Novas Questões do Direito de Família

New Issues in the Family Law

Nuevas Cuestiones del Derecho de Familia

José Luiz Gavião de Almeida


RESUMO

O Direito Civil vem sofrendo grandes modificações nos últimos anos. Isso se acentuou com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. E dentre todos os ramos do Direito Civil, não há dúvida de que o Direito de Família foi o que mais apresentou alterações. E isso se deve não apenas ao novo Código Civil. Mesmo antes, questões sociais, culturais e econômicas já vinham influindo decisivamente no sentido de trazer um novo Direito de Família. Some-se a isso as conquistas legislativas, a Constituição Federal e o progresso científico, especialmente na área médica, em especial a genética. A influência de todas essas causas no Direito de Família é que forma o tema abordado.


ABSTRACT

The aim of this paper is to focus the influence of social, cultural, economic and legislative issues in the Family Law. The Civil Law has been greatly modified during the last few years. This was stressed with the enactment of the Civil Code of 2002. Within all the branches of Civil Law, undoubtedly the Family Law is the one that presents more alterations. And this is due not only to the New Civil Code. To that we may add legislative conquests, the Federal Constitution, and the scientific progress, especially in the medical field, and principally in genetics.

Keywords: CIVIL LAW – FAMILY LAW – CIVIL CODE OF 2002 – INNOVATIONS – MODIFICATIONS – INFLUENCE OF THE PROGRESS IN MEDICINE
RESUMEN

El Derecho Civil viene sufriendo grandes modificaciones en los últimos años. Eso se acentuó con la entrada en vigencia del Código Civil del 2002. Y dentro de todas las ramas del Derecho Civil, no hay duda de que el Derecho de Familia fue el que más presentó cambios. Y eso ocurrió no solamente al nuevo Código Civil. Mismo antes, cuestiones sociales, culturales y económicas ya venían influenciando decisivamente en el sentido de crear un nuevo Derecho de Familia. Adiciónense a eso las conquistas legislativas, la Constitución Federal y el progreso científico, especialmente en el área médica, en especial la genética. La influencia de todas esas causas en el Derecho de Familia configura el tema abordado.

1 GENERALIDADES

As mais profundas alterações que o Código Civil de 2002 trouxe estão localizadas no Direito de Família. Não que sejam estas alterações novidades no nosso sistema jurídico, pois já vinham regulando as relações familiares há algum tempo, quer por encontrarem-se em legislação extravagante, quer porque decorriam de princípios incertos na Constituição Federal de 1988, quer porque eram regras arraigadas na consciência jurídica brasileira.

Antes de iniciarmos a análise das questões mais particulares sobre o tema, é preciso situar a matéria a ser estudada a qual, aliás, vem agora disciplinada principalmente no Código Civil, artigos 1511 a 1783 (artigos 180 a 484 do Código anterior). São 272 artigos, contra 304 do código anterior, isto é, 32 artigos a menos, embora houvessem sido incluídas regras sobre concubinato, antes inexistentes e sobre o bem de família, antes na parte geral. Sairam, porém, os dispositivos relativos à ausência (21 artigos), que foram para a Parte Geral do novo código.

Há outras leis de grande importância que tratam do tema, como a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Há leis sobre as quais muita discussão haverá relativamente à sua permanência em vigor, ou não, como a do reconhecimento de filiação (lei 8560.92, Luiz Edson Fachin) e do concubinato (leis 8971/94 e 9278/96, Guilherme Calmon Nogueira da Gama), especialmente no que se refere aos direitos sucessórios (Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka).

Ainda no código civil há vários artigos relacionados com o direito de família, como o artigo 197 que estabelece não correr prescrição entre cônjuges na constância do casamento; os artigos 496 e 498, o primeiro referente à venda de ascendeante a descendente e o segundo relativo à venda entre cônjuges; o artigo 1790 que trata das relações sucessórias entre os companheiros e o artigo 1830 da sucessão do cônjuge.

2 CONCEITO DE FAMÍLIA

Desde os primórdios a família vem sendo considerada como a expressão social e econômica mais importante que existe. Social porque é a manifestação reconhecida pela sociedade, da vida social e da reprodução. Econômica, porque sob o ponto de vista da produção e do consumo constitui uma unidade de consumo (Kaj Birked Smith, História da Cultura).

Modernamente, entretanto, muita alteração pode ser sentida no conceito de família.

Inicialmente, fala-se que pode a família ser considerada num sentido amplo e num sentido estrito. No primeiro caso, abrange todas as pessoas ligadas por parentesco sanguíneo, pela adoção e pela afinidade. Noutro, corresponderia ao grupo formado pelos cônjuges e pelos filhos, consanguíneos e civis (José Carlos Moreira Alves).

A distinção tem interesse prático. O artigo 56 da Lei de registros públicos, por exemplo, permite à pessoa alterar seu nome1 desde que não prejudique os apelidos de família.2 Por esse dispositivo, em se adotando o termo família em sentido estrito, não poderia a pessoa modificar seu sobrenome se fosse ele mesmo de seu pai ou de sua mãe. Ao contrário, quem tivesse por sobrenome o de um tio por afinidade (Semprônio da Silva Sobrinho), por exemplo, poderia alterá-lo integralmente, pois o prenome pode ser modificado e o sobrenome não é nem de pai, nem de mãe.

Diferentemente seria, entretanto, se o termo família, nesse artigo 56 da Lei de Registros Públicos, fosse entendido em sentido amplo. Nesse caso, também o sobrenome do tio por afinidade não poderia ser suprimido.

Outro exemplo da aplicabilidade da diferenciação entre família em sentido amplo e estrito está no artigo 151 do Código Civil, que trata da coação, e diz ser ela presumida quando atinge os membros da família.3 Aqui também há interesse em saber se o termo família é utilizado em sentido amplo ou estrito. No primeiro

1 Nome é o sinal designativo e identificativo da pessoa. É formado pelo prenome, o nome de batismo, pelo sobrenome ou nome de família, especialmente. Outras expressões podem completar o nome, como o apelido, que diferencia homônimos dentro de uma mesma família (ex. filho, neto).

2 Essas regras sobre o nome, previstas na lei 6015/73 devem ser entendidas como mantidas, pois o novo código, nos artigos 16 a 21, trata apenas do aspecto relativo a ser o nome um direito da personalidade.

3 Artigo 151 – A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano inimeno a considerável sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens. Parágrafo único – Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

113

caso, justificaria a anulação do ato uma ameaça feita ao sobrinho, por exemplo. O mesmo não ocorreria na hipótese de se utilizar da expressão família na sua acepção estra.

A solução que vinha preconizada pela doutrina na vigência do código civil anterior, cuja redação era praticamente a mesma, mandava que se presumisse a coação no caso de familiar integrante da pequena família ser o ameaçado. Já no caso de correr perigo um membro da grande família, haveria necessidade de se comprovar que o ato praticado pelo suposto coagido tenha sido em estado de vontade reduzida, isso causado pelo estreito relacionamento, como a íntima afeição, dele para com o familiar em circunstância de risco.

O mesmo entendimento há de prevalecer. E, agora, com novo argumento, a reforçar a idéia de que a coação pode-se dar sobre pessoa da família em sentido amplo do coagido, qual seja, a redação do parágrafo único do artigo 151 citado.

Antes, o artigo 98 do Código Civil de 1916 não parecia permitir que se reconhecesse coação se a ameaça não fosse a membro da família do coagido. Agora o parágrafo único do artigo 151, que corresponde ao artigo 98, expressamente permite ao juiz, verificadas as circunstâncias do caso, também reconhecer a coação sobre pessoa ligada ao coagido, embora não de sua família. Se a coação pode ser reconhecida pairando a ameaça sobre quem não é da família do coagido, com mais razão quando ele o é, embora da família em sentido amplo.

Essa conceção de pequena família parece haver sido recepcionada pela Constituição Federal e pelo Código Civil. Assim, o artigo 226 e seus parágrafos, especialmente o 4º, o artigo 229, ambos da Constituição Federal, parecem indicar que o termo família, aí referido, refere-se à pequena família.

Tal situação é importante para nortear a interpretação de toda a matéria infra constitucional, ou mesmo outros dispositivos constitucionais.

Assim, ao estabelecer a Constituição Federal, em seu artigo 226 § 8º, que o Estado assegurará assistência aos integrantes da família, refere-se a ela em sentido estreito.

O Código Civil, no artigo 1565, ao falar sobre a obrigação de sustento da família pelo marido e mulher, refere-se à família em sentido estreito. O mesmo se deve entender na referência feita pelo artigo 1568 do Código Civil. O artigo 1567 do Código Civil, ao estabelecer regra sobre a direção da família, também o faz em relação à pequena família. Da mesma maneira, os artigos 1711 e seguintes do Código Civil, ao regularizar o bem de família, o faz em benefício da família moderna, qual seja, a família em sentido estreito, como parece deixar evidente o artigo 1722.

Ainda se pode falar em família legítima e ilegítima, conforme a união dos cônjuges venha ou não de casamento. Aqui também se pode apontar aspecto prático de interesse na diferenciação. Inicialmente verifique-se que há distinção entre esses dois tipos de família, tanto que o artigo 226 da Constituição Federal determina a facilitação de conversão de uma em outra. Nenhum sentido haveria na disposição se tanto a família legítima como a ilegítima estivessem no mesmo patamar de proteção jurídica.

Mas exemplos não faltam, na legislação ordinária, de tratamento diverso entre as duas espécies de família. No caso do reconhecimento de filiação, pode ser ele automático em decorrência da existência de uma família legítima. Por exemplo, é possível que a paternidade se estabeleça pela vontade da mãe que, ao fazer o registro de nascimento de seu filho, indique como pai a pessoa com quem é ela casada. Essa a leitura do artigo 1597 do Código Civil, que presume concebido na constância do casamento os filhos nascidos em situações que indica, e do artigo 1601 do mesmo código que estabelece caber ao marido contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher.

---

4 Artigo 98 – A coação, para viciar a manifestação da vontade, há de ser tal, que incuta no paciente fundado temor de dano à sua pessoa, à sua família, ou a seus bens, imínte e igual, pelo menos, ao recebível do ato extorquido.

5 Em sentido contrário, isto é, de que a Constituição Federal equiparou as famílias vindas de casamento e aquelas não assim formadas, parece ser a opinião de Zeno Veloso e Edgar de Moura Bittencourt, entre outros.

6 Por reconhecimento automático se entende aquele que independe da vontade do ascendente, nem de sentença judicial o declarando. É o caso, por exemplo, da maternidade informada pelo pai ou por outro parente, nos termos do artigo 52 da Lei de Registros Públicos (lei 6015/73).
A mesma situação não se dá na família ilegítima. Aqui só o reconhecimento voluntário ou judicial produz efeito.

Também se pode notar, no artigo 65, parágrafo 2º da Lei 8245/91, diferenciação entre esses dois tipos de entidade. Esse dispositivo proíbe que o despejo seja executado até o trigésimo dia seguinte ao do falecimento do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão de qualquer das pessoas que habitem o imóvel. Nada diz a respeito do companheiro. A infração a esse dispositivo caracteriza crime de ação pública, conforme está expresso no artigo 44 IV da mesma lei.⁷ Poder-se-ia entender que, analogicamente, a restrição ao despejo acontecesse também na hipótese de haver falecimento de companheiro.⁸ Mas não se pode entender que a execução, em caso de falecimento de companheiro, tipifica o crime do artigo 44 IV citado. Não há previsão para isso. E não há crime, nem se pode aplicar pena, sem prévia lei que o defina (artigo 5º XXXIX da Constituição Federal). Por isso não se há de falar que a execução do despejo logo após a morte do companheiro do locatário tipifique o crime do artigo 44 citado, embora a mesma execução, logo após o óbito do cônjuge caracterize o ilícito penal.

Costuma-se ainda, especialmente aqueles que apontam um processo de desintegração da família, classificá-la como tradicional ou moderna. Nesta classificação estaría a passagem da família patriarcal para a família nuclear. Há evidente e clara alteração na estrutura familiar, que se dá em seu aspecto social, econômico, político e cultural:

a) social – Decorrente, especialmente, da revolução industrial, e das concentrações urbanas. A mulher passou a ser incluída como força de trabalho fora do lar. O mesmo aconteceu com os filhos menores. Desaparece então a figura tradicional da família com funções e obrigações definidas, onde a mulher normalmente é entregue o governo doméstico, e ao marido a função de buscar suprir economicamente a entidade familiar que também integra.

b) econômica – A família deixa de ser uma unidade de produção, passando a ser apenas um núcleo de consumo. A família não mais é uma fonte produtora. A industrialização, especialmente, faz com que quase tudo seja conseguido fora do lar.

c) política – Essa alteração na família decorreu entre outras coisas, mas principalmente, da emancipação feminina. Com isso vieram profunda alterações políticas, não só na base familiar, como na igualdade dos cônjuges, mas na própria sociedade, com a participação efetiva da mulher nas decisões políticas e na ocupação de postos chave na organização da sociedade.

d) cultural – As exigências do trabalho fazem com que o pai⁹ não dirija mais os filhos. A necessidade cada vez maior de mais tempo dedicado ao trabalho afasta o pai do lar conjugal, fazendo com que ele veja os filhos apenas esporadicamente. Tal situação, de um lado, faz diminuir o contato e a afinidade entre os integrantes da família. Como consequência, sofre decréscimo a hierarquia paterna, em geral fundada em sentimento de afinidade, que nase da convivência, que já não mais existe. Crescem, por outro lado, situações de conflito e desrespeito entre os integrantes da família. E a hierarquia paterna, necessária ao ordenamento da família, e responsável pelo seu regramento e educação dos filhos, passa a não mais existir. A educação não vem mais do berço, mas de entidades externas à família. Afrouxam-se as tradições familiares, o respeito e as ligações parentais.

Tudo isso muda a concepção de família, e o entendimento relativamente às regras a ela aplicadas. O pátio poder, hoje poder familiar, antes direito dos pais, hoje é visto quase que exclusivamente sob o interesse dos filhos. Regras que antes estabeleciam direito dos pais em relação aos filhos, como aquela que entregava os infantes ao cônjuge inocente na

⁷ Art. 44 – Constitui crime de ação pública, punível com detenção de três meses a um ano, que poderá ser substituída pela prestação de serviços à comunidade.

⁸ (...) IV – executar o despejo com inobservância do disposto no § 2º do art. 65.

⁹ Poder-se-ia entender. Mas o melhor, como se viu, é afastar a perfeita equiparação entre as situações criadas pelo casamento e pela união estável. A completa paridade criada por analogia ofende a norma constitucional que não as tratou igualmente.

Quando se fala em pai, se está a referir aos pais, embora seja a figura do pai, na maior parte das vezes, a afetada pela situação descrita.
hipótese de uma separação judicial litigiosa, perdem a força com a criação de oportunidade do juiz fixar a guarda em favor daquele dos cônjuges que representar melhor interesse ao menor, mesmo sendo o culpado pelo rompimento do casamento. O interesse, ou o direito dos pais em relação aos filhos passa a patamar secundário.

A família, entidade eminentemente altruísta, cede passo à união por motivos egoísticos. Se antes o pensamento era voltado à constituição e manutenção da família como uma instituição, agora o que se procura no grupoamento social é a satisfação de interesses próprios. Constitui-se uma família por interesse pessoal.

Isso faz com que causas que antes não justificavam a separação, hoje sejam consideradas. O objetivo, antes, era manter a família. Hoje entende-se não se justificar a manutenção dessa entidade se já ocorreu sua ruptura e só esse fato é suficiente para juridicamente por fim à sociedade conjugal. Defende-se hoje, amúde, a necessidade de se criar a possibilidade da separação judicial independentemente de qualquer alegação de culpa. Bastaria o indicativo da vontade dos cônjuges, ou da falta da afeição. Não haveria motivos para a manutenção da família se os interesses particulares dos cônjuges, ou de um deles não mais está sendo atendido.

Mas não se pode ver nisso apenas uma invasão. O princípio da autoridade paterna sofreu limites necessários. A situação de praticamente escravatura a que a mulher se submetia foi suprimida. Idéias mais democráticas e mais saudáveis foram acolhidas. Do mesmo modo houve evolução em relação à situação dos filhos, antes relegados à posição de meros objeto do direito dos pais. O reconhecimento de seus direitos, independentemente da natureza da filiação, foi conquista necessária e justa.

3 CONTEÚDO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Embora a família, como tratada no código, limite-se aos cônjuges e aos filhos, a matéria não só a essas relações se reserve.

A expressão direito de família é mero título. Conceitua-a José Lamartine Corrêa de Oliveira como "O setor do direito privado que disciplina as relações que se formam na esfera da vida familiar". Essas relações familiares são as que têm origem:

a) no casamento
b) no fato da procriação
c) na adoção
d) na filiação
e) nas relações de parentesco
f) nas relações de afinidade
g) na tutela e na curatela
h) no união estável

Não há como conceituar o direito de família senão enumerando as relações jurídicas que desse ramo do direito fazem parte.

4 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

A Constituição tratou em base de princípios do tema, falando no artigo 226 que:

Art. 266. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Surge, então, um primeiro problema, que pode atormentar quem estuda a matéria, em relação a inúmeras questões que desse princípio decorrem. A constituição estabeleceu proteção para a família, não para o casamento como anteriormente se fazia.

Não mais se estabelece proteção constitucional ao casamento. Apenas se diz quais suas formas. Mas se protege, do mesmo modo, a união estável (artigo 266 § 3º), e a procriação pela via da família monoparental (§ 4º).

Surge a ideia de que houve proteção apenas à família, e o casamento é direito dos integrantes dela, direito


11 Idem.

12 José Lamartine Corrêa de Oliveira, quando enumera as relações que estão tratadas no Direito de Família, faz distinção entre o fato da procriação e a filiação. Embora pouca distinção essas relações, hoje, apresentem, ainda se deve manter a dicotomia de tratamento. Existem filhos que não o são pela procriação, nem pela adoção, como ocorre em relação aos presumidos tais, posto havidos por inseminação artificial heteróloga consentida (artigo 1597 V do Código Civil). O mesmo autor ainda apresenta em sua relação a ausência, hoje não mais tratada no Direito de Família; e o concubinato, que hoje melhor seria, para preservar o espírito do autor, de união estável.

13 Artigo 175 da CF de 1969: A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.
este com colorido constitucional. Assim, é possível sustentar que seriam irregulares quaisquer limitações ao direito de casar. Não há dúvida que semelhante entendimento choca a moral atual, pois liberalia, por exemplo, o casamento entre ascendente e descendente. Ao menos, entretanto, há que se entender necessária uma rediscussão das restrições hoje existentes.

A questão fica mais interessante quando se analisa a restrição que se funda em pena, visto ser ela, hoje, compreendida como estabelecida de forma perpétua. É o que se dá por força do artigo 1521 VII do Código Civil.14 Esse dispositivo impede o casamento entre “o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”. Esse impedimento matrimonial pena, como é chamado, à vigora, como se disse, ad eterno, conforme se ensina. Mas a legislação constitucional foi alterada. O artigo 5º XLVII “b” da Constituição Federal diz que não haverá penas de caráter perpétuo. E ao fazer isso, refere-se às sanções que o inciso anterior enumera, e entre as quais está a de suspensão ou interdição de direitos (inciso XLVI “e”).15 O posicionamento contrário à pena perpétua de suspensão ou interdição de direito leva à necessidade de se estabelecer prazo para a proibição de se casarem, o cônjuge sobrevivente com o condenado como autor do homicídio doloso contra seu consorte. Poder-se-ia sustentar que o prazo de prisão seria o da pena criminal em abstrato; ou o da prescrição desse delito; ou do maior prazo de prescrição do Código Civil; ou da pena em concreto; ou a partir da reabilitação. Este último parece ser o mais adequado, posto instituto criado para apagar as marcas de ilícito anteriormente praticado.

Outra questão que a Constituição Federal suscita é a que diz respeito à ocorrência, ou não, de equiparação da família constituída pelo casamento da formada sem ele. Essa controvérsia deve-se à ampla proteção à família trazida com a Constituição Federal de 1988. A problemática já foi abordada anteriormente. Conquanto eruditos e fortes vozes se levantem no sentido de entender ter havido a completa equiparação das famílias, a Constituição Federal de 1988 não pode ser vista encamar. pando esse efeito. Tratou, inicialmente, em dispositivos diversos, da família constituída pelo casamento e da união estável; e mandou que se facilitasse a conversão da união estável em casamento, determinação inóqua se fossem as situações iguais. Sendo diferentes, sequer é possível equiparar as situações por analogia em sede de normas infraconstitucionais. A aplicação analógica, sempre, imporia situação de completa semelhança de tratamento jurídico, coisa que a constituição federal cindiu de vedar pela via do tratamento diferenciado.

Há que se lembrar, ainda, que é nefasta a ideia de equiparação. Assim como se deve ter a liberdade de casar, há que se garantir a de não casar. E esta última faculdade seria maculada se as instituições, da família e da união estável, fossem idênticas.

5 NATUREZA DOS DIREITOS DECORRENTES DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Também se altera sobre a natureza jurídica dos direitos decorrentes das relações familiares, isto é, se são públicos ou privados. Lehmann entende que tais direitos estão assentados no direito privado. Segundo ele a família pré-existe ao Estado, que regula suas relações em razão da importância que ela tem para o indivíduo e para a coletividade. Mas entrega sua regulamentação à autonomia privada e reconhece a auto-administração da família, característica do direito privado. Rotondi afirma ser necessário, antes, precisar a concepção de direito público: se nele forem incluídas relações nas quais o Estado é parte, o direito de família é privado; se é pública toda norma inspirada por um interesse superior não derogável pelos particulares, o direito de família é público.

João de Oliveira Filho não admite derrogação das normas do direito de família e fixa o estado das pessoas como coisa fora do comércio. Isso é o que basta para esse doutrinador justificar a natureza publicista do Direito de Família. Não há dúvida de que a defesa dessa concepção era mais fácil na família antiga, hierarquizada nas suas relações. A família tinha um fim ético superior ao interesse de seus membros (Cicu).

---

14 No código civil de 1916, não apenas esse impedimento matrimonial pena existia, e que estava previsto no artigo 183 VIII, mas também existia o impedimento entre o cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado (artigo 183 VII).
Roberto de Rugiero entende que os direitos decorrentes das relações familiares não são públicos mas se afastam das características comuns aos demais ramos do direito privado. Haveriam, assim, características especiais:

a) normas de conteúdo essencialmente ético. Tanto que seus preceitos normalmente não são acompanhados de sanções, cuja eficiência é atenuada. Há efeitos que são criados e que não se pode mais cancelar, como a criação de parentesco na linha reta (sogra).

b) as relações são de natureza essencialmente extrapatrimoniais. Há regras patrimoniais, mas as puramente de família não têm conteúdo econômico.

c) predominam as relações de ordem pessoal; concretizam-se status, posições e qualidades atribuídas às pessoas e que desaparecem com elas, não sendo transmissíveis.

d) há regulamentação legal, que não fica a cargo dos interessados; deve ser necessariamente única e uniforme e não se lhes aplicam os princípios gerais dos demais atos jurídicos, como a representação real, proibida no direito de família, o termo ou condição para inúmeros atos como o casamento e o reconhecimento de filiação, a renúncia ou transação, também vedada para os direitos de família puros, e a existência de regras de invalidade próprias (aquí, no direito de família, não vale a máxima no sentido de que o nulo não produz efeitos; o casamento nulo é eficaz em relação aos filhos e é causa suspensiva de casamento, consoante é expresso o artigo 1523, II).

e) é de natureza essencialmente solene e formal.
No direito patrimonial a liberdade de forma é a regra. Aqui ocorre justamente o contrário; o casamento e o regime de bens, têm formalidades que não podem ser afastadas, tudo para garantia da estabilidade familiar.

f) as normas são cogentes, obrigatórias. Mas diferentemente do que ocorre no direito público, onde há obrigatoriedade do cumprimento. As de direito de família são obrigatórias, mas vinculada essa obrigatoriedade à exigência do beneficiado. O voto é obrigatório. A fidelidade também o é, mas facultada sua observância à exigência do outro cônjuge.

6 AINDA SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DAS REGRAS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Numa concepção tripartite dos direitos, podem ser eles classificados em reais, pessoais e da personalidade. Predomina a inclusão dos direitos de família entre os direitos pessoais.

Vem crescendo, porém, o entendimento no sentido de reconhecê-los como direitos da personalidade: direito à uma vida conjugal plena e exclusiva. Assim se tem admitido em alguns países como a França e a Suíça. E a nova classificação dos direitos de família garante a esse interesse proteção maior que aquela que anteriormente lhe era deferida.

Por isso se justifica, nesses países, a possibilidade de ação de um cônjuge contra o outro e também contra terceiro, para a garantia desse direito à uma vida conjugal plena e exclusiva, ao lado da normal ação de separação judicial. Admite-se, inclusive, a cominatória, com fixação de multa, e a indenizatória, para a proteção desse direito. Aqui no Brasil, em se entendendo ser o direito de família modalidade do direito da personalidade, haveria possibilidade, por exemplo, de aplicação do artigo 641 do Código de Processo Civil, para a garantia da manutenção da vida conjugal.

7 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Também vem despertando discussão a aplicação do princípio da igualdade em matéria de família. O artigo 226 § 5º da Constituição Federal é especificação de outro princípio já contido no artigo 5º I da mesma lei. Proíbe-se tratamento diferenciado entre cônjuges. Por esse princípio não se permite distribuição de direitos e deveres diferenciados entre os cônjuges. Imaginou-se sistema discriminatório com inferioridade de atribuição às mulheres, situação que antes se entendia existente e com a constituição de 1988 se quis impedir. Com isso tanto o Código Civil de 2002 quanto as outras leis ordinárias estariam impossibilitadas de estabelecer direitos e deveres diferenciados entre os cônjuges.

Obediente à nova sistemática o código civil de 2002 abandonou o tratamento dos direitos dos cônjuges em separado, para tratar dos direitos do marido e da
mudança num único capítulo. A igualdade entre cônjuges adquire valor de princípio normativo constitucional.

Mas muitas normas haviam sido editadas à época em que tal princípio não era festejado. Surge, por isso, o interesse em saber quais normas estariam invalidadas e se seria possível haver regra diferenciadora da situação dos cônjuges.

Questões como a da chefia da do sociedade conjugal pelo marido, e a condição de colaboradora da mulher, não mais apareceram no novo código. Também o poder do marido fixar domicílio já não mais está expresso no código. Tais regramentos, presentes no código civil de 1916, entretanto, já tinham de há muito se tornado obsoletos.

Mas permanecia celeuma em relação a outros temas, como a emancipação do filho. Hoje a questão está solucionada pelo artigo 5º parágrafo único I do código civil. A possibilidade do marido usar nome da mulher veio prevista no artigo 1565 § 1º. Não se repetiu a regra sobre os bens reservados (art. 246 do Código Civil de 1916), não se podendo entender existente esse direito que só beneficiava as mulheres.

O foro privilegiado (art. 100 I do CPC), tem-se entendido como mantido. Justifica-se que a determinação da constituição é para garantia de uma igualdade real, não apenas formal. E por isso seria necessário o privilégio do foro para as mulheres que, ainda hoje, ostentam situação de desigualdade econômica e social em relação aos homens.

Diferenças decorrentes da desigualdade biológica entre homens e mulheres também são mantidas. Por isso o auxílio maternidade é superior ao auxílio paternidade. A causa suspensiva do casamento para a mulher que tem casamento anulado ou fica viúva, também decorre de imposição de ordem genética (artigo 1523 II do Código Civil).

Há liberdade para se fazer diferenças, desde que não discriminatórias, isto é, não meramente formais ou mecânicas. Podem haver diversidades, desde que fundadas em motivos sérios e objetivos, que justifiquem o tratamento desigual, ou se encampem dessemelhanças naturais aos indivíduos.

8 A FAMÍLIA COMO PESSOA JURÍDICA

Outra questão moderna que envolve o direito de família diz respeito à colocação dela como pessoa jurídica. Savatier, entre outros, sustenta a personalidade jurídica da família de forma distinta da personalidade de seus membros. Alguns dispositivos hoje inseridos em nossa legislação levam a esse entendimento. O artigo 227 da Constituição Federal é um deles, ao estabelecer ser dever da família proteger a criança. O instituto do bem de família também se presta ao entendimento de que a proteção é à família, não a seus membros. E isso porque se vem entendendo possível o reconhecimento de ofício,16 do bem de família, independente da invoca-

ção da garantia feita pessoalmente pelos seus integrantes. O bem de família é uma norma cogente e de ordem pública. Assim:

No seu novo delineamento conceitual, a impenhorabilidade do bem de família legal tem caráter de ordem pública, atingindo compulsoriamente todos os cidadãos. Em face de sua cogência normativa, a matéria em tese não é alterável por convenção dos particulares. Os preceitos da nova lei inserem-se na ordem pública, descabendo às partes ilidir sua incidência, em virtude da cogência de que são dotadas.17

Na locação residencial, permite-se a continuidade da locação pelos integrantes da família do locatário. É mais um exemplo que se tem apontado como denota-
dor da existência de direitos que são endereçados à família e não a seus membros.

Também se autoriza um cônjuge a invalidar venda feita pelo outro, mesmo que de bem integrante de seu patrimônio particular. Não há, aí, interesse do cônjuge autor da ação, que sequer precisa ser possível herdeiro, mas da família, isto é, da proteção de sua base econômica, que sustenta sua manutenção.

9 O DIREITO À PRIVACIDADE NA FAMÍLIA

Ainda surge como questão nova a relativa à família e à privacidade de seus membros. O artigo 5º X da Constituição Federal trata da tutela da vida privada. Controvertida é a problemática relativa ao limite dessa privacidade, em confronto com a comunhão de vidas.

16 A impenhorabilidade do bem de família, por envolver matéria de nulidade absoluta, pode ser apreciada nos próprios autos da execução, mediante provocação, ou, até, de ofício (JTAEGRS 84/186).
que se forma numa família. A questão aflora nos casos de separação judicial onde são utilizadas provas que invadem a privacidade, como correspondências e gravações telefônicas. De qualquer sorte, não se há de levar a estremo a privacidade dos membros da família. Isto porque com o casamento, desnudam-se os consorts, repartem entre si seus sentimentos e segredos, dividem os ideais e as angústias, comunicam-se os corpos e as almas. Não é possível, por isso, em regra, invocar uma privacidade que se quis, como o consórcio, repartir.

10 O PLANEJAMENTO FAMILIAR E O ABORTO

Outro tema interessante propiciado pela Constituição de 1988 diz respeito ao planejamento familiar e ao aborto. O direito à vida veio previsto no art. 5º XVI "a" e XXXVIII "d" da Constituição Federal. No anteprojeto da constituição vinha consignado ser direito e garantia individual "a vida, desde a sua concepção...". No Anteprojeto da Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, a situação foi alterada, constando apenas a proteção "à vida, à existência digna e à integridade física e mental".

A modificação foi alvo de críticas, em especial pela suposição de que tal redação levaria à legalização do aborto. O texto foi apagado permanecendo o artigo 5º caput, que encerra proteção à vida de forma geral. Uma interpretação histórico do dispositivo, entretanto, mostra que, se não há proteção constitucional ao nascimento, a lei ordinária é que deve disciplinar a matéria. Ao menos, por isso, não se pode entender exista vedação à lei infraconstitucional, em vir permitir o abortamento.

Sobre o aborto existe outro dispositivo gerador de controvérsia. O art. 226 § 7º do Projeto da Comissão de Sistematização garantia "aos homens e mulheres o direito de determinar livremente o número de seus filhos. A redação foi entendida pela Igreja como permissão explícita ao aborto. Foi derrotada a redação em primeira votação. No segundo turno o artigo apareceu com a redação original (o planejamento familiar é livre decisão do casal), e os jornais publicaram derrota da igreja contra o aborto. Mais uma vez se observa que à legislação ordinária fica a possibilidade de disciplinar a respeito do aborto.

11 ALTERAÇÕES DECORRENTES DO PROGRESSO CIENTÍFICO

As novas conquistas científicas, especialmente na área da medicina e da genética trouxeram profundas alterações no direito de família. Inicialmente, os mais antigos estudantes do direito foram acostumados a recitar brocados jurídicos que indicavam, como se lei imutável fosse, que a mãe era sempre certa. Ao contrário, pai era aquele que as núpcias demonstravam.

Tudo foi alterado.

Antigamente os filhos eram tidos no recato do lar, ou em tranquilas maternidades. Hoje, os movimentos têm, vez ou outra, mostrado casos de troca de crianças. E a realidade dos acontecimentos normalmente é bem mais frequente do que aparenta. Nesses casos, discute-se sobre quem é a mãe, a que cria ou a que gerou.

Claro que não se pretende solução na área da genética. O que se visa descobrir é quem, juridicamente, deve ocupar o lugar da mãe nessa hipótese, fazendo jus, por exemplo, ao auxílio maternidade, ao salário família etc. Busca-se solucionar as questões sobre os efeitos jurídicos dessa situação resultantes. E nem sempre a mãe ou o pai são aqueles que geraram o filho. Basta lembrar do caso da adoção, onde embora se tenha certeza de que os que atuam como pais não o são na ordem natural, figuram eles nessa situação na órbita legal.

19 Quando atuava, como integrante do Ministério Público, na Curadoria de Mandado de Segurança da Capital, funções em processo onde a nova mulher de um divorciado atacava ato judicial que mandava o banco onde este mantinha conta, informar o saldo credor. A impetrante, invocando ter conta conjunta com o demandado na ação de alimentos, agora seu marido, movida pela ex-mulher e pelos filhos dele, pagou pelo reconhecimento da infração a seu direito de privacidade. A pretensão posta no mandado de segurança não vingou. Se arriscou ela a ter conta com quem poderia tê-la analisada em ação judicial, não pode invocar direito ao segredo. Há, também, direito constitucional que garante o acesso ao Judiciário; e há direito à vida, resguardado pelos alimentos. E estes últimos se sobrepõem àquele outro.
Durante algum tempo houve inclinação para apontar a paternidade afetiva como a solução para a problemática. Quem cria é que deve ocupar o lugar do pai ou da mãe. E isto porque a separação do infante de sua mãe ou pai de criação, em regra, lhe traria maior prejuízo que a sua entrega aos pais de sangue. Como já se disse anteriormente, vem hoje vigorando tendência em se olhar, antes, os interesses do menor que dos pais.

A solução acima, antes com força de convencimento quase inabalável, entrou em crise com recente acontecimento de Goiás, onde se apurou haver uma mulher raptada e criado algumas criança, hoje já adolescentes, como seus filhos. A mãe que cria, mas que maliciosamente escondeu sob sua alegria a tristeza dos pais que tiveram seus filhos subtraídos, turvou a solução que entregava, às cegas, à família afetiva o infante. Serviu isso de alerta para compreender que se antes o instituto do poder familiar não podia ser visto apenas como direito dos pais, também não pode, como se quis modernamente, considerá-lo como direito exclusivo dos filhos. A relação de filiação se faz em proveito dos dois, isto é, dos pais e dos filhos. Há que se levar em conta os interesses daqueles para a solução dos problemas surgidos.

A mesma problemática decorre do concurso de pessoas para a geração de uma criança. Antes, apenas uma mãe se poderia encontrar no processo genético e natural do nascimento de alguém. Hoje é possível que alguém ceda o útero e outro o material genético. É ainda possível encontrar quem contrate com duas outras mulheres o nascimento de uma criança. A cooperação para o nascimento pôe em cheque a máxima de que a mãe é só uma. Aqui, sequer a solução consensual se mostra correta, pois em matéria de direito de família não há possibilidade da aplicação, ampla, de princípios de outros ramos do direito, como a transação ou a renúncia.

O código civil de 2002 pouco tratou desse assunto. Entendeu do marido o filho nascido de inseminação artificial heteróloga consentida (artigo 1597 V). E ainda do marido, mesmo que já falecido, o filho nascido de inseminação artificial homóloga (artigo 1957 III e IV).

Muitas as questões sobre as quais preferiu o legislador do novo código civil silenciar. Na disputa entre as mães que cooperaram na formação do filho, há que se entregar o infante ao pai, sendo este certo e estando, também a guerrear pelo descendente. Esta solução simples, por exemplo, não veio trazida pelo código de 2002, embora seja de grande alcance e fácil aplicação.

Outro ponto polêmico, decorrente das conquistas genéticas, apresenta-se na preservação da coisa julgada e da prescrição a obstar o reconhecimento ou a desconstituição da filiação. Na vigência do código anterior, pequenos eram os prazos para a impugnação da situação jurídica da paternidade. Por outro lado, difícil era a desconstituição dessa situação, o que ensejava a formação da coisa julgada em favor do reconhecimento, mesmo que formal e decorrente de presunção, de relação de filiação. Tudo dificultava o desfazimento de uma relação de filiação, quer vinda da presunção legal, quer decorrente da decisão transitada em julgado.

Hoje, modernas técnicas de investigação da paternidade podem apontar, com segurança, a impossibilidade de ter alguém ligação parental com outro. Apresenta-se, com isso, um choque entre a ciência médica e a jurídica. Esta lutando pela preservação de instrumento dos mais eficazes na pacificação social, a coisa julgada e a prescrição. Aquela, tentando valer regra que aponta para a absoluta segurança sobre a inexistência de relação de paternidade.

Fala-se hoje em direito da personalidade do filho em poder investigar sua origem genética. É o direito à identidade genética. O amplo direito à investigação de paternidade, tem o filho investigante durante sua vida (artigo 1606).

Mas não se pode entender tal direito ligado umbilicalmente à ação de desconstituição de paternidade. São situações diversas e nem sempre indissociáveis. O direito à descoberta da identidade genética não, obrigatoriamente, implica no desfazimento da relação parental juridicamente existente. Pode-se descobrir o pai ou mãe genéticos; mas isso nem sempre deverá importar no apagamento da paternidade jurídica existente.

Há que se levar em consideração, como se disse, que a relação de filiação é dupla, isto é, deve ser vista sob o interesse do filho mas também do pai. Não se há de afastar os efeitos dessa relação jurídica para o pai que, por exemplo, cuidou do filho durante sua vida e que, agora, na velhice, pretende os direitos que da
paternidade resultam. A paternidade biológica nem sempre é a utilizada para garantir direitos em uma rela-
ção de filiação. Como se disse, a adoção é exemplo
claro nesse sentido. Idêntica solução há de ser dada
para aquele que somente busca sua identidade genética.
Não se pode impedir que essa verdade venha à tona.
Mas não se pode, por ela, extinguir relação jurídica que
prevaleceu durante uma vida.

12 OUTRAS NOVIDADES TRAZIDAS PELO
CÓDIGO DE 2002

O código civil de 2002 trouxe inúmeras alterações
em matéria de direito de família. Muitas delas aparente-
mente imperceptíveis, só notadas com a consciência de
que há uma nova filosofia instaurada nesse tema. Por
isso não se pode pretender interpretar ou entender as
regras do novo código amarrado aos conceitos presen-
tes na legislação de 1916.

Várias alterações que aconteceram, inclusive,
podem aparentar choque inicial àquele habituado à
legislação revogada. E impõe falta de compreensão
para os que estudarem o direito de família pontual-
mente, sem a preocupação de encaragá-lo como um
sistema, um novo sistema que procurou modificar, e
muito, vários conceitos e institutos da antiga legislação.

Começando pelo procedimento de habilitação para o casas-
mento, o código foi pródigo nas alterações. Dividiu os
antigos impedimentos matrimoniais do artigo 183 do
código civil de 1916, em impedimentos, causas suspen-
sivas do casamento, causas de nulidade do ato
matrimonial e causa de anulação deste. Não foi simples
alteração de nome. Apenas os impedimentos podem
ser opostos para obstar o casamento.20 As demais situa-
ções não são empecilho ao enlace, mas obrigam o
oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos
fatos que possam ocasionar a invalidade do casamento
(artigo 1528).

Há aparente controvérsia: o legislador não impediu
que casamentos se realizassem, embora posterior-
mente possam eles ser invalidados.

Essa preocupação, impedir enlaces que possam ser
invalidados, estava presente na legislação anterior. O
casamento surta efeitos que dificilmente se apagavam.
Por isso melhor que só se permitissem os matrimônios
que não pudessem ser desconstituídos.

Mas o legislador atual não é infeso a uniões sem
casamento. A desconstituição de casamentos, antes
nefasta, pois não apagava efeitos jurídicos que o legis-
lador só pretendia que existissem com o matrimônio,
perdeu essa preocupação. A grande parte dos efeitos
jurídicos de um casamento inválido ocorreriam
mesmo sem a existência de um casamento. Assim a
situação dos filhos, ou o regime de bens, ou o direito
sucessório, efeitos que estão presentes em havendo
casamento, em sendo o casamento inválido, ou em
não havendo casamento.

Não há, por isso, mais a preocupação relativa à
invalidade do ato matrimonial, ao menos da maneira
como a situação era tratada no direito anterior.

Essa a razão pela qual o legislador fez verdadeira
revolução nessa matéria.

Ainda nessa matéria vale lembrar o artigo 1524
parágrafo único, que permite ao Juiz relevar causas de
suspensão do casamento.

Na eficácia do casamento o novo código procurou
fazer valer a igualdade dos cônjuges, falando, agora, e,
direção conjunta da sociedade conjugal, da fixação
pelos dois cônjuges do domicílio conjugal e fazendo
desaparecer o detalhado tratamento em separado
quanto aos direitos e deveres de cada qual dos consor-
tes (artigos 1565 e seguintes).

Na dissolução do casamento foram incorporadas as
regras das legislações extravagantes, incluindo-se o
divórcio. Mas a mesma contradição foi mantida ao se
estabelecer que a separação judicial pôe fim ao regime
de bens (artigo 1575) e ao se permitir que o divórcio se
dê sem a partilha (artigo 1581). Afastou-se, por outro
lado, a alteração sobre a possibilidade do incapaz ser
sujeito ativo da ação de separação ou divórcio (especial-
mente o artigo 1582 parágrafo único).

Quando do tratamento do parentesco o legislador
ampliou o conceito de parente civil. Antes limitado à

---

20 No direito anterior os impedimentos eram divididos em dirimentos absolutos, dirimentos relativos e impedimentos. Embora nem todos
fossem um obstáculo à validade do ato, todos eram empecilho à celebração do ato matrimonial. Isso já não mais existe no código de 2002,
onde apenas os impedimentos podem impedir o enlace.
adoção, agora o parentesco civil é todo aquele que não deriva da consanguinidade, como na hipótese da inseminação heteróloga consentida (artigo 1597). Ainda tratou como parentesco e não como simples vínculo, como o fazia o código anterior, a afinidade (artigo 1595 § 1°). Foi aumentada a presunção de paternidade, para se incluir a decorrente da inseminação artificial homológa e da inseminação artificial heteróloga consentida (artigo 1597). Foram ampliadas as hipóteses de busca judicial da paternidade e de desconstituição dela. A filiação adotiva ganhou equiparação, no código civil, com a filiação natural. Acabou a dupla forma de sua constituição: judicial para os menores e contratual para os maiores. Agora, toda adoção depende de procedimento judicial (artigo 1623 parágrafo único).

Alterou-se a denominação do pátio poder para poder familiar. A modificação, meramente redacional, não trouxe novidades em relação ao tratamento jurídico que já vinha sendo dado ao instituto. Preservou-se, porém, as ligações parentais, dando-lhes superioridade em relação ao interesse do infante em ser adotado, embora pelo novo consorte do genitor sobrevivente (artigo 1624). Se o menor for reclamado por qualquer parente, a tutela prefere à adoção. Não se justificava mesmo por fim à relação de parentesco natural, de grande interesse por exemplo aos avós e tios, que em geral nutrem grande afeto aos que lhe são ligados por sangue, para dar início à adoção, introduzindo estranho numa família, sem garantia de adaptabilidade ou de aceitação plena, perigos inexistentes no seio parental.

O número de regime de bens foi reduzido para quatro: da comunhão parcial, da comunhão universal, da separação e da comunicação final dos aquestos. Não há mais possibilidade de serem inventados novos regimes (artigo 1640 parágrafo único). Mas existe a faculdade de se pretende alteração do regime inicialmente escolhido (artigo 1639 § 2°). O regime da separação de bens permite que um dos cônjuges venda seus bens particulares sem a anuência do outro (artigo 1647).

Os alimentos passam a ser devidos também ao cônjuge culpado pela separação judicial (artigo 1704 parágrafo único). Os alimentados, mesmo maiores, têm direito à verba para educação (artigo 1694), antes defeirada apenas aos menores.

A união estável veio regulada no código civil (artigo 1723 e seguintes). Não se estabeleceu prazo para o seu reconhecimento, que fica vedado aos que apresentarem impedimento para o casamento. O impedimento decorrente de ser um dos companheiros casado, entretanto, não é obstáculo à caracterização da união estável, desde que separado de fato ou de direito.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**


21 É possível entendimento no sentido da existência de dois regimes de separação de bens, o convencional e o obrigatório. A diferença entre eles estaria no efeito sucessório. O regime da separação obrigatória impede que o cônjuge sobrevivente conviva com filhos, comuns ou do falecido (artigo 1829 I).


---

**TRAMITAÇÃO DO TRABALHO**

Recebimento: 08/01/2004
Organizador temático: 04/02/2004
Parecerista: 16/02/2004
Aprovação: 10/05/2004