva**, www.mariaberenice.com.br

O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de profunda transformação, que ocasionou verdadeira revolução ao banir discriminações no campo das relações familiares. “Num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito”.⁷ Foi derogada toda legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais. Também se alargou o conceito de família para além do casamento. E, nesse contexto, sob a luz das afirmações constitucionais, atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, necessário que se confirmem direitos e se imponham obrigações independentemente da identidade ou diversidade de sexo dos conviventes. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, elas formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem. E isso, diante do silêncio do constituinte e da omissão do legislador que poderia ter tratado, mas não tratou dessa matéria, faz com que deva o juiz cumprir com sua função de dizer o Direito, atendendo à determinação constante do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do art. 126 do Código de Processo Civil.

*“A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente a situação diversa, ou seja, comunidade formada por um homem e uma mulher. A semelhança aqui presente, autorizadora da analogia, seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre entre os sexos opostos”.*⁸

Tal como ressaltado por José Maria Leoni Lopes de Oliveira em sua fala durante o Seminário realizado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro a propósito dos 10 anos de vigência do Código Civil de

⁷ VELOSO, Zeno. “Homossexualidade e Direito.” **O Liberal**. Belém do Pará, 22 maio 1999.

⁸ RIOS, Roger Raupp. “Direitos fundamentais e orientação sexual: o Direito brasileiro e a homossexualidade.” **Revista CEJ** do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, n. 6, dez. 1998.

2002, e na esteira do que vem sendo defendido por Maria Berenice Dias há tempos, devemos estar seguros ao constatarmos que não há como afirmar que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente essa convivência como digna da proteção do Estado. O que existe ali é uma recomendação em transformá-la em casamento. Em nenhum momento se afirmou que não existem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo e, ao fazê-lo, o aplicador da regra constitucional adota postura nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade, ignorando a existência da vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo, pondo de lado a norma pétrea, consagrada no texto constitucional (art. 1º, inciso III), que homenageia o respeito incondicional à dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme a 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.

Em julgamento recente, dando mais um passo em direção ao prestígio do princípio da igualdade, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, em boa hora, a possibilidade de habilitação para casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. Quando do julgamento do REsp. 1183378, cuja relatoria coube o Ministro Luiz Felipe Salomão, ficou assentado o entendimento no sentido de que se inaugurou

“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”.

Disse mais o ministro relator:

“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. 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. 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. 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. 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, exatamente 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. 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”.

E é sob essa postura constitucionalmente adequada, que prestigia a igualdade mediante a aceitação das diferenças, que valoriza mais os vínculos afetivos e as realidades dinâmicas existentes na sociedade, que o Código Civil de 2002 ainda possui terreno fértil para florescer, sempre com os olhos voltados para o futuro e para o bem-estar da sociedade brasileira, e com a certeza de que é louvável a coragem de ousar quando se ultrapassam os tabus que rondam o tema da sexualidade e quando se rompe o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva**. *www.mariaberenice.com.br*;
2. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007;
3. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004;
4. RIOS, Roger Raupp. “Direitos fundamentais e orientação sexual: o Direito brasileiro e a homossexualidade”. **Revista CEJ** do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, n. 6, dez. 1998;
5. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5^o ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;
6. VELOSO, Zeno. “Homossexualidade e Direito.” **O Liberal**. Belém do Pará, 22 maio 1999.