

Acertos e Desacertos do Código Civil Da Incompreendida Vagueza do Livro IV

Yedda Christina Ching-San Filizzola Assunção¹

INTRODUÇÃO

Pela passagem do décimo aniversário do Código Civil, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro optou por honrar o Estatuto dimensionando o seu valor. No seminário apresentado, se pretendeu manter vigoroso o estudo, e a inquietação sobre as alterações legislativas.

Já na primeira palestra, a audiência foi posicionada à atual configuração do Direito.

Se antes nas academias se examinavam as características do Direito, a fim de defini-lo com uma ciência, com ramos, categorias e seções. Atualmente – e assim o é já há alguns anos – pouco se perde com definições e partições, para se ater ao conteúdo da norma e a sua eficácia constitucional, mirando sempre a sua aplicação mais ampla e socialmente positiva.

Assim, mais do que a modificação do texto da lei, o novo Código Civil trouxe um novo marco, que reforçou uma mudança de paradigma apresentada pela Constituição da República de 1988.

Aceitamos naquele momento histórico uma nova promessa de realidade, com um novo pacto Republicano, e um redimensionamento do homem, elevando a dignidade como fundamento máximo de todo e qualquer direito individual e social.

É nesse contexto que é aprovada a Lei 10.406/02.

¹ Juíza de Direito da 36ª Vara Criminal - Capital.

DESENVOLVIMENTO

Observando especificamente o Livro do Direito de Família, todo aquele que apenas o lê percebe raras mudanças. Talvez não perceba a modificação geográfica do livro que, discretamente, transmite à sociedade que a família não mais deve ser constituída antes das obrigações, e que é irrelevante para contratar que as partes estejam ou não inclusas no modelo tradicional de família.

Não restam dúvidas sobre a timidez das alterações das leis que regem o Direito de Família; já se comparou artigo com artigo para demonstrar que quase nenhum deles foi alterado substancialmente. Sim, pouca ou quase nenhuma novidade apresentou o Código Civil, elaborado décadas antes do início da sua vigência.

Isto, o acanhamento do Código diante de direitos pessoais, pode ser considerado, sem dúvida, um dos grandes desacertos da lei geral – que, contudo pode ser convertido, e já foi, em um dos seus honorários acertos.

A sociedade dos últimos 50 anos não é comparável àquela que viveu no início do século XX. Reconheceram-se direitos fundamentais, mudaram-se os hábitos, os valores, as estruturas sociais e especialmente as relações interpessoais, e assim alterou-se a dinâmica familiar.

Mas essa reestruturação não chegou ao fim; estamos em ebulição, em movimento. Não temos hoje a família que existirá em 50 anos, e sequer somos capazes de imaginar como serão as relações pessoais em um mundo cibernético-globalizado, ou seja lá o nome que se pretende. Esse tempo, que alguns denominam de pós-modernidade, não encontrou um marco para ancorar, e suspeita-se que ele não existe.

Diante disso, pouca valia teria uma lei geral – dotada de permanência e certeza - que estabelecesse qualquer conceito definitivo em seara tão dinâmica.

Vale a pergunta: o que você entende por família é o mesmo que entendia em 1996? Em 2002? E será o mesmo em 20 anos? Esta fluidez de conceitos não é percebida nos outros Livros do Código Civil, o que reforça a tese de que a vagueza se não proposital, foi extremamente benéfica.

Se Código Civil de 2002 é incompleto, sua falha exigiu o advento de leis específicas sobre o tema de família - citando apenas algumas, recebemos as Leis 11.698/08, sobre guarda compartilhada; 11.804/08, sobre alimentos gravídicos; 12.010/09, sobre alienação parental; e 12.133/09, modificação do procedimento de casamento – que trouxeram significativos avanços a temas caros ao Direito das Famílias.

Não se percebe atualmente apenas a multiplicidade de famílias e de personagens familiares, mas a complexidade das relações pessoais, que se são emaranhadas, também são frágeis, rescindíveis e particulares. Cada família é um universo próprio, tem dimensões e dinâmicas próprias, e dificilmente se encaixa em um molde legal.

Como então seria uma Lei Geral Civil capaz de acolher todas essas famílias? Como seria a Lei plenamente aplicável aos dias atuais e vindouros? Somente uma lei genérica e imprecisa serviria de instrumento para a interpretação jurisdicional, não apenas com fundamento constitucional, mas seguindo também os avanços sociais.

Fundamentos esses que também se caracterizam pela generalidade. Vejamos:

Não há no nosso ordenamento uma definição de família, mas um conceito previsto no artigo 226, § 3º da Constituição. Se em outra época a leitura do dispositivo poderia levar à uma única interpretação – de que a família é composta por um homem, uma mulher e seus descendentes - hoje, a leitura moderna, respeitando o direito à liberdade individual e à dignidade da pessoa humana, deve incluir o § 4º do mesmo dispositivo que prevê que *também se entende* como entidade familiar a sociedade formada por um dos pais e seus descendentes.

Ora, não é necessário um grande exercício de lógica para compreender que se há uma segunda possibilidade, o conceito não é absoluto. E se nem a primeira e nem a segunda possibilidade se afirmam como únicas, exclusivas ou mesmo predominantes no seu próprio conteúdo, não há impedimento lógico à conclusão de que há outras possibilidades àquele conceito.

Estamos diante das famílias homoafetivas, como todos os debates - e

magníficas decisões - acerca do tema.

Mas nos vemos diante também de grupos familiares genuinamente formados apenas por uma avó, uma mãe e um filho. Esta é uma entidade familiar com todos os efeitos civis?

Antes também não se admitia legalmente, apenas por razões morais, a existência de relações maritais simultâneas.

Confrontados com a realidade, os julgadores há tempos se veem obrigados a aceitar a possibilidade de uniões simultâneas capazes de gerar efeitos obrigacionais e sucessórios no âmbito familiar. Falta ainda consenso sobre a possibilidade de tais multiplicidades refletirem nos pensionamentos previdenciários.

É certo que tais demandas somente são apresentadas porque não há resposta evidente no Código Civil, e pela falta de resposta, estamos evoluindo a jurisdição.

A sutileza da técnica legislativa é fundamental para permitir a legalidade dos rearranjos familiares, e a reinterpretação de normas jurídicas, que em uma simbiose pouco percebida em outras situações do direito, acaba por gerar alterações no objeto de estudo – as relações sociais.

Não tenho dúvidas de que a omissão do Código gera, em alguns casos, questões de difícil solução.

Uma delas se dá em razão da ausência de previsão do direito de parentalidade.

O Código, ao tratar do poder familiar, usa o termo “compete aos pais”, usando uma imprecisão atécnica. Em artigo anterior, o 1.632, afirma como direito dos pais ter os filhos em sua companhia, mas silencia quanto ao direito dos filhos.

Aos filhos reconhece-se o direito ao nome, o direito à manutenção através do pagamento de alimentos e o direito à sucessão, mas não se reconhece o direito, e na outra extremidade o dever dos pais, de convivência. Pelo conteúdo literal, não se pode extrair esse dever legal.

Em construções jurisprudenciais, foram erguidos os acordos de visita que transcendendo o direito de ter os filhos, impõe aos genitores o dever de se fazerem presentes. Após, ainda sob a égide do Código de

1916, passou-se a determinar a visitação ainda que contrária à vontade do genitor. Esses acordos e decisões, porém, não são dotados de executividade. Com o novo paradigma normativo, decisões foram proferidas convertendo-se a ausência em indenização, o que de fato não soluciona o problema em sua origem.

Deve ainda ser apresentada a falha na regulamentação do livre exercício do projeto parental, direito constitucionalmente reconhecido ao *casal*.

A Lei 9.263/1996, ampliou o rol de sujeitos do direito de assistência à concepção e contracepção para incluir a mulher e o homem, ambos individualmente, juntamente com o casal. Trouxe ainda, a lei significativas diretrizes para o exercício do direito constitucionalmente reconhecido.

Se o artigo 1.597 do Código Civil indica que o legislador estava atento aos avanços científicos relacionados ao tema, a ausência de norma demonstra a falta de interesse na ampliação das situações legitimadoras do exercício do referido direito, que, a toda evidência, não decorre apenas do princípio da dignidade da pessoa humana, mas também do direito à vida, que deve ser compreendido em uma nova dimensão – direito à reprodução.

CONCLUSÃO

Em uma singela observação, tenho por concluir que o Código Civil Brasileiro, no Livro que se refere ao Direito de Família, foi – em sua grande parte - um humilde servo da dinâmica social, alterando o que era absolutamente indispensável diante da nova realidade constitucional, pondo-se à disposição para todo tipo de conserto, enxerto ou arremate.

O que fez o legislador foi compreender que, em se tratando de Direito de Família, eram necessárias regras básicas e fundamentos para propiciar o advento de novas leis específicas, com tramitação parlamentar mais célere. As lacunas e incertezas hão de ser preenchidas na atividade jurisdicional, observando-se cada realidade familiar.

Ilustrando, é como se, com a promulgação do Código Civil, as cha-

ves de todos os novos apartamentos de um prédio tivessem sido entregues. Naquele momento, dentro de cada apartamento, só se encontravam paredes, portas e janelas. Passados dez anos, certamente cada uma das famílias que reside naquele prédio fez um tipo de pintura, um tipo de decoração, deu seu toque particular. Passados dez anos, é possível que alguns tenham reclamações, mas certamente foi com aquelas paredes, janelas e portas, e com o vazio entre eles, que se fizeram os lares – cada um o seu, nenhum melhor que o outro. ♦