

A Influência da História na Evolução de Alguns Aspectos do Direito de Família

Simone Lopes da Costa¹

No âmbito do Direito de Família, em que pese os fatos sociais se anteciparem às normas jurídicas, houve uma alteração profunda na quase totalidade dos institutos colacionados à matéria. Podemos dizer, sem pecar, que tivemos verdadeira mudança de paradigma tanto na estrutura do casamento quanto na da família.

As mudanças sociais começaram antes mesmo da nova ordem constitucional e se confundem com a evolução dos direitos conferidos à mulher. Se em um primeiro momento a mulher não trabalhava, era dependente do marido, se tornando até mesmo relativamente incapaz em virtude do casamento, as mudanças históricas e sociais alteraram todo relacionamento entre homens e mulheres em decorrência da transformação do papel ocupado pela mulher na sociedade.

Basicamente a história remonta à Revolução Industrial, momento no qual as mulheres ingressaram no mercado de trabalho. Antes, as profissões conferidas à mulher eram restritas, como as de professora, costureira ou cozinheira. E exercer atividade laboral era para poucas, pois era mal visto. Com a industrialização, a mulher passa a integrar o mercado de trabalho, recebendo salário, tendo independência financeira. Já era um presságio da igualdade.

Depois, as mulheres começaram a adentrar nos cursos superiores, caindo por terra o mito da superioridade intelectual dos homens. Como consequência, as mulheres passaram a alçar profissões privativas dos homens. Diante da independência financeira e profissional da mulher, foram

¹ Juíza de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

sendo alterados os pilares em que se firmavam os ditames do Direito de Família que conferiam ao homem o direito de gerir sozinho a família.

Historicamente, toda a estrutura do casamento foi alterada pela Lei do Divórcio. Antes, a mulher, ao casar, passava a ser considerada relativamente incapaz, e o homem era o chefe da família² diante de um vínculo indissolúvel. A chamada Lei do Divórcio correspondeu a verdadeira revolução que traduzia o anseio da sociedade, uma vez que permitia o rompimento do vínculo conjugal. Era a Lei 6.515/77.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, o artigo 226 conferiu à família, base da sociedade, a especial proteção do Estado. Inovou no parágrafo terceiro ao reconhecer a união estável entre homem e mulher e ainda mudava o conceito de unidade familiar para o de pluralidade familiar, reconhecendo como “*entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”³. Foi a consequência do divórcio com rompimento do vínculo conjugal. Passou a existir uma nova estrutura familiar, cuja pendência de regramento trazia reflexos que foram sendo dirimidos pela jurisprudência.

Mas não foi só isso. Como a mulher que, com o casamento, passava a ser relativamente incapaz adquiriria a capacidade plena após o rompimento? Se a mulher iria ficar com os filhos, quem iria gerir a nova família, que antes detinha um “chefe”? Foram as perplexidades e consequências advindas da Lei do Divórcio, que foram alteradas pela CRFB. A nova ordem constitucional já estabelecia na sua cláusula pétrea, imutável⁴, “*que todos eram iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”.

Diante disso, veio o desdobramento do novo princípio orientador do sistema: é eliminada a figura do chefe da sociedade conjugal, cujas atribuições passam a ser exercidas por ambos os cônjuges. É o teor do parágrafo

2 *In Código Civil de 1916*, artigo 233: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. Compete-lhe: I – a representação legal da família; II – a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial; III – o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique; IV – prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos artigos 275 e 277.

3 *In Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, artigo 226, parágrafo quarto.

4 *In Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art. 5º.

quinto do artigo 226 da CRFB: “*Os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.*” O Código Civil de 2012 traduziu a norma logo no primeiro artigo que trata do direito pessoal da seguinte maneira: “art. 1511 *O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.*”

O conceito de pátrio poder se irradiava também no que tange à criação dos filhos. Se, no Código Civil de 1916, o artigo 380 dispunha:

“Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou no impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercer com exclusividade. Parágrafo único – Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao Juiz para solucionar a divergência.”

Se antes cabia à mulher acatar a decisão do pai e chefe de família, sendo apenas conferida a possibilidade de recorrer ao Juiz em última instância, com o Código Civil de 2002 houve uma alteração profunda no regramento da matéria, já em conformidade com a nova ordem constitucional, que, ao tempo da publicação e vigência do novo Código Civil, nem era tão nova assim. Lê-se o artigo 1631:

“Art. 1631 – Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade. Parágrafo único – Divergindo os pais quanto o exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.”

Desta maneira, após a CRFB de 1988, a mulher passa de colaboradora na instituição do matrimônio e na criação dos filhos à gestora, ao lado do marido.

Ainda sobre o cuidado com a prole, houve alteração substancial nesse período – entre Códigos Civis - em relação à guarda, que era apenas e

tão somente unilateral (com sérias e fixas regras de visitação), para a guarda compartilhada, em que os filhos permanecem sob a guarda de ambos os genitores, em que pese a separação ou divórcio do casal.

Importante a alteração contida no artigo 1583 do Código Civil de 2002, uma vez que os filhos passam a poder desfrutar do convívio de ambos os pais. Com a guarda unilateral, em regra, restava inequivocamente prejudicado o convívio com a figura paterna, sobremaneira diante do modelo estreito de visitação que era normalmente implantado.

Com o avanço no campo do Direito de Família, os filhos ganharam o direito fundamental de ter convívio com ambos os genitores, estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentado pela Lei 12.318/2010⁵. A partir desta lei, um genitor não poderia denegrir a imagem do outro nem tão pouco restringir ou impossibilitar o convívio.

Destaca-se que a guarda compartilhada poderá advir do acordo dos ex-conjuges, ou ainda fixada pelo juiz, nos termos do artigo 1584 do CC2002. A regra geral já não é mais a guarda unilateral.

A isso se acresce a pluralidade da entidade familiar. A CRFB de 1988 estabelece em seu artigo 226 a possibilidade da família advinda do casamento, a união estável e a monoparental. A moderna doutrina, dentre eles o professor José Maria Leoni, vem sustentando que o elenco do mencionado artigo constitucional é meramente exemplificativo.

As possibilidades de pluralidade familiar são também reconhecidas na jurisprudência, chamadas de família recomposta ou família mosaico, que é constituída por pessoas que já fizeram parte de outra entidade familiar e passam a constituir uma nova. Um bom exemplo da aplicação do conceito extrai-se do julgamento abaixo colacionado:

“REsp 1106637/SPRECURSOESPECIAL2008/0260892-8
Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI. TERCEIRA
TURMA. Data do Julgamento 01/06/2010. Data da Publicação/Fonte DJe 01/07/2010.

5 Art. 3º da Lei 12.318/2010 – “A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.”

Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança.

- O procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de legítimo interesse, que se caracteriza por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança.

- O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), **em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade**, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (**Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar – 2ª ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 735).

O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. **Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados.**

... *omissis*...

- O direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla, para que o menor alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. Atento a isso é que o Juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança.

- Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e conseqüente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.

- ... *omissis...*” Grifei

O CC de 2002, de modo tímido, no artigo 1588 trata da família recomposta ou mosaico quando estabelece: *“O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhes poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente”*.

De todo narrado, conclui-se que o Direito de Família vem se alterando em decorrência das mudanças sociais. Antes, o panorama era apenas do casamento entre homem e mulher em que o homem figurava soberano; hoje, em pouco mais de cem anos, após temos uma diversidade de famílias possíveis, em que se prega o sentimento de afeto, respeito e cuidado de uns com os outros, é certo que qualquer estrutura, fática ou de direito, tende ao reconhecimento estatal. E, com esse reconhecimento que decorre do fato social, temos o avanço no Direito de Família.

Sem medo de errar, está por vir, de modo legal, o reconhecimento da possibilidade da aplicação dos ditames da união estável à sociedade socioafetiva, o que não será nenhuma surpresa diante dos recentes julgamentos dos Tribunais Superiores. Para concluir, indicando os ventos das próximas

mudanças, cito esclarecedor trecho da ementa do julgado relatado pelo eminente Ministro Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP) no Processo REsp 932653 / RS RECURSO ESPECIAL 2007/0055656-0, em julgamento em agosto de 2011:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. ART. 217, I, C, DA LEI Nº 8.112/90.

- A regulamentação das famílias homoafetivas é medida que se impõe no atual cenário social, não podendo o Poder Judiciário, nesse momento, furtar-se a oferecer as proteções legais que tais relações demandam, porquanto são geradoras de importantes efeitos afetivos e patrimoniais na vida de muitos cidadãos.

- No presente caso, ficou devidamente comprovada a união estável entre o autor, ora recorrido, e seu falecido companheiro, servidor público, regido pela Lei 8.112/90, motivo pelo qual, agiram bem as instâncias ordinárias ao conceder a pretendida pensão por morte, nos termos do art. 217, I, “c” do referido Estatuto.

- Além do mais, o próprio INSS, gestor do Regime Geral de Previdência Social, há mais de dez anos, vêm reconhecendo os parceiros homossexuais como beneficiários da Previdência, **pelo que não há como negar o mesmo direito aos companheiros homossexuais de servidor público, equiparando-os à tradicional União Estável formada por homem e mulher.**

- Acrescento, ainda, que a mais recente norma editada pela Receita Federal (agosto de 2010) garantiu o direito de Contribuintes do Imposto de Renda de Pessoa Física incluírem parceiros homossexuais como seus dependentes na Declaração, **o que revela não haver mais espaço para renegar os**

direitos provenientes das relações homoafetivas, e que só contribuirá para tornar a nossa Sociedade mais justa, humana e democrática, ideal tão presente na Constituição Federal.” grifei

Sem sombra de dúvidas, após o regramento conferindo reconhecimento englobando direitos e deveres entre os homossexuais, teremos novos entendimentos acerca das regras destes para com seus filhos, seja por adoção, seja oriundo de relacionamento anterior, seja proveniente de barriga de aluguel, bem como em relação às famílias recompostas destes. ♦

REFERÊNCIAS

Palestra do Professor JOSÉ MARIA LEONI LOPES DA OLIVEIRA proferida no dia 30/03/2012 no auditório da EMERJ.

RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2005.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Código Civil Brasileiro.